

**UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR  
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES  
ESCUELA DE CIENCIAS JURÍDICAS**



**DERECHOS HEREDITARIOS DE LAS PERSONAS CONCEBIDAS POR  
MEDIO DE LAS TECNICAS DE REPRODUCCION HUMANA ASISTIDA EN  
LA SUCESIÓN INTESTADA**

**TRABAJO DE GRADO PARA OBTENER EL TITULO DE  
LICENCIADO(A) EN CIENCIAS JURÍDICAS**

**PRESENTADO POR:**

**ESCALANTE CORNEJO, ALBA GLORIA  
LÓPEZ ANDASOL, MELVIN MAQUENCY  
PEÑA MORÁN, ERICK FERNANDO**

**DOCENTE ASESOR  
LICDA. CLAUDIA JEANNETTE VIDES LANDAVERDE**

**CIUDAD UNIVERSITARIA, SAN SALVADOR, OCTUBRE 2017.**

**TRIBUNAL CALIFICADOR**

LIC. EDWIN ORLANDO ORTEGA  
**(PRESIDENTE)**

LIC. LUCIO ALBINO ARIAS  
**(SECRETARIO)**

LICDA. CLAUDIA JEANNETTE VIDES LANDAVERDE  
**(VOCAL)**

**UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR**

Msc. Roger Armando Arias Alvarado  
**RECTOR**

Dr. Manuel De Jesús Joya  
**VICERRECTOR ACADÉMICO**

Ing. Nelson Bernabé Granados Alvarado  
**VICERRECTOR ADMINISTRATIVO**

Maestro Cristóbal Ríos  
**SECRETARIO GENERAL**

Rafael Humberto Peña Marín  
**FISCAL GENERAL**

**FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES**

Dra. Evelyn Beatriz Farfán Mata  
**DECANA**

Dr. José Nicolás Ascencio  
**VICEDECANO**

Lic. Juan José Castro Galdámez  
**SECRETARIO**

Lic. Rene Mauricio Mejía Méndez  
**DIRECTOR DE ESCUELA DE CIENCIAS JURIDICAS**

Lic. Wilfredo Estrada Monterrosa  
**DOCENTE DIRECTOR DE SEMINARIO**

Lic. Miguel Ángel Paredes Bermúdez  
**DIRECTOR DE PROCESOS DE GRADUACION**

Lic. María Magdalena Morales  
**COORDINADORA DE PROCESOS DE GRADUACIÓN DE LA ESCUELA DE  
CIENCIAS JURÍDICA**

## AGRADECIMIENTOS

**A Dios**, por su inmenso amor y misericordia para conmigo, por ser mi sustento, mi proveedor, por darme la fuerza necesaria para seguir adelante y culminar mi carrera.

**A mi papá**, aunque no esté físicamente, gracias por haber hecho todo lo posible para darme lo que necesitaba, por haber sido un gran padre, gracias a su amor, entrega y por haber creído en mí hasta el último momento, este logro es por y para él.

**A mi mamá**, este logro es más suyo que mío, por ser mi fuerza, por siempre estar incondicionalmente, por su amor, paciencia, entrega y sacrificio, gracias a ella he logrado llegar hasta aquí. Gracias mamá. **A mi sobrino**, Lucas Jared, por ser mi motivación y alegría en todo momento.

**A mis hermanos**, Saraí y Richard, gracias por todo su amor, paciencia y apoyo económico y moral, por estar cuando más los he necesitado.

**A mi asesora de tesis, Claudia Vides**, por haber sido una excelente guía a lo largo de esta investigación, por su apoyo, paciencia y por compartir sus conocimientos, gracias.

**A mis hermanas de corazón**, Astrid y Karla, por su apoyo incondicional, por sus oraciones y toda su ayuda en estos años, definitivamente gracias por su amistad. **A mis grandes amigos/as**: Karen, Fátima, Javier, David, Jairo, Kevin y Carlos, gracias por haber sido un gran apoyo en todo sentido

**ALBA GLORIA ESCALANTE CORNEJO**

## **AGRADECIMIENTOS**

Luego de la culminación de un Trabajo de Grado colmado de mucho esfuerzo y dificultad es ineludible que emerja el sentimiento egocentrista que conlleva a creer que todo el éxito ha sido propio. Sin embargo, al reflexionar queda demostrado que todo ese mérito no hubiera sido posible sin el aporte de todas aquellas personas que facilitaron a que la presente tesis llegase a obtener un final satisfactorio. Por ello, en estas líneas es para mí un verdadero placer expresarles mis más sinceros agradecimientos.

Debo agradecer de manera muy especial a mi madre Ana Betty López Andasol por toda la dedicación y el sacrificio que ha realizado para poder alcanzar la culminación del presente trabajo. También me gustaría manifestar mi más profundo y noble agradecimiento a mi abuela María Rosalina Andasol (Q.E.P.D.) por haber cuidado de mí bienestar en mi niñez y en todo el tiempo que estuvo conmigo, haberme transmitido su humildad, el honesto respeto a las personas y enseñarme a ser siempre agradecido con lo que Dios nos da.

Quiero expresar mi gratitud a Herberh, Mulatillo, Ivonne, Mónica, Jairo, Emedina, Kike, Yeny, Kevin, David, y en general a todos aquellos amigos que considero mis hermanos de diferente sangre, gracias por todo el apoyo recibido a lo largo de estos años y todas las motivaciones en mi proyecto de tesis. También agradecer la ayuda recibida de por parte de la Licda. Claudia Vides por la orientación, el seguimiento y la supervisión de nuestra investigación. Un especial reconocimiento merece la familia Díaz, por todas las muestras de cariño y haber creído siempre en que podría logra mí meta.

A todos ellos, muchas gracias.

**MELVIN MAQUENCY LOPEZ ANDASOL**

## AGRADECIMIENTOS

Primeramente **especial agradecimiento merece mi madre**, María Magdalena Morán, por ser la persona que me ha guiado siempre en mi vida y la que ha sido mi apoyo incondicional para alcanzar mis metas.

**A mi Prima Mayra Morán**, por apoyarme a alcanzar este objetivo, su ayuda fue vital para lograr esto.

**A mis Hermanos** por querer que yo siguiera adelante con mis estudios y por ayudarme en lo largo de este camino.

**A todas mis amistades** y personas que he conocido en la Universidad de El Salvador, en especial a Cesar Cortez y Saúl Brizuela por ser las personas con las que más comparto aventuras en todos estos años y que han sido un apoyo emocional importante para culminar mis estudios.

Y por último pero no menos importante **mis compañeros de tesis** y amigos Melvin Maquency y Alba Gloria, por haber trabajado conmigo en esta tesis y sin los cuales este trabajo de investigación no hubiera sido posible; de igual forma agradecer **a nuestra asesora** Licda. Claudia Vides por haber sido un apoyo más para culminar este trabajo y por siempre habernos atendido de la mejor manera posible. Muchas gracias a todos ellos.

**ERICK FERNANDO PEÑA MORÁN**

## INDICE

RESUMEN.....	i
SIGLAS Y ABREVIATURAS.....	ii
INTRODUCCIÓN.....	iii

## CAPÍTULO I

### ASPECTOS DOCTRINALES Y JURÍDICOS SOBRE LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA

1.1 Antecedentes Históricos.....	1
1.2 Técnicas de Reproducción Humana Asistida.....	7
1.2.1 Inseminación Artificial.....	8
1.2.1.1 Inseminación Heteróloga.....	9
1.2.1.2 Inseminación Homóloga.....	10
1.2.2 Inseminación Post-mortem.....	11
1.2.3 Maternidad Subrogada.....	13
1.3 Marco Jurídico Nacional.....	15
1.3.1 Constitución de la República.....	15
1.3.2 Código Civil.....	17
1.3.3 Código de Familia.....	19
1.3.4 Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia.....	21
1.3.5 Código Penal.....	22

1.3.6 Código de Salud.....	23
1.4 Marco Jurídico Internacional.....	24
1.4.1 Convención Americana Sobre Derechos Humanos, “Pacto de San José”.....	24
1.4.2 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.....	25
1.4.3 Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.....	25
1.4.4 Convención Sobre los Derechos del Niño.....	26
1.5 Derecho Comparado.....	26
1.5.1 Uruguay.....	26
1.5.2 México.....	29
1.5.3 España.....	32
1.5.4 Argentina.....	35

## **CAPITULO II**

### **LA PERSONA FISICA Y SU RELACIÓN CON LASTÉCNICAS**

#### **DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA EN LA**

#### **SUCESIÓN INTESTADA**

2.1 Teorías Acerca del Inicio de la Persona Humana.....	39
2.1.1 Teoría de la Concepción.....	40
2.1.2 Teoría de la Anidación.....	41

2.1.3 Teoría de la Vitalidad.....	42
2.1.4 Teoría de la Viabilidad.....	43
2.1.5 Teoría de la Formación del Sistema Nervioso Central.....	44
2.1.6 Inicio de la Persona Humana en El Salvador.....	44
2.2 Atributos de la Persona Humana.....	46
2.2.1 Nombre.....	46
2.2.2 Domicilio.....	47
2.2.3 Nacionalidad.....	47
2.2.4 Estado Familiar.....	48
2.2.5 Capacidad.....	48
2.2.6 El Patrimonio.....	49
2.2.6.1 Patrimonio por Sucesión.....	50
2.3 Sucesión por Causa de Muerte.....	51
2.3.1 Sucesión en la Persona.....	53
2.3.2 Sucesión en los Bienes.....	54
2.4 Sucesión Intestada.....	55
2.4.1 Características.....	57
2.4.1 Causas que la Originan.....	58
2.4.1.1 Cuando el causante no dispuso de sus bienes.....	58
2.4.1.2 El causante si dispuso de sus bienes pero no conforme a derecho.....	58
2.4.2 Capacidad para suceder.....	59

2.4.2.1 Falta de personalidad.....	60
2.5 Derecho a heredar vía intestada.....	62
2.5.1 Sucesión de los descendientes.....	63
2.5.2 Formas de suceder.....	64
2.5.2.1 Sucesión por cabezas.....	64
2.5.2.2 Sucesión por estirpes.....	64
2.5.2.3 Sucesión por líneas.....	66
2.6 Derecho de representación.....	67
2.6.1 Diferencias entre transmisión y representación.....	68
2.6.2 Requisitos para que opere el derecho de representación.....	69
2.6.2.1 Debe tratarse de una sucesión intestada.....	70
2.6.2.2 Ausencia del representado en la sucesión del causante.....	70
2.6.2.3 El representado debe ser pariente del causante.....	72
2.6.2.4 Límite de la representación.....	72
2.6.2.5 Representante debe ser descendiente del representado.....	73
2.6.2.6 Representante debe ser digno y capaz de suceder al causante.....	74

### **CAPITULO III**

#### **FILIACIÓN COMO ELEMENTO DETERMINANTE EN LAS FORMAS DE ESTABLECER LOS DERECHOS HEREDITARIOS DE LAS PERSONAS CONCEBIDAS POR TECNICAS DE REPRODUCCION HUMANA ASISTIDA**

3.1 Estatus jurídico del nasciturus y concepturus.....	77
3.1.1 Nasciturus.....	78

3.1.2 Concepturus.....	81
3.1.3 Capacidad para suceder.....	86
3.4.3 Incapacidad para suceder.....	88
3.2 Determinación de la Filiación en las TRHA.....	89
3.2.1 Principio de la Verdad Biológica.....	91
3.2.2 Teoría de la Voluntad Pro-creacional.....	92
3.3 El Consentimiento como elemento para establecer la filiación.....	94
3.3.1 Requisitos para el Consentimiento.....	95
3.3.2 Consentimiento en la Inseminación Homóloga.....	96
3.3.3 Consentimiento en la Inseminación Heteróloga.....	97
3.4 Inseminación Post-mortem.....	98
3.4.1 Determinación de la Filiación.....	98
3.5 Maternidad Subrogada.....	101
3.5.1 Contrato de Maternidad Subrogada.....	102
3.5.1.1 Consentimiento.....	106
3.5.1.1.1 México.....	107
3.5.1.1.2 Argentina.....	108
3.5.2 Jurisprudencia Argentina.....	109
3.5.3 Certificado de Nacimiento.....	111
3.5.4 Jurisprudencia de España.....	112

**CAPITULO IV**  
**REGULACIÓN JURÍDICA DE LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN**  
**HUMANA ASISTIDA EN LA SUCESIÓN INTESTADA**

4.1	Presentación de la información de la investigación de campo.....	120
4.1.1	Análisis de las Entrevistas Dirigidas a Jueces en Materia Civil.....	120
4.1.2	Análisis de Entrevistas Dirigidas a Procuradores Auxiliares de La República en Materia de Derechos Reales y de Familia.....	122
4.2	Aspectos Esenciales para una Ley en Materia de Reproducción Humana Asistida.....	126
4.2.1	Objeto de la Ley.....	126
4.2.2	Naturaleza Jurídica.....	127
4.2.3	Contrato o Instrumento de Inseminación Artificial.....	128
4.2.3.1	Capacidad.....	128
4.2.3.2	Consentimiento.....	129
4.2.3.3	Formalidades.....	131
4.3	Filiación de los Hijos Nacidos Mediante Técnicas de Reproducción Humana Asistida.....	132
4.4	Reformas a la Legislación de El Salvador.....	134
4.4.1	Constitución de la República de El Salvador.....	134
4.4.2	Código Civil.....	136
4.4.3	Código de Familia.....	138

## **CAPITULO V**

### **CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES**

5.1 Conclusiones.....	140
5.2 Recomendaciones.....	144
BIBLIOGRAFIA.....	146

## RESUMEN

El presente trabajo de investigación inicia haciendo un repaso sobre la evolución de las técnicas de reproducción humana asistida, las diferentes clases que existen, el marco jurídico nacional como internacional que se podría decir que sustentan su legalidad, haciendo énfasis en el derecho comparado de países como España y Argentina, cuya legislación permite comprender de mejor manera la regulación jurídica de las técnicas en mención. Se continua con la relación entre la persona física con las TRHA, pasando por las diferentes teorías que indican el inicio de la vida de la persona humana, así como sus atributos, entre ellos está el patrimonio, el cual puede ser adquirido por herencia, en consecuencia, se pasa a mencionar generalidades sobre la sucesión por causa de muerte, las características de la sucesión intestada, las causas que la originan, la capacidad y las diferentes formas para suceder, las cuales no son un obstáculo para que las personas concebidas por métodos de fertilización asistida puedan heredar abintestato, bastando únicamente determinar el vínculo filial entre el heredero y el de cujus para poder hacerlo, por lo que se crean formas de establecer el parentesco para poder suceder de manera intestada, tales como el principio de la verdad biológica y sobre todo la teoría de la voluntad procreacional, la cual instituye el consentimiento para fijar la filiación, estableciéndose requisitos para asentar dicho vinculo en cada uno de los diferentes métodos de fecundación humana, entre ellos están las formalidades que se deben de cumplir al momento de otorgar el consentimiento, realizándose en escritura pública y ante un funcionario autorizado, es decir, un notario que envista de legalidad dicho acto jurídico, a través de un contrato entre los beneficiarios de las TRHA y los donantes, si los hubieren, siendo esto posible a través de reformas a la Constitución de la República, el Código Civil y el Código de Familia de El Salvador.

## **SIGLAS**

CC.....Código Civil

CF.....Código de Familia

CP.....Código Penal

LEPINA.....Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia

LTRHA.....Ley sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida de España

TRHA.....Técnicas de Reproducción Humana Asistida

TS.....Tribunal Supremo de España

## **ABREVIATURAS**

Art.....Artículo

Cn.....Constitución de la República de El Salvador

## INTRODUCCION

El presente trabajo de grado lleva por título *“DERECHOS HEREDITARIOS DE LAS PERSONAS CONCEBIDAS POR MEDIO DE LAS TECNICAS DE REPRODUCCION HUMANA ASISTIDA EN LA SUCESIÓN INTESTADA”*, siendo una investigación de carácter jurídico dogmática, va encaminada a dar a conocer los argumentos doctrinarios, legislativos y jurisprudenciales que avalan la legalidad de dichas técnicas en el plano sucesorio, específicamente en la sucesión intestada, determinado las formas en que las personas nacidas, el Nasciturus y el Concepturus producto de la inseminación humana asistida, puedan llegar a adquirir un patrimonio a través del derecho a la herencia de sus progenitores fallecidos de manera intestada, garantizando de esta manera los derechos sucesorales abintestato de aquellos individuos creados por estos medios de reproducción humana.

En el campo del Derecho Civil Salvadoreño, específicamente en la sucesión intestada, la implementación de técnicas de reproducción asistida genera dificultades en el tratamiento que se le debe de dar a los derechos hereditarios del no nacido y de las personas existentes que han sido fruto de uno de estos métodos de procreación. Se tiene así pues la inseminación heteróloga, en donde no existe material genético de ambos padres, sino que solamente un gameto (ovulo o espermatozoide) es de uno de ellos, el otro pertenece a un donante, para ir precisando se dirá que es el padre quien no proporciona su material genético, podría darse el caso que éste fallezca antes del nacimiento de la criatura que ha concertado fecundar, y por lo tanto, antes de reconocerlo como su hijo legítimo, entonces: ¿Cómo se va a probar la relación familiar entre el difunto y el recién nacido, para que este último tenga derecho a la masa sucesoral del causante?, teniendo en cuenta que una prueba de ADN resultaría ineficaz por la razón antes mencionada.

Para superar esta circunstancia, el legislador salvadoreño debe de crear un nuevo tipo de filiación, que vaya encaminado a determinar el vínculo parental en la reproducción humana asistida. Para tal caso, la doctrina ha establecido la teoría de la voluntad pro creacional, como parámetro para acreditar la relación filial, la que básicamente consiste en determinar la intención que tuvo la persona para concebir un hijo, pudiéndose llegar a probar mediante prueba documental o testimonial. Por lo que se debe de identificar toda la legislación nacional e internacional, que faciliten determinar el vínculo filiatorio para efectos de determinar los derechos hereditarios, por lo tanto, se debe de establecer el tipo de filiación que tendrán los seres humanos fecundados por cualquiera de los métodos de procreación asistida, ya que el Código de Familia de El Salvador en su artículo 154 solo reconoce dos tipos de filiación, los cuales son: por consanguinidad y por adopción.

En ese orden de ideas, la presente investigación servirá de base para crear una ley especial, o formular reformas, que ayuden a resolver los efectos jurídicos que se presenten en la sucesión intestada, producto de los métodos derivados de las técnicas de reproducción humana asistida. La utilidad al investigar las consecuencias jurídicas en la implementación de las técnicas de reproducción humana asistida en la sucesión abintestato, es la de conocer cuál es la situación actual de El Salvador en el tratamiento de la inseminación artificial y sus métodos, conocer cuáles son los casos que han existido en nuestro país y cuales han entrado al conocimiento del órgano judicial, para, de esta forma, conocer el criterio de los jueces y magistrados al momento de dar su fallo en un caso relacionado a la fecundación humana asistida, y posteriormente hacer el estudio adecuado, que permita determinar y establecer los derechos sucesorios en la sucesión intestada de aquellos individuos provenientes o concebidos por medio de las técnicas de reproducción humana asistida.

Las unidades de análisis en la presente investigación son los criterios que manejan los jueces y magistrados en materia civil, respecto de las técnicas de reproducción humana asistida en la sucesión intestada, la opinión de los procuradores auxiliares de las unidades de derechos reales y de familia de la Procuraduría General de la República sobre el mismo tema, las personas concebidas o que se espera que lo sean por medio de inseminación artificial, la Sala de lo Constitucional de El Salvador para establecer los derechos que les corresponderían al Nasciturus, la Constitución de la República, el Código Civil y el Código de Familia, todos de El Salvador, la investigación servirá de base a estos últimos tres cuerpos legales para la recomendación y formulación de reformas que permitan la implementación y regulación de los métodos de reproducción humana asistida en la sucesión intestada.

En ese sentido, se formula el problema de investigación en los siguientes términos: ¿Cuáles son las formas en que la legislación salvadoreña protege y garantiza el ejercicio de los derechos hereditarios por la vía intestada de las personas producto de técnicas de reproducción humana asistida? Los objetivos generales de la investigación son Explicar la relación que existe entre las técnicas de reproducción humana asistida y la sucesión intestada y determinar si las personas fecundadas por medio de dichas técnicas tienen derecho en la sucesión abintestato. La hipótesis general es que la falta de regulación jurídica de las técnicas de reproducción humana genera inseguridad jurídica en el Derecho Sucesorio Salvadoreño.

Como *objetivo específico uno* es explicar el avance científico y jurídico de las técnicas de reproducción humana asistida; el *objetivo específico dos* es identificar los problemas jurídicos que se presentan en la utilización de las técnicas de reproducción humana asistida en la sucesión abintestato; el *objetivo específico tres* es mencionar aspectos generales de la sucesión por

causa de muerte; el *objetivo específico cuatro* es determinar el tipo de filiación de los hijos nacidos por el uso de técnicas de reproducción humana asistida; el *objetivo específico cinco* es analizar el derecho comparado que ha regulado las técnicas de reproducción humana asistida; el *objetivo específico seis* es obtener información de las técnicas de reproducción humana asistida en El Salvador, a través de la investigación de campo y; el *objetivo específico siete* es formular reformas al Código Civil, Código de Familia y la Constitución de El Salvador, que permitan la regulación de las técnicas de reproducción humana asistida en la sucesión intestada.

En cuanto al sistema de hipótesis, se plantea como *hipótesis uno* que las personas que se esperan sean concebidas por técnicas de reproducción humana asistida generan dificultad para determinar su derecho en la sucesión intestada; *hipótesis dos*, el estudio del derecho comparado de las técnicas de reproducción humana asistida permite que se dé un adecuado tratamiento jurídico a la sucesión intestada en El Salvador; *hipótesis tres*, los hijos concebidos mediante técnicas de reproducción, tienen iguales de derechos hereditarios que los hijos fecundados naturalmente; *hipótesis cuatro*, los hijos concebidos mediante técnicas de reproducción asistida no retrasan la apertura de la sucesión intestada y; *hipótesis cinco*, la forma de acreditar el consentimiento para determinar la filiación en las técnicas de reproducción humana asistida es a través de la teoría de la voluntad pro-creacional.

La metodología utilizada para el logro de los objetivos uno, dos y tres, así como la hipótesis uno es el análisis doctrinal de las diferentes técnicas de reproducción de las técnicas de reproducción humana asistida, para el cumplimiento de los objetivos cuatro y cinco, junto con las hipótesis dos y tres, se realiza a través del estudio y análisis jurídico del derecho comparado;

para lograr el objetivo seis junto con las hipótesis tres y cuatro se realiza a través de entrevistas a jueces en materia de familia y procuradores auxiliares de la Procuraduría General de la República de las unidades de familia y derechos reales y; el cumplimiento del objetivo siete con la hipótesis cinco, se obtienen a través del estudio y análisis jurisprudencial de sentencias nacionales como extranjeras.

En cuanto al desarrollo capitular, en el Capítulo uno, se explican algunas de las técnicas más utilizadas, así como sus conceptos técnicos científicos, su evolución histórica y los aspectos jurídicos en que repercute el uso de ellas dentro del marco jurídico Salvadoreño y también sobre normativas internacionales. En el Capítulo dos, se desarrollan las teorías sobre la persona humana, planteando la problemática jurídica que surge al determinar el momento en que existe la persona al hacer uso de las TRHA, sus atributos y los derechos dentro de la sucesión intestada para establecer si son llamados a suceder o no.

Respecto al Capítulo tres, en él se exponen los elementos jurídicos y sociales principales para determinar la filiación derivada de la procreación de una persona a través de las TRHA, con la finalidad de determinar los derechos hereditarios dentro de la sucesión intestada y presentar la problemática jurídica que se suscita por la falta de regulación de las mismas; señalando también algunos marcos jurídicos de aquellos países que ya contemplan dichos elementos para establecer la filiación por medio del uso de las TRHA.

Como un punto importante, en el Capítulo cuatro, se presenta un análisis de la relación jurídica resultante de las TRHA en la sucesión intestada, plasmando para ellos las opiniones de algunos Jueces en materia Civil y de

Familia, así como Procuradores Auxiliares de la República de El Salvador, las cuales se obtuvieron por medio de entrevistas para poder determinar los elementos jurídicos que se deben tomar en cuenta para establecer la filiación y los derechos hereditarios a través de estas técnicas, así como las posibles y necesarias reformas al Ordenamiento Jurídico Salvadoreño en los preceptos legales que generan incidencia en la filiación y el derecho sucesorio y una formulación de una Ley que permita resolver el problema de inseguridad jurídica que desde ya, es un tema latente en la sociedad Salvadoreña. Finalmente, el presente trabajo cierra con el Capítulo cinco, en el cual se exponen los puntos más importantes a través de la Investigación, asimismo, se formulan y plantean las posibles soluciones para la problemática jurídica planteada, así como los aspectos y elementos jurídicos inmersos en la misma, para llegar a una recomendación para poder establecer la filiación y los derechos sucesorios dentro de la sucesión intestada

## **CAPITULO I**

### **ASPECTOS DOCTRINALES Y JURÍDICOS SOBRE LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA**

La intención de este capítulo, es conocer la historia de las técnicas de reproducción asistida en el ámbito científico y jurídico, estando al tanto de los avances científicos más importante que se han dado por décadas en esta ciencia biomédica y que lo han hecho evolucionar en lo que hoy en día son las técnicas de reproducción humana asistida, detallando cuales son las técnicas de reproducción más importantes y que serán objeto de estudio en esta investigación, estableciendo la legislación nacional e internacional que regula los aspectos relacionados las técnicas de reproducción humana asistida y de igual forma estudiar el derecho comparado de países como España, Uruguay México y Argentina los cuales tienen un avance importante en la regulación de la reproducción asistida, permitiendo de esta manera y sentando las bases jurídicas para crear normas jurídicas y reformas en la legislación de El Salvador que para la implementación de dichas técnicas.

#### **1.1 Antecedentes Históricos**

Para conocer lo que son las Técnicas de Reproducción Humana Asistida (TRHA), es necesario indagar en la historia de las mismas, comprendiendo como fue evolucionando y perfeccionándose científicamente y sabiendo quienes fueron los científicos que ayudaron a perfeccionar lo que hoy en día conocemos como las técnicas de reproducción humana asistida; de igual manera es necesario estar al tanto de los principales métodos de procreación asistida que se utilizan, estableciendo su conceptualización y definición correspondiente.

Es importante conocer los aspectos doctrinales y jurídicos de las técnicas de reproducción humana asistida; tales como el marco jurídico nacional, es decir, aquellas leyes o disposiciones que regulan dichas técnicas, esto debido a que no existe regulación de este tema en El Salvador como si ocurre en otros países en donde sí se ha reglamentado los referidos procesos de reproducción humana, para lo cual se tomará en cuenta el derecho comparado y la forma en que otros estados han regulado estos métodos de fecundación asistida, para dar a conocer como se ha evolucionado jurídicamente en este contenido.

Los primeros antecedentes que se registran en cuanto al referido tema son estudios realizados en animales. El Alemán Ludwiy Jascobi, en el año de 1765 empezó a realizar su investigación en salmones<sup>1</sup>; de igual manera otro avance importante fue el que se dio en 1890, en la Universidad de Cambridge por el biólogo Walter Heape, al lograr transferir exitosamente embriones de conejos.

El biólogo Walter Heape al lavar las trompas de una coneja, la cual había sido fecundada horas antes, logró extraer dos embriones para después transferirlos a las trompas de una coneja de raza belga; el resultado de dicho procedimiento fue que de dichos embriones transferidos nacieron seis conejos. Por lo que la experiencia de Heape en su experimentación con la fertilización in vitro, logró llamar la atención de la comunidad científica en todo el mundo y dio una pauta para que se siguiera investigando al respecto.<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> Roberto Garzón Jiménez, “Reproducción Asistida”, Revista Jurídica del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, n. 6, (2007) 98.

<sup>2</sup> Jorge Alberto Álvarez Díaz, “Historia Contemporánea: las Técnicas Complejas de Reproducción Asistida, Ginecología y Obstetricia de México”, volumen 75, Nº 5, (2007), 295.

Los intentos por lograr la fecundación in vitro y otras técnicas de reproducción asistida en los humanos, tuvieron diversas complejidades antes de llegar al primer caso que tuvo éxito en la aplicación de las mismas.

La principal complejidad en la década de 1960 y 1970, que tuvieron los científicos fue que había que modificar en gran medida los métodos utilizados en la primera parte de dicha investigación donde se trataba con animales a pasar a fecundar seres humanos. Se tuvo que modificar y mejorar los medios de cultivo para gametos, la propia fecundación y el cultivo del cigoto<sup>3</sup>, la transferencia temprana de los embriones, la reducción del número de espermatozoides para lograr la fecundación en seres humanos<sup>4</sup>; y de igual manera, era necesario el mejoramiento del equipo para realizar dichos procedimientos.

El primer éxito de la fecundación in vitro en seres humanos de un embarazo uterino llevado a término, ocurrió en Inglaterra en el año de 1978; dicho procedimiento fue llevado a cabo por el ginecólogo Patrick C. Steptoe y el biólogo Robert G. Edwards<sup>5</sup>, dando como resultado el nacimiento de una niña el 25 de julio, por vía de cesárea, la cual fue nombrada como Louise Brown.

En América, el primer gran avance en la fecundación In vitro se logró en Estados Unidos, con el nacimiento de Elizabeth Jordan Carr, en el año de 1984; ese mismo año se logra de igual modo el nacimiento de un bebé a partir de un embrión congelado, en Queen Victoria Australia<sup>6</sup>. De igual

---

<sup>3</sup> Óvulo fecundado como resultado de la fertilización.

<sup>4</sup> Alberto, *Historia Contemporánea*, 296.

<sup>5</sup> *Ibíd.*

<sup>6</sup> Ana Lucia Suarez Parada, "*Reproducción Humana Asistida y Filiación en el Derecho de Familia Colombiano*". Revista Virtual Vía Inveniendi Et Iudicandi, Colombia, (2008), 15.

forma, España se sumó ese mismo año a los casos exitosos antes mencionados de fecundación In vitro con el nacimiento de la niña Victoria Ana Perea.

El desarrollo de las técnicas de reproducción humana asistida, de igual forma ha sido acompañado por diversos problemas científicos, técnicos e bioéticos debido a la intervención que tiene la ciencia en la reproducción humana, ya que existen incontables posturas en contra, así como diversas ideologías religiosas y sociales en general. Al desarrollar e implementar en mayor medida las TRHA en las personas, trajo aparejado diversos conflictos éticos y morales; pero de igual forma se presentaron diversos problemas en el ámbito jurídico.

El derecho, como un ente encargado de regular ciertas conductas, acciones y relaciones humanas, a fin de preservar una sana convivencia, tiene que ser cambiante y adecuarse a los cambios sociales, políticos y científicos en este caso; por ello muchos países al ver el gran avance científico que se daba en cuando a la reproducción humana asistida, se vieron en la necesidad de reglamentar estas conductas y las relaciones de las personas dentro de cada procedimiento, a modo de garantizar a cada sujeto que interviene los Derechos Fundamentales, tales como el derecho a la vida y los derechos reproductivos y de esta forma establecer ciertas reglas y limitantes a cada una de las formas de reproducción asistida que cada país permita.

Con la regulación jurídica de las TRHA en algunos países, viene de igual forma un cambio en algunas instituciones jurídicas, tales como la filiación, debido a que se tiene que implementar una nueva forma de establecerse la dicho parentesco a través de la reproducción asistida y de igual forma, la manera de establecer la paternidad en aquellos casos donde no intervenga

los gametos de uno o de las dos personas que se sometieron al procedimiento y se utilizaron gametos de un tercero o donador anónimo, el cual no tendrá responsabilidad u obligación ni derechos algunos sobre el niño que nazca por medio de las técnicas de reproducción humana asistida.

Uno de los casos más emblemáticos en cuanto a problemas jurídicos que surgió con el desarrollo de las TRHA, es el denominado caso de “Baby M.”; el 6 de febrero de 1985 (Estados Unidos) se celebra un contrato de maternidad subrogada, entre la señora Whitehead y el matrimonio Stern<sup>7</sup>; en dicho contrato se estipuló que la señora Whitehead iba ser inseminada artificialmente por el semen del señor Stern, ella iba a gestar al bebé para luego dárselo al matrimonio Stern. Dicho contrato se cumplió, la señora Whitehead procreó una niña la cual nació el 27 de marzo de 1986, la que entregó al matrimonio Stern; pero ella se arrepintió de haberla entregado y la volvió a recuperar. Debido a ello el matrimonio Stern la demandó por no haber cumplido con lo establecido en el contrato de maternidad subrogada.

El 31 de mayo de 1987, el tribunal de primera instancia declaró válido el contrato de maternidad subrogada y declara como padres legítimos a los Stern; la señora Whitehead no contenta con dicha decisión interpone la apelación ante el Tribunal Supremo del Estado de New Jersey, el cual resolvió el 3 de febrero de 1988, revocando en parte la resolución del tribunal inferior, declarando inválida la adopción de la menor por el matrimonio Stern, pero dictaminando que la madre legal de la niña era la señora Whitehead y el padre legal el señor Stern; pero fundándose en el interés superior de la menor, el Tribunal Supremo del Estado de New Jersey decidió que la menor residiría con el matrimonio Stern, otorgándole a la madre la señora

---

<sup>7</sup> Rodolfo Vázquez, *Ética, Derecho y Fecundación*, Revista Doxa: (Cuadernos de Filosofía del Derecho, No.19. Alicante, Universidad de Alicante, 1993), 457.

Whitehead un régimen de visita.<sup>8</sup> El caso antepuesto, a nivel jurisprudencial es uno de los primeros más relevantes sobre el tema de las técnicas de reproducción humana asistida que han existido alrededor del mundo.

Con lo expuesto anteriormente, se refleja el supuesto que ante los avances científicos que se estaban dando en el campo de las TRHA, el Derecho tuvo la necesidad de reconocer e identificar todas aquellas consecuencias jurídicas que dichos avances científicos producen, reflejándose principalmente en problemáticas sobre filiación, establecimiento de paternidades y consecuentemente en los derechos hereditarios que les correspondan a las personas nacidas mediante los métodos de reproducción asistida.

A nivel nacional, no se tiene documentada la historia de las TRHA, pero se pueden obtener datos relevantes de una investigación realizada en el año 2003 por estudiantes de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad de El Salvador, en la cual se manifiesta que uno de los pioneros en realizar la inseminación artificial y la fecundación in vitro es el Doctor José Roberto Bonilla Enríquez y empezó a practicarlas a partir del año 1985.<sup>9</sup>

El Salvador, TRHA, en específico la fecundación in vitro se dio en el año de 1989; la cual fue realizada por el Dr. Bonilla Enríquez<sup>10</sup>. Dicho caso se conoció como el “primer niño Probeta en El Salvador”; la fecundación in vitro se realizó en una propietaria de un salón de belleza la cual al tener su segundo hijo optó por esterilizarse, posteriormente sus dos hijos fallecieron y

---

<sup>8</sup> Vásquez, *Ética, Derecho y Fecundación*, 457

<sup>9</sup> Rosa Angélica Hernández Euceda et al., “*La filiación en las Técnicas de Reproducción Humana Asistida y su Regulación Jurídica*” (Trabajo de graduación para optar al título de Licenciado en Ciencias Jurídicas, Universidad de El Salvador, año 2003), 48-49.

<sup>10</sup> *Ibíd.*

ella decidió optar por la fecundación in vitro para poder tener otro hijo. A pesar que los sujetos que intervinieron en este caso, fueron salvadoreños y de igual forma el niño nació en este país, el procedimiento se realizó en Colombia, debido a que en El Salvador los doctores que atendieron el caso no contaban con las medidas adecuadas para poder realizar una fecundación in vitro con éxito.

## **1.2 Técnicas de Reproducción Humana Asistida**

Para entender lo que son las TRHA es necesario establecer, conocer y conceptualizar un término de gran importancia, el cual es la fecundación asistida. Fecundación es el proceso mediante el cual se forma un nuevo individuo a partir de la unión de los gametos femenino y masculino. El espermatozoide depositado en la vagina se dirige hacia el cuello uterino donde encuentra un ambiente alcalino favorable para su vitalidad, para en pocas horas alcanzar las trompas de Falopio, donde generalmente se realiza la fecundación, una vez realizada la fecundación, el huevo es transportado durante un periodo de tiempo que oscila entre los ocho y diez días a la cavidad uterina.<sup>11</sup>

El proceso anteriormente explicado, es la fecundación natural en los seres humanos, cuando esta no puede llevarse a cabo de forma natural por diversos motivos, que principalmente es la infertilidad en la pareja; es cuando se recurre a la ciencia para que este proceso sea exitoso, es lo que se denomina una fecundación asistida y que de manera global denominamos como una de las técnicas de reproducción humana asistida; debido a que

---

<sup>11</sup> María Inés Awad Cucalón, *“Aspectos Jurídicos en las Técnicas de Reproducción Humana Asistida en Colombia”* (Trabajo de grado para optar al Título de Licenciado en Ciencias Jurídicas, Bogotá, Colombia, Pontificia Universidad Javeriana, 2001), 3.

está enfocada en facilitar la unión de los gametos.<sup>12</sup> Dicho de otra manera lo anterior, se puede conceptualizar a las TRHA, como aquellas técnicas desarrolladas en las últimas décadas para el tratamiento de la esterilidad, las cuales se caracterizan por la manipulación de los gametos de la pareja, sin que para tal fin sea necesaria la presencia de relaciones sexuales.<sup>13</sup>

En la actualidad existen diversos tipos de TRHA disponibles para todas aquellas personas que las quieran utilizar, según sean las necesidades individuales de cada pareja; de igual forma se siguen llevando a cabo investigaciones para encontrar nuevos procedimientos que amplíen las opciones de las personas; pero las más importantes a estudiar en esta ocasión debido a que hoy por hoy son las más utilizadas por las personas son: la Inseminación Artificial Heteróloga, Inseminación Artificial homóloga, Inseminación Post-mortem y la Maternidad Subrogada.

### **1.2.1 Inseminación Artificial**

La inseminación artificial en general, consiste en la fecundación del óvulo a través de ayuda instrumental que permite introducir el semen hasta la mucosa cervical<sup>14</sup>; en otras palabras es un acto médico que se encarga de la introducción del esperma, en el órgano genital femenino por procedimientos distintos al coito, con el propósito de hacer efectiva la fecundación.

La inseminación artificial actualmente ha logrado un gran desarrollo de tal modo que tiene la misma tasa de éxito que una fecundación natural y asimismo, las probabilidades de que exista una malformación, no obstante, estas pueden ser menores que las que se puedan producir en una

---

<sup>12</sup> Cucalón, “*Aspectos Jurídicos en las Técnicas*”, 3

<sup>13</sup> Parada, *Reproducción Humana Asistida y Filiación*, 12.

<sup>14</sup> Jiménez, *Reproducción Asistida*, 99.

fecundación natural<sup>15</sup>. El procedimiento para lograr una inseminación artificial, consta de varias fases<sup>16</sup>: a) la estimulación del ovario, b) la preparación del semen y, c) la propia inseminación.

La estimulación del ovario, consiste como su nombre lo indica en estimular el ovario, con sustancias inductoras de ovulación; lo cual es necesario para conseguir los resultados esperados<sup>17</sup>. La preparación del semen, consiste en seleccionar y concentrar los espermatozoides móviles, para ello se procesan las muestras durante una o dos horas mediante técnicas de capacitación seminal<sup>18</sup>. La inseminación propiamente dicha, esta fase se realiza en el consultorio médico y consiste en la introducción del semen en el aparato reproductor femenino.<sup>19</sup>

Existen dos clases de inseminación artificial, la inseminación artificial de donante o inseminación heteróloga y la inseminación artificial homóloga.

### **1.2.1.1 Inseminación Heteróloga**

Es aquella en la cual se utilizan muestras de semen de un tercero o donador, con el consentimiento de la pareja que va utilizar dicho método, tal procedimiento se utiliza por motivo de salud o anomalía genética en el hombre y que por el cual no ha sido posible obtener por ningún medio los espermatozoides de la pareja de la mujer. En la mayoría de casos de la el donante suele ser un hombre, también la mujer puede propinar los gametos para la fecundación por medio de los siguientes requisitos:

---

<sup>15</sup> Jiménez, *Reproducción Asistida*, 99

<sup>16</sup> Cucalón, *Aspectos Jurídicos en las Técnicas*, 7

<sup>17</sup> *Ibíd.*, 8.

<sup>18</sup> *Ibíd.*

<sup>19</sup> *Ibíd.*

Consentimiento del marido: El hombre tiene que darle su consentimiento a su pareja o compañera de vida para que esta sea fecundada mediante este procedimiento y de igual forma, al dar su consentimiento asumir la paternidad del hijo. En algunos países donde existe un marco legal que regule esta técnica, la falta de este consentimiento es una causa viable para impugnar la filiación e inclusive, puede llegar hacer una causal de divorcio.<sup>20</sup>

Consentimiento de la mujer: Se puede decir que es el requisito más importante para que se de este tipo de inseminación artificial, debido a que el procedimiento se hará en el cuerpo de la mujer.<sup>21</sup>

Donación del semen: Un factor importante es la donación del semen, lo cual regularmente se recurre a un banco de semen, lo que evita problemas sociales porque se procura mantener el anonimato del donante, y a la vez, el donante no sabrá si se utilizó o no su semen.<sup>22</sup>

### **1.2.1.2 Inseminación Homóloga**

En la inseminación artificial homóloga, el semen para inseminar a la mujer proviene del mismo compañero sexual de ella y no de un donante o tercero. La inseminación artificial homóloga se puede dar en los siguientes casos<sup>23</sup>: a) en hombres cuyo líquido seminal contiene bajo número de espermatozoides y de reducida movilidad y, b) en aquellos hombres los cuales cuentan con problemas anatómicos o sexológicos que les impiden realizar adecuadamente el acto sexual y de igual forma en aquellas personas afectas con esterilidad inmunológica. Lo anterior también es aplicable para las mujeres.

---

<sup>20</sup> Jiménez, *Reproducción Asistida*, 102

<sup>21</sup> *Ibíd.*

<sup>22</sup> *Ibíd.*

<sup>23</sup> Euceda et al., *“La filiación en las Técnicas”*, 55.

La inseminación artificial Homóloga, es quizás de los pocos métodos en los cuales es unánimemente admitida por estos sectores sociales. Esto debido a la naturaleza del procedimiento, en el cual los sujetos que participan en la inseminación en comento, son pareja o compañeros de vida; por lo que con respecto al hijo habrá un indiscutible nexo biológico entre el marido, la madre y el hijo nacido.

### **1.2.2 Inseminación Post-mortem**

En la actualidad, debido a la situación problemática de esterilidad con la que se enfrentan muchas parejas en la sociedad, surge un tipo de inseminación que a simple vista puede resultar una solución o una alternativa para aquellas mujeres que desean tener un hijo de su cónyuge o pareja aun después del fallecimiento del mismo, esto es posible gracias a la técnica de reproducción humana asistida conocida como inseminación post-mortem. Esta técnica trae aparejada una compleja discusión, ya que implica involucrar elementos no sólo científicos, sino también morales, éticos, religiosos y principalmente jurídicos, por lo que su utilización no es muy aceptada dentro de las sociedades de algunos países, ya que se pone de manifiesto la situación de “crear” o concebir un hijo de un hombre ya fallecido<sup>24</sup>, extralimitándose de los parámetros establecidos en una sociedad y sobrepasando las leyes de la naturaleza,

A pesar de lo anterior, es dable y factible destacar los puntos favorables que pueden resultar al hacer uso de esta técnica, sustentando su fundamento o aspectos jurídicos que tienen relevancia dentro del derecho sucesoral, para lo cual es necesario conocer su concepto y definición para una mejor comprensión sobre ello. La fecundación post mortem, es aquel tipo de

---

<sup>24</sup> También podría ser una mujer difunta

fecundación en la que se utiliza el semen y embriones congelados óvulos fecundados congelados mediante la técnica de crio conservación, permitiendo que un hombre pueda procrear un hijo aun después de la muerte.<sup>25</sup>

En palabras de Juan Gumucio, inseminación post mortem, es la inseminación de la mujer con semen de su ex marido o ex concubino ya muerto, o la transferencia de embriones crio conservados que fueron concebidos con gametos de dichas personas<sup>26</sup>. De la última definición, es necesario relacionar y destacar algunos puntos, los cuales constituyen elementos importantes para determinar las consecuencias jurídicas que surgen al implementar esta técnica.

En la inseminación post mortem, se está ante un donador anónimo o desconocido, sino ante el cónyuge o compañero de vida ya fallecido de la mujer que hará uso de ella, en relación a esto, es de importancia resaltar el aspecto de la voluntad pro creacional, ya que desde el momento que un individuo decide contraer matrimonio se entiende social, moral y jurídicamente que lo hizo con la finalidad de constituir una familia y por ende, procrear hijos.

Si se toma como parámetro o ejemplo uno de los elementos que la Legislación Española, ha establecido como requisito para poder implementar esta técnica, el cual es que el cónyuge antes de su fallecimiento haya otorgado por medio de escritura pública su consentimiento para implantar el material genético que ha sido aportado por él y el cual es preservado en un

---

<sup>25</sup> Maricruz Gómez de da Torre Vargas, *La fecundación In Vitro y La Filiación*, (Ed. jurídica de Chile, Tomo 2, Chile, 1993), 187.

<sup>26</sup> Juan Gumucio, *Procreación Asistida. Análisis a la Luz de la Legislación Chilena*, (Ed. Jurídica de Chile, Santiago, Chile, 1997), 23.

banco de semen, se puede advertir que se trata de una decisión no solo de la mujer, sino de su cónyuge o compañero a querer procrear un hijo producto de esa relación, aun después del fallecimiento de este.

El planteamiento anterior lleva a considerar que se trata de un consentimiento presunto, el cual si bien es cierto, no está contemplado en ordenamiento jurídico de El Salvador, pero que si podría tomarse en cuenta para determinar la filiación paterna y como consecuencia, establecer los derechos sucesorios del concebido por medio de inseminación post mortem. Por lo tanto, a la luz de estos aspectos, se puede formular o establecer un fundamento jurídico para la utilización de dicha técnica y crear algunas soluciones jurídicas para tal situación.

### **1.2.3 Maternidad Subrogada**

Es de vital importancia plantear los conceptos y elementos que estructuran la maternidad subrogada, con los cuales se puede determinar quiénes son las personas intervinientes, si existe una obligación para cada una de las partes, ya que no solo se trata de dar vida y procrear un hijo, sino que también, de velar por los intereses y derechos de este último, así como los de sus padres, por medio de los preceptos jurídicos aplicables.

Uno de los aspectos esenciales dentro de este tipo de técnica, es conocer quién es la portadora del material genético, es decir del óvulo, ya que esto es vital para la determinación de quien será la que ejerce la maternidad subrogada y quien es la persona por la cual se determinara la filiación materna<sup>27</sup>.

---

<sup>27</sup> Gumucio, *Procreación Asistida. Análisis*, 24

Para entender mejor esta práctica médica se comenzará diciendo que la subrogación, es la práctica que consiste en un acuerdo por el que una mujer se compromete a llevar a cabo una gestación para una pareja, abandonando toda pretensión de maternidad al producirse el nacimiento y permitiendo la adopción por parte de la pareja contratante, y generándose con ello la filiación.

El embarazo se consigue por medio de alguna técnica de reproducción asistida, habitualmente usando el semen del hombre de la pareja contratante, que de esta forma se convertirá en padre de la criatura. De esta forma la adopción tendrá que ser realizada únicamente por su esposa, lo cual facilitaría la operación, y más desde el momento en que el hijo o hija convivirá con ellos desde el principio.<sup>28</sup>

Otra definición que se puede traer a mención es la siguiente: la maternidad subrogada es el contrato de una mujer con una pareja casada, para inseminarse artificialmente con el semen del esposo de aquella otra mujer para concebir, gestar y dar a luz un niño a cuya custodia renunciará para que sea adoptado por la esposa de aquél con cuyo semen fue inseminada.<sup>29</sup>

Por lo antepuesto, la maternidad no sólo estriba en que una persona geste y dé a luz un bebé, tan importante es esto como la función de quien cría y educa a un niño, de ahí que popularmente se diga que no es madre quien engendra sino quien educa. De tal manera, que en la maternidad subrogada no se encuentra un obstáculo para que sea considerada la madre del bebé la mujer solicitante, esto no quiere decir que la mujer gestante no lo sea, pero si

---

<sup>28</sup> Oliver Xavier Hurtado, "El Derecho a la Vida, Muerte, Procreación Humana, Fecundación in vitro, Clonación, Eutanasia y Suicidio Asistido. Problemas éticos, legales y religiosos", (Ed. Porrúa, México, 1999), 54.

<sup>29</sup> Breo Keane, "The Surrogate Mother", Everest House Publishers, New York, (1981), 12.

se habla de maternidad subrogada, debe considerarse madre a la mujer solicitante<sup>30</sup>. Dicho de otra manera, no hay motivo para que la mujer contratante pase a ser la madre legal de un recién nacido por medio de la maternidad sustituta o subrogada.

### **1.3 Marco Jurídico Nacional**

#### **1.3.1 Constitución de la República**

Con los diversos avances científicos de hoy en día, es posible notar las diversas situaciones jurídicas que derivan de ellos, sobre todo en el campo de la reproducción humana asistida, ya que por mucho tiempo la procreación se conocía de una sola forma, sin embargo, con la tecnología es posible dar paso a otros medios de fecundación, como son las técnicas de fertilización asistida, lo cual crea la necesidad de la modificación de los conceptos establecidos, como la paternidad, maternidad, filiación y sobretodo la concepción, afectando o alterando así las relaciones parentales tanto en el núcleo familiar como en la sociedad.

Este tipo de técnicas en las últimas décadas ha tenido su auge, y hoy en día son mayores los números de parejas que recurren a ellas, lo cual lleva a la conclusión ya conocida, de que el derecho es cambiante, y por lo tanto el ordenamiento jurídico debe ser adecuado a las relaciones sociales y a los avances científicos que puedan surgir, es necesario entonces que exista una regulación que no esté enfocada a limitar o prohibir el uso de las TRHA, sino más bien, que esté encaminada a dar soluciones jurídicas a los problemas que surjan a raíz de la utilización de las mismas.

---

<sup>30</sup> Alma Arámbula Reyes, "Maternidad Subrogada", (Centro de Documentación, Información y Análisis, México D.F, 2008), 33.

La Constitución de la República de El Salvador como norma suprema y garante de los derechos de los individuos, es la estructura del orden social, de los valores y derechos fundamentales que deben establecerse para lograr un equilibrio basado en la justicia y respeto de los derechos dentro de una sociedad, aunque en El Salvador no se encuentre una regulación expresa en cuanto a las técnicas de reproducción humana asistida; por lo cual, para garantizar ese equilibrio, debe hacerse un análisis de interpretación e integración de las diferentes normas del ordenamiento jurídico, a manera de lograr un planteamiento que lleve a dar posibles soluciones a estos problemas jurídicos, respetando los derechos y libertades fundamentales que cada persona individual y socialmente tiene.

En El Salvador la Constitución otorga una serie de derechos para todo tipo de personas en su artículo 2 cuando menciona que: “Toda persona tiene derecho a la vida, a la integridad física y moral, a la libertad, a la seguridad, al trabajo, a la propiedad y posesión, y a ser protegida en la conservación y defensa de los mismos”.<sup>31</sup>

El acto o la acción de reproducción del ser humano es el ejercicio del derecho a la libertad reproductiva, por lo tanto, en base según a lo dispuesto por el artículo supra señalado este derecho debe ser protegido y garantizado por el Estado, creando preceptos legales que estén orientados a proteger a la familia y los derechos tanto de las personas que decidan hacer usos de estas técnicas y de los hijos concebidos por medio de ellas, pero sobre todo.

La carta Magna del país en comento, en el artículo 1 inciso dos establece que: *“Asimismo reconoce como persona humana todo ser humano desde el*

---

<sup>31</sup> Constitución de la República de El Salvador, (Decreto Legislativo No 38, D.O No 234, Tomo 281, 16 de diciembre de 1983)

*instante de la concepción*". Norma orientada a concebir al Estado como un instrumento al servicio del hombre, en su dimensión de ser social e individual.

Es necesario resaltar que en el anterior precepto legal, el legislador no prohíbe el uso de estas técnicas de reproducción humana, ya que se tiene como persona a la misma, desde el momento de su concepción, sin importar si ha sido fecundada de forma natural o por medio del uso de las técnicas aludidas, ya que el cuerpo legal antes señalado en el artículo 36 menciona que: "Los hijos nacidos dentro o fuera del matrimonio y los adoptivos tiene iguales derechos frente a sus padres.", es decir que no se puede discriminar o invalidar los derechos de un menor concebido por medio de la fecundación asistida, ya que si bien es cierto que no se encuentran parámetros legales que las regulen, tampoco existe fundamento que las prohíban, por lo tanto, todas la personas pueden adquirir los mismos derechos sucesorios ya sea que hayan nacido o fertilizados de forma natural o artificialmente.

### **1.3.2 Código Civil**

Al relacionar el tema de las TRHA con el Código Civil Salvadoreño<sup>32</sup>, puede hacerse referencia a algunos preceptos legales como el artículo 72 que manifiesta lo siguiente: "*La existencia legal de toda persona principia al nacer, esto es al separarse completamente de su madre*". Las leyes de El Salvador no prohíben ni hace alusión acerca de las TRHA y; reconocen a la persona humana desde el momento de su concepción, es decir, no hace diferencia sobre aquellos hijos concebidos por medio de estas técnicas con los creados naturalmente, el aspectos relevante es que se logre la concepción y que posteriormente se produzca el nacimiento.

---

<sup>32</sup> Código Civil de El Salvador, (Decreto Ejecutivo del 23 de agosto de 1859)

Por otro lado, del artículo 963<sup>33</sup> del Código en mención se puede inferir que para ser capaz de suceder es imprescindible o necesario existir al tiempo en que se dé la sucesión, de esta manera, producida una vez la concepción de un hijo por medio del uso de las TRHA y se espera el nacimiento del mismo, se puede determinar la filiación y no debe haber diferencias de derechos y obligaciones por razón del tipo de esta, se considere matrimonial o no matrimonial, en este sentido, se adquieren los derechos sucesorios.

Del contenido del artículo 988<sup>34</sup> del Código en mención, se puede colegir que los llamados a suceder son los hijos, independientemente si han sido o no concebidos de forma natural o por medio de las TRHA. Cuando se habla de inseminación artificial, los hijos concebidos por medio de la fertilización asistida tienen los mismos derechos sucesorios que los fecundados naturalmente.

Lo anterior, adquiere más sentido al exponer los siguientes casos: a) cuando el hombre haya dado expresamente su consentimiento para que su cónyuge o compañera de vida sea inseminada con su semen o el de un donante, no podría impugnar la filiación matrimonial y por lo tanto el hijo tendría derecho a heredarle; b) en el supuesto que el marido no preste su consentimiento, el hijo no se puede considerar como heredero del mismo, en el caso que el padre o sus herederos decidan impugnar la paternidad y; c) cuando se da la inseminación de una mujer soltera, tanto en el supuesto de que el óvulo sea de ella, como de que se trate de un embrión donado, el hijo habido de esta inseminación es un hijo no matrimonial de la mujer soltera, pero tiene

---

<sup>33</sup> Art. 963.- “Para ser capaz de suceder es necesario existir al tiempo de abrirse la sucesión; salvo que se suceda por derecho de transmisión, según el artículo 958, pues entonces bastará existir al abrirse la sucesión de la persona por quien se transmite la herencia o legado.”

<sup>34</sup> Art. 988.- “Son llamados a la sucesión intestada: 1º Los hijos, el padre, la madre y el cónyuge, y en su caso el conviviente sobreviviente;”

derecho a heredar a su madre<sup>35</sup>. Como se puede observar, fecundación asistida no es un parámetro para adquirir derechos sucesorios, sin embargo, se debe de reglamentar su uso para otorgarle legalidad expresa, y de esta manera dar seguridad jurídica a los sujetos que interviene en el proceso de sucesión testada o intestada.

### 1.3.3 Código de Familia

La familia se considera como la base fundamental de la sociedad, ya que constituye un pilar fundamental de relaciones socio culturales, lo cual permite la creación de grupos sociales y consecuentemente que con los mismos se conforme un Estado, por tanto, es deber del mismo fomentar su constitución y garantizar su protección tanto en el hogar como en la sociedad.

El Código de Familia de El Salvador en el artículo 6<sup>36</sup>, establece el derecho a constituir una familia, la cual se basa comúnmente en un modelo de un parentesco centrado en la sexualidad-procreación, no obstante, los cambios en la sociedad, la potenciación de la voluntad individual o la evolución de la legislación y de las tecnologías, traen como consecuencia una desestabilización del modelo genealógico tradicional, dando paso a un derecho de filiación autónomo, que ha consagrado un nuevo campo a favor de la autonomía de la voluntad sobre la base del compromiso parental y no sobre la estructuración tradicional del modelo familiar.<sup>37</sup>

---

<sup>35</sup> Ignacio Francisco Benítez Ortuzar, *“Genética Humana en el Tercer Milenio, Aspectos Éticos y Jurídicos”* (Universidad Internacional de Andalucía, Ediciones Akal, S.A, Madrid, España, 2002), 217.

<sup>36</sup> Art.6. “Toda persona tiene derecho a constituir su propia familia, de conformidad con la ley”

<sup>37</sup> Silvia Tamayo Haya, *“Hacia un nuevo modelo de filiación basado en la voluntad en las sociedades contemporáneas”*, (Universidad Cantabria, 2013), 1.

La ley no regula ni prohíbe el hecho de procrear o concebir un hijo por medio de estas técnicas, tampoco establece que las únicas formas de determinar la filiación son por consanguinidad o adopción, por lo que privar a una pareja de hacer uso de las técnicas de reproducción humana asistida para formar una familia, deviene en un agravio al derecho a constituir una familia, ya que la legislación aún no ha sido adaptada a realidad

Los artículos 127, 133 y 134 del Código de Familia de El Salvador<sup>38</sup>, referentes al parentesco y la filiación, se puede razonar un punto importante, el cual es que el Derecho es cambiante, por lo tanto se debe adecuar su normativa jurídica según la realidad social, la cual se mantiene en constante evolución, sobre todo con los avances científicos, por lo que no se puede concebir que el Derecho de Familia y la determinación de la filiación únicamente se base sobre los hechos biológicos que ya el Legislador ha establecido como fuentes de la misma.

Resulta innegable que la filiación se puede establecer por el uso de las TRHA, ya que el vínculo existente que deriva de la voluntad pro creacional de las partes intervinientes, tiene como finalidad u objetivo el conformar una familia, dar amor, insertar dentro de la sociedad y establecer derechos de los hijos concebidos de esta manera, y asimismo, con ese elemento fundamental basado en la voluntad, se manifiesta de manera expresa la responsabilidad parental y la aceptación de todas las obligaciones que este acto conlleva, constituyendo así elementos principales para establecer una filiación paterna y/o materna.

---

<sup>38</sup> Art.133.- La filiación es el vínculo de familia existente entre el hijo y sus padres. Respecto del padre se denomina paternidad y respecto de la madre, maternidad. Art. 134.- La filiación puede ser por consanguinidad o por adopción. Art. 127.- Parentesco es la relación de familia que existe entre dos o más personas y puede ser por consanguinidad, afinidad o por adopción.

### 1.3.4 Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia (LEPINA)

La LEPINA<sup>39</sup> en su Artículo 16<sup>40</sup>, reconoce el derecho a vivir, desde el instante de la concepción, en consecuencia, es obligación del Estado garantizar los derechos de los niños y niñas que han sido concebidos no solo de forma natural sino también por medio de TRHA, ya que reconoce como persona a todo ser humano desde su concepción.

La idea de concepción es sinónimo de fecundación<sup>41</sup>, y precisamente ese es el objetivo o producto de las técnicas en mención, ya que son todos aquellos mecanismos para lograr la reproducción humana a través de la unión de gametos masculino (esperma) y femenino (óvulo) de una forma distinta a la natural, logrando una fecundación<sup>42</sup>.

El antepuesto planteamiento que lleva a la conclusión de que el Estado no hace ni puede hacer distinción entre un niño concebido de forma natural o por medio del uso de las TRHA, por lo cual estos adquieren los mismos derechos que aquellos que si han sido concebidos de forma natural, por el simple hecho de ser reconocidos como personas desde el instante de su concepción, sin importar el método o técnica para ello.

---

<sup>39</sup> Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia (Decreto Legislativo No. 839 del 26 de marzo de 2009, publicada en el D.O. No. 68, de fecha 16 de abril de 2009).

<sup>40</sup> Art. 16. Derecho a la vida. "Se reconoce el derecho a la vida desde el instante de la concepción. La familia, el Estado y la sociedad tienen la obligación de asegurar a la niña, niño y adolescente su supervivencia, crecimiento óptimo y desarrollo integral en los ámbitos físico, mental, espiritual, psicológico y social en una forma compatible con la dignidad humana".

<sup>41</sup> Julián Pérez Porto, Ana Gardey, *Diccionario y definiciones*. (Publicado: 2009. Actualizado: 2009).

<sup>42</sup> Elvia Lucía Flores Ávalos, "Derechos de los sujetos que participan en la reproducción asistida" (Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de México, 2012), 203.

Es necesario traer a colación los siguientes artículos 3<sup>43</sup> y 5<sup>44</sup> de la ley en comento, en los cuales se ha establecido que los derechos y garantías le son reconocidos a la persona desde el instante de su concepción, sin importar si han sido concebidos naturalmente o por medio de la aplicación de las TRHA, cumpliéndose de esta manera el principio de igualdad y no discriminación establecido en el artículo 11<sup>45</sup> del mismo cuerpo normativo.

### 1.3.5 Código Penal

En el Ordenamiento Jurídico Salvadoreño, se encuentra regulada una de las técnicas de reproducción humana asistida, la cual es la inseminación artificial, es así como el Código Penal establece en el Capítulo Tercero, artículo 156.- *“El que inseminare artificialmente a una mujer sin su consentimiento, será sancionado con prisión de dos a cuatro años. El que inseminare mujer soltera menor de catorce años, será sancionado con prisión de tres a seis años.”*

Un elemento principal que es necesario destacar del anterior tipo penal, es que la inseminación artificial constituirá delito al faltar el consentimiento de la mujer, por lo tanto, si se hace uso de este método con los elementos que ya anteriormente hemos planteado, es decir, con el consentimiento manifestado por las partes y la voluntad pro creacional de las mismas, se establece que la

---

<sup>43</sup> Definición de niña, niño y adolescente. Los derechos y garantías otorgados en la presente Ley serán reconocidos a toda persona desde el instante de la concepción hasta los dieciocho años de edad. Para los efectos de esta Ley, niña o niño es toda persona desde el instante mismo de la concepción hasta los doce años cumplidos, y adolescente es la comprendida desde los doce años cumplidos hasta que cumpla los dieciocho años de edad.

<sup>44</sup> Art. 5. Sujetos de derechos. “Todas las niñas, niños y adolescentes son sujetos plenos de derechos. Los derechos, garantías y obligaciones reconocidos en la presente Ley son aplicables a toda persona desde el instante de la concepción hasta que cumpla los dieciocho años de edad...”

<sup>45</sup> Art. 11. Principio de igualdad, no discriminación y equidad. “Todas las niñas, niños y adolescentes son iguales ante la Ley...”

inseminación artificial arraigada a ellos, es una figura que no constituye un hecho delictivo, por lo tanto, no merece una sanción penal para ninguna de las partes que intervienen en el proceso de aplicación y desarrollo de la misma<sup>46</sup>. Esta figura también se encuentra regulada en el artículo 157<sup>47</sup> del mismo código, en relación a la inseminación fraudulenta.

### 1.3.6 Código de Salud

La infertilidad es un problema de salud del ser humano, ya que afecta un aspecto fisiológico del mismo, el cual por constituir un bien público debe ser protegido y conservado por el Estado, según lo establece el artículo 65 de La Constitución de la República de El Salvador.<sup>48</sup>

Es necesario la creación, organización y funcionamiento de las instituciones receptoras de material genético a utilizar en las mismas<sup>49</sup>, facultando al Consejo Superior de Salud Pública conceder el ejercicio de las clínicas de fecundación asistida, según lo dispuesto por el literal “d” del artículo 14 del Código de Salud: *Autorizar previo informe favorable de la junta de vigilancia*

---

<sup>46</sup> Es claro que en el Ordenamiento Jurídico Salvadoreño, si se puede hacer uso de las técnicas de reproducción humana asistida siempre y cuando se produzcan en base a los elementos establecidos para la misma, lo cual plantea una gran posibilidad de procrear y formar una familia para aquellas personas que se enfrentan ante una situación de esterilidad por diferentes factores. El legislador previo esta situación al solo tipificar como delito la inseminación artificial sin consentimiento, ya que hoy en día, la ciencia y la sociedad avanzan a pasos acelerados y no sería de extrañar, que en nuestro país surgieran más casos en el cual se implementan estas técnicas, no para satisfacer un capricho, sino para lograr uno de los propósitos del matrimonio, que es el constituir una familia, la cual será protegida por el Estado, sin importar que esta no haya sido concebida de forma natural o por adopción.

<sup>47</sup> Art. 157. “El que alterare fraudulentamente las condiciones pactadas para ejecutar una inseminación artificial o lograre el consentimiento mediante engaño o falsa promesa, será sancionado con prisión de seis a dos años.”

<sup>48</sup> Elia De La Paz Bonilla et al, “*Perspectivas Jurídicas de la Inseminación Artificial en el Derecho de Familia*” (Tesis para optar al título de Licenciado en Ciencias Jurídicas, Universidad de El Salvador, 2003), 148.

<sup>49</sup> Bonilla et al., *Perspectivas Jurídicas de la Inseminación Artificial*, 149

respectiva, la apertura y funcionamiento de (...) laboratorios clínicos biológicos (...) y a su clausura por infracciones a este código o sus reglamentos. Por lo tanto, la regulación de la práctica de la inseminación artificial y sus modalidades por medio de una ley especial, es posible ya que el artículo catorce de la referida normativa permite la posibilidad de realizarlo.<sup>50</sup>

## **1.4 Marco Jurídico Internacional**

### **1.4.1 Convención Americana Sobre Derechos Humanos, “Pacto de San José”**

Además de la legislación nacional, las TRHA también encuentran su fundamento legal en la normativa internacional, es así que el artículo 17.2 de la Convención Sobre Derechos Humanos<sup>51</sup>, ratificada por El Salvador, menciona que “Se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen la edad y las condiciones requeridas para ello por las leyes internas, en la medida en que éstas no afecten al principio de no discriminación establecido en esta Convención”, por lo tanto, el Estado de El Salvador debe de garantizar el derecho humano a fundar una familia a aquellas personas que carecen de capacidad reproductiva de manera natural, a través del uso de la reproducción humana asistida.

Sobre ese derecho de constituir una familia, la Corte Interamericana de Derecho Humanos ha mencionado que *“la decisión de tener hijos biológicos*

---

<sup>50</sup> Bonilla et al., *Perspectivas Jurídicas de la Inseminación Artificial*, 149.

<sup>51</sup> Convención Americana de los Derechos Humanos, Ratificada por Decreto Legislativo Número 5, del 15 de Junio de 1978, publicado en el Diario Oficial Número 113, Tomo 259 del 19 de Julio de 1978, suscrito en San José Costa Rica, el 22 de Noviembre de 1969 en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, OEA.

*a través del acceso a técnicas de reproducción asistida forma parte del ámbito de los derechos a la integridad personal, libertad personal y a la vida privada y familiar. Además, la forma como se construye dicha decisión es parte de la autonomía y de la identidad de una persona tanto en su dimensión individual como de pareja”.*<sup>52</sup>

#### **1.4.2 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos**

En el mismo sentido que la Convención de San José, el Pacto de Derechos Civiles y Políticos<sup>53</sup> hace alusión al derecho del hombre y la mujer a instituir una familia, sin hacer referencia a la procreación natural o asistida, cuando manifiesta en el artículo 23.2 que “Se reconoce el derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen edad para ello”.

#### **1.4.3 Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales**

Respecto al derecho a fundar una familia que tienen el varón y la mujer, el artículo 10.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales<sup>54</sup> textualmente dice que “Se debe conceder a la familia, que es el elemento natural y fundamental de la sociedad, la más amplia protección y asistencia posibles, especialmente para su constitución y mientras sea

---

<sup>52</sup> Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Artavia Murillo y otros (“Fecundación in Vitro”) vs. Costa Rica, Sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, Ser. C Nº 257, Nov. 28, 2012

<sup>53</sup> Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, publicado en el Diario Oficial Número 218, Tomo 265 del 23 de noviembre de 1979, Decreto Legislativo de la Junta Revolucionaria de Gobierno del 23 de noviembre de 1979. Ratificación y Adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 del 16 de Diciembre de 1966. Entró en vigencia el 23 de marzo de 1976.

<sup>54</sup> Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Ratificado por Decreto Legislativo Número 721, del 18 de Junio de 2011, publicado en el Diario Oficial Número 108, Tomo 391 del 10 de Julio de 2011.

responsable del cuidado y la educación de los hijos a su cargo (...)”, estableciendo la obligación a los Estados parte del pacto, de reconocer las condiciones necesarias para la constitución de la familia de los individuos, incluyendo aquellos que se encuentran imposibilitados de engendrar un hijo por medios naturales.

#### **1.4.4 Convención Sobre los Derechos del Niño**

Al mencionar el derecho a formar una familia, la Convención Sobre los Derechos del Niño<sup>55</sup> viene a complementar dicha facultad con respecto a los hijos, pues señala en su artículo 7.1 que “El niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a su nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos”, refiriéndose a la filiación a la que tienen derecho todos los niños, sin importar el origen de estos, es decir, sin hacer distinción entre sujetos originados por reproducción natural o artificial, lo cual es de gran importancia para determinar los derechos sucesorios sin ningún tipo de discriminación en los casos de sucesión intestada.

### **1.5 Derecho Comparado**

#### **1.5.1 Uruguay**

Uruguay es uno de los pocos países en América que cuenta con una ley que ordena el uso de las TRHA, la cual va encaminada a garantizar el derecho de reproducción de aquellas parejas o mujeres (sin importar que estén solteras)

---

<sup>55</sup> Convención sobre los Derechos del Niño (Ratificado por Decreto Legislativo Número 487, del 26 de Abril de 1990, publicado en el Diario Oficial Número 108, Tomo 307 del 09 de Mayo de 1990).

que poseen un impedimento físico que no les permitan concebir un hijo de manera natural, esto según lo dispuesto por el artículo 2<sup>56</sup> de la Ley N° 19.167<sup>57</sup>, señalando a lo largo de la misma normativa, las condiciones y requisitos que deben reunir las personas que soliciten someterse a este tipo de tratamientos médicos.

Existe una prohibición acerca del uso de la maternidad subrogada, sin embargo, ésta no es absoluta, puesto que la referida ley en el artículo 25<sup>58</sup> la permite en los casos en donde el útero de la mujer no pueda gestar su embarazo debido a enfermedades genéticas o adquiridas, a través de un familiar dentro del segundo grado de consanguinidad de uno de los solicitantes, pero la inseminación solo puede ser homóloga o heteróloga.

Uno de los requisitos que se establecen para tal procedimiento médico es que el consentimiento debe constar por escrito por parte de la pareja o de la mujer soltera según sea el caso, y es el que servirá de base para determinar la filiación de los padres, y a la vez, excluirá de toda responsabilidad parenta y además de todo vínculo filial de la madre de alquiler así como de su cónyuge o concubino.

---

<sup>56</sup> Artículo 2. (Alcance).- Las técnicas de reproducción humana asistida podrán aplicarse a toda persona como principal metodología terapéutica de la infertilidad, en la medida que se trate del procedimiento médico idóneo para concebir en el caso de parejas biológicamente impedidas para hacerlo, así como en el caso de mujeres con independencia de su estado civil, de conformidad con lo dispuesto en la presente ley.

<sup>57</sup> Ley N° 19.167. Técnicas De Reproducción Humana Asistida (Publicada en: D.O. 29, Montevideo, Uruguay, noviembre de 2013)

<sup>58</sup> Artículo 25. (Nulidad).- Serán absolutamente nulos los contratos a título oneroso o gratuito entre una pareja o mujer que provea gametos o embriones, sean estos propios o de terceros para la gestación en el útero de otra mujer, obligando a esta a entregar el nacido a la otra parte o a un tercero. Exceptúese de lo dispuesto precedentemente, únicamente la situación de la mujer cuyo útero no pueda gestar su embarazo debido a enfermedades genéticas o adquiridas, quien podrá acordar con un familiar suyo de segundo grado de consanguinidad, o de su pareja en su caso, la implantación y gestación del embrión propio.

Cuando se trate de maternidad subrogada el vínculo filiatorio de la madre es determinado por el parto. Por lo tanto, los donantes de gametos o embriones, o la mujer contratada para la gestación, no crean parentesco con el nacido, siguiendo la redacción del artículo 14<sup>59</sup> de la ley en mención.

La anterior fijación de la filiación es importante para efectos sucesorios, ya que el artículo 1013<sup>60</sup> del Código Civil de Uruguay en esencia expresa que las personas comprendidas dentro del llamamiento de la sucesión intestada, deben ser consideradas para heredar la masa sucesoral del causante en el parentesco con éste, sin importar si son producto de un embarazo por medios naturales o si su origen ha sido por la utilización de técnicas de procreación asistida.

A pesar que la citada ley permite la utilización de la inseminación post mortem y otorga un plazo de 365 posterior a la muerte del marido para que la mujer sea inseminada con el material genético de su pareja fallecida, nada dice sobre los derechos hereditarios de los nacidos por este procedimiento, el Código Civil de Uruguay tampoco resuelve esta situación, pues el artículo 835<sup>61</sup> de dicho código no le otorga capacidad para suceder a las personas que no estuvieren concebidas al momento de abrirse la sucesión, quedando en este punto un vacío legal, el cual, de no resolverse por medio de la legislación, seguramente será la jurisprudencia uruguaya quien lo haga.

---

<sup>59</sup> Artículo 14. (Ausencia de vínculos filiatorios).- La donación de gametos no genera vínculo filiatorio alguno entre los donantes de gametos y el nacido, quienes tampoco tendrán entre sí ningún tipo de derechos ni obligaciones.

<sup>60</sup> Artículo 1013. Para reglar la sucesión intestada, la ley sólo considera los vínculos de afecto y de parentesco; no la prerrogativa de la línea, el sexo, la naturaleza ni el origen de los bienes.

<sup>61</sup> Artículo 835. Son incapaces: 1º. El que no estuviere concebido al tiempo de abrirse la sucesión o, aunque concebido, no naciere viable, conforme a lo dispuesto en el inciso 3º del artículo 216.

## 1.5.2 México

México es un país federal que no cuenta con una ley general que trate el tema de las TRHA, pero a pesar de ello si cuenta con disposiciones estatales o locales que contemplan el uso de métodos de procreación asistida que algunos estados han incorporado a su legislación, a continuación se mencionan los cuerpos normativos más importantes sobre este tema en México.

El Código Civil del Distrito Federal, reconoce en su artículo 22<sup>62</sup> la capacidad de goce que tienen las personas concebidos para adquirir derechos, incluyendo los hereditarios, y no hace distinción entre la concepción natural o artificial. Por su parte el artículo 329<sup>63</sup> del mismo código señala que no se podrá impugnar la paternidad del hijo si hubo consentimiento expreso para la utilización de técnicas de reproducción asistida.

Por otro lado, el Código Civil del Estado de Tabasco en el artículo 31<sup>64</sup> deja más claro cuando obtienen la capacidad de goce de las personas concebidas, pues la otorga sin importar que estén fecundadas dentro o fuera del útero materno. En enero de 2016 al Código en mención se le incorpora al

---

<sup>62</sup> Artículo 22. La capacidad jurídica de las personas físicas se adquiere por el nacimiento y se pierde por la muerte; pero desde el momento en que un individuo es concebido, entra bajo la protección de la ley y se le tiene por nacido para los efectos declarados en el presente Código

<sup>63</sup> Artículo 329.- Las cuestiones relativas a la paternidad del hijo nacido después de trescientos días de la disolución del matrimonio, podrán promoverse, de conformidad con lo previsto en este Código, en cualquier tiempo por la persona a quien perjudique la filiación; pero esta acción no prosperará, si el cónyuge consintió expresamente en el uso de los métodos de fecundación asistida a su cónyuge.

<sup>64</sup> Artículo 314. La capacidad de goce del ser humano se adquiere por el nacimiento y se pierde por la muerte, pero desde el momento en que es concebido, queda bajo la protección de la ley y se le tiene por nacido para los efectos declarados en el presente Código. Esta disposición protege, también, a los concebidos por cualquier método de concepción humana artificial, aun cuando no se encuentren en el útero materno.

Libro Primero, Sección Octava, el Capítulo VI Bis, en donde se regula la figura de la maternidad subrogada, estableciendo los requisitos para tal procedimiento médico, conteniendo el artículo 380 bis las definiciones de las técnicas de reproducción humana, inseminación homóloga e inseminación heteróloga, y en el inciso final del artículo aludido se autoriza la práctica de la inseminación post mortem con el consentimiento expreso en vida del cónyuge o concubino<sup>65</sup>.

Es de resaltar que el Código Civil de Tabasco establece presunciones para determinar la filiación de las personas nacidas o concebidas por inseminación asistida, es así que el artículo 92 inciso 3 y 5<sup>66</sup> expresan que se presumirá la maternidad de la mujer contratante, y en el caso de una mujer casada viviendo con su esposo, se consignará la paternidad de éste y de nadie más, salvo que exista sentencia ejecutoriada que declare lo contrario.

El artículo 340 romano III en relación con el artículo 347, ambos del mismo cuerpo normativo al que se ha estado haciendo referencia, presume que son hijos del concubinario o de la concubina los que hayan nacido dentro de los trescientos días en que haya cesado la vida en común de la pareja, y hayan

---

<sup>65</sup> Artículo 380 bis. Se entiende por reproducción humana asistida, el conjunto de prácticas clínicas y biológicas para la creación de un nuevo ser humano, logrado mediante técnicas científicamente acreditadas y autorizadas por la legislación en materia de salud, realizadas con la intervención de personal de la salud, constituidas por métodos de fertilización de células germinales, gametos de uno o ambos sexos, además de la reproducción de cigotos y embriones, que permitan la procreación fuera del proceso biológico natural de la pareja infértil o estéril. Se entiende por fecundación homóloga aquella en la que los gametos son aportados por ambos cónyuges o concubinos; y por fecundación heteróloga, aquella en que uno de los gametos es donado por un tercero y el otro gameto es aportado por uno de los cónyuges o concubinos. Sólo será válido el consentimiento expresado en vida por algún cónyuge o por algún concubino, con las formalidades que este Código exige, para los efectos de que sus gametos puedan ser utilizados después de su muerte en un procedimiento de inseminación.

<sup>66</sup> En el caso de los hijos nacidos como resultado de la participación de una madre gestante sustituta, se presumirá la maternidad de la madre contratante que la presenta, ya que este hecho implica su aceptación. En los casos en los que participe una madre subrogada, deberá estarse a lo ordenado para la adopción plena.

sido concebidos por cualquier técnica de procreación asistida, tengan o no nexo biológico con ambos padres, esta presunción se rompe, para el caso de la paternidad, cuando los hijos nazcan por maternidad subrogada o sustituta, no importando que la pareja continúe o no la vida en común juntos, si el hombre no reconoce voluntariamente al nacido o concebido, no se puede invocar tal presunción y la filiación paterna deberá probarse.

En cuanto al reconocimiento voluntario de los hijos no nacidos y concebidos por métodos inseminación artificial, el artículo 349<sup>67</sup> del Código de Civil de Tabasco indica que dicho reconocimiento puede realizarse incluso cuando aún no esté dentro del útero materno.

Por último y más importante, la referida norma legal deja en claro que en cuanto a derechos sucesorios se refiere, los que no estén concebidos al momento de abrirse la sucesión no poseen capacidad para adquirir la herencia del de cujus, pero hace una excepción, cuando confiere la facultad al hombre para que su cónyuge o concubina sea inseminada en un plazo de un años después de su muerte y en consecuencia, el hijo póstumo tiene el derecho de heredar a su padre fallecido aunque no hubiere estado concebido al momento de su fallecimiento, según lo dispuesto por el artículo 1396<sup>68</sup> del cuerpo legal en comento. La razón del plazo anterior va encaminado a brindar seguridad jurídica a todos los herederos del causante, específicamente a aquellos que existan al momento de la apertura de la sucesión del de cujus.

---

<sup>67</sup> Artículo 349. Puede reconocerse al hijo que aún no ha nacido, incluyendo a los concebidos por cualquier método de inseminación artificial o fertilización in vitro, aun cuando no se encuentra en el útero materno en el momento del reconocimiento, y al que ha muerto si ha dejado descendientes; pero en este último caso el que reconoce no tiene derecho ni a heredar por intestado al reconocido y a sus descendientes ni a recibir alimentos de éstos.

<sup>68</sup> Artículo 1396. Por falta de personalidad son incapaces de adquirir por testamento y por intestado, los que no estén concebidos al tiempo de la muerte del autor de la herencia...

### 1.5.3 España

Uno de los países que más ha avanzado en la regulación jurídica de la reproducción asistida es España, el cual fue uno de los primeros Estados Europeos en emitir una legislación dirigida a establecer los límites y condiciones en que deben practicarse las técnicas de procreación asistida, su primer antecedente sobre una normativa acerca de esta materia concurre con la Ley 35/1988 de 22 de noviembre<sup>69</sup>, la cual iba enfocada en normar acerca de la situación jurídica del embrión, las situaciones que se puedan suscitar en el derecho de familia y el derecho sucesorio por el uso de las TRHA, con el fin de dar seguridad jurídica a los derechos de los sujetos que intervienen en estos métodos.

Ulteriormente la Ley 45/2003 de 21 de noviembre<sup>70</sup> deroga a la Ley 35/1988 de 22 de noviembre, la cual básicamente contenía en lo esencial las mismas disposiciones que su antecesora, pero con ciertas modificaciones a los artículos 4 y 11 de la primera normativa, con las que el legislador español creaba reglas para la transferencia y crio conservación de pre embriones, para la defensa de estos, por ejemplo: se establecía un máximo de transferencia en cada ciclo reproductivo de la mujer y el plazo en que podría ser guardado el semen de los donantes.

A pesar de la anterior regulación, no se tomó en cuenta los preembriones que existían con anterioridad a la entrada en vigencia de la ley, por lo que existía una discrepancia en la protección de los preembriones que surgieron

---

<sup>69</sup> Ley 35/1988 de 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Asistida, (Publicado en: BOE núm. 282, de 24 de noviembre de 1988, Referencia: BOE-A-1988-27108)

<sup>70</sup> Ley 45/2003 de 21 de noviembre, por la que se modifica la Ley 35/1988 de 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Asistida, (Publicado en: BOE núm. 280, de 22 de noviembre de 2003, Referencia: BOE-A-2003-21341)

posterior a la nueva legislación, esto llevó a que se creara la Ley 14/2006 de 26 de mayo<sup>71</sup>, y actualmente es la que se encuentra en vigencia en el Reino de España, la cual ha sabido ir adaptando las disposiciones jurídicas a la realidad de las que se vive con el uso de las técnicas de reproducción humana asistida.

La nueva ley reglamenta de manera más adecuada lo referente a las condiciones y requisitos que deben reunir las personas que buscan someterse a un tratamiento de reproducción asistida, lo referente a la contratación de los donantes, excluyéndolos de cualquier vínculo filiatorio, y además el establecimiento de la filiación de la mujer en relación con los nacidos por inseminación asistida, la cual es determinada por el parto, es por esa razón que el artículo 10.1 al 10.3<sup>72</sup> prohíbe la maternidad por sustitución, pero dejando salvo el derecho a ejercer la acción de reclamación de paternidad respecto al padre biológico.

La normativa 14/2006 en su artículo 6.1<sup>73</sup> sostiene que toda mujer (sin ninguna incapacidad legal o mental) puede ser usuaria o receptora de las técnicas de procreación asistida, con independencia de su estado civil y su orientación sexual, abriendo la posibilidad que nazcan hijos sin un padre, por su situación de soltera o porque su pareja es otra mujer, esto último es válido

---

<sup>71</sup> Ley 14/2006 de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida, (Publicado en: BOE núm. 126, de 27 de mayo de 2006, Referencia: BOE-A-2006-9292)

<sup>72</sup> Artículo 10. 1. Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna...

<sup>73</sup> Artículo 6. 1. Toda mujer mayor de 18 años y con plena capacidad de obrar podrá ser receptora o usuaria de las técnicas reguladas en esta Ley, siempre que haya prestado su consentimiento escrito a su utilización de manera libre, consciente y expresa. La mujer podrá ser usuaria o receptora de las técnicas reguladas en esta Ley con independencia de su estado civil y orientación sexual.

según la ley en comento, y de acuerdo a la Ley 13/2005<sup>74</sup> en relación con el artículo 44.2<sup>75</sup> del Código Civil de España, que permiten el matrimonio entre personas del mismo sexo. En este caso, como ya se dijo, la filiación de la madre quedará establecida por el parto, mientras que la filiación de la otra mujer quien es su pareja, quedará determinada por el proceso de adopción.

En cuanto a la filiación del marido y el hombre no casado, con respecto a los hijos originados por estas técnicas, la Ley 14/2006 en los artículos 7.1<sup>76</sup> y 8.1<sup>77</sup>, mencionan que ésta será fijada con arreglo a las leyes civiles, previo el consentimiento expreso y libre del hombre y la mujer de someterse a la inseminación artificial, y no podrán impugnar la paternidad o maternidad cuando hayan consentido la participación de un donante en el proceso procreativo.

La ley 14/2006 de 26 de mayo, el artículo 9.1<sup>78</sup> prohíbe la filiación entre el hijo concebido asistidamente y el padre fallecido cuando su material genético no haya estado en el útero de su mujer al tiempo de su muerte, pero permite

---

<sup>74</sup> Ley 13/2005, de 1 de julio 2005, por la que se modifica el código civil en materia de contraer matrimonio (Publicado en: BOE, núm. 157, 2 de julio 2005, Referencia: BOE-A-2005-11364)

<sup>75</sup> Artículo 44. El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio conforme a las disposiciones de este Código. El matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos cuando ambos contrayentes sean del mismo o de diferente sexo.

<sup>76</sup> Artículo 7. Filiación de los hijos nacidos mediante técnicas de reproducción asistida. 1. La filiación de los nacidos con las técnicas de reproducción asistida se regulará por las Leyes civiles, a salvo de las especificaciones establecidas en los tres siguientes artículos.

<sup>77</sup> Artículo 8. Determinación legal de la filiación. 1. Ni la mujer progenitora ni el marido, cuando hayan prestado su consentimiento formal, previo y expreso a determinada fecundación con contribución de donante o donantes, podrán impugnar la filiación matrimonial del hijo nacido como consecuencia de tal fecundación.

<sup>78</sup> Artículo 9. 1. No podrá determinarse legalmente la filiación ni reconocerse efecto o relación jurídica alguna entre el hijo nacido por la aplicación de las técnicas reguladas en esta Ley y el marido fallecido cuando el material reproductor de éste no se halle en el útero de la mujer en la fecha de la muerte del varón.

la fecundación pos-mortem en el artículo 9.2<sup>79</sup>, siempre y cuando el varón haya dejado expresado su consentimiento para que su mujer o concubina pueda ser inseminada con sus gametos después de su deceso, pudiendo revocarse tal consentimiento en cualquier momento hasta antes de la fecundación, el aceptación deberá ser otorgada en escritura matriz u otro documento fidedigno, luego de la muerte del hombre, la mujer dispondrá de un plazo de 12 meses para ser inseminada.

Lo anterior se relaciona con el artículo 412-1<sup>80</sup> del Código Civil de Cataluña, que claramente otorga la capacidad para heredar de manera intestada, a las personas que estuvieren o no concebidas por métodos de reproducción humana asistida a la fecha de la muerte del causante, en consecuencia, los nacidos por inseminación post-mortem también gozan de derechos hereditarios, pues la ley le confiere capacidad para recibir tales atribuciones.

#### **1.5.4 Argentina**

A diferencia de los países anteriores, Argentina cuenta con una ley encargada de regular la implementación de las técnicas de reproducción asistida, y disposiciones especiales en el Código Civil y Comercial de la Nación, que permiten el tratamiento de la sucesión testada e intestada en las técnicas de reproducción humana asistida, de esta manera el legislador argentino proporciona seguridad jurídica a todas aquellas personas que interviene en la práctica de las mencionadas técnicas.

---

<sup>79</sup> Artículo 9. 2. 2."...el marido podrá prestar su consentimiento, en el documento a que se hace referencia en el artículo 6.3, en escritura pública..."

<sup>80</sup> Artículo 412-1. Personas físicas. 1. Tienen capacidad para suceder todas las personas que en el momento de la apertura de la sucesión ya hayan nacido o hayan sido concebidas y que sobrevivan al causante. 2. Los hijos que nazcan en virtud de una fecundación asistida practicada de acuerdo con la ley después de la muerte de uno de los progenitores tienen capacidad para suceder al progenitor premuerto.

La Ley 26.862, denominada Ley de Reproducción Medicamente Asistida<sup>81</sup> es la que presenta aspectos a considerar en cuanto al uso de las TRHA y su incidencia en el mundo jurídico, tales como la determinación de las personas que pueden hacer uso estos métodos de procreación y lo más importante, los requisitos que debe reunir el consentimiento del paciente usuario de estos procesos médicos. Lo anterior es en atención a lo expuesto por el artículo 7<sup>82</sup> de la ley en comento.

El consentimiento puede ser revocado en cualquier momento hasta antes de la implementación del embrión en la mujer, y debe ser renovado cada vez que la persona sea sometida al uso de embriones o gametos, y debe constar en escritura matriz, según lo regulado por los artículos 560<sup>83</sup> y 561<sup>84</sup> del Código Civil de Argentina.

El Código Civil y Comercial de la Nación de Argentina, en el artículo 19 literalmente dice que: “*La existencia de la persona humana comienza con la concepción*”, como se observa no hace distinción entre la concepción natural o artificial, aceptando de esta manera la procreación por medios artificiales y alternos a la reproducción natural. Aunado a lo anterior, el artículo 558<sup>85</sup> del aludido Código, declara como fuente de filiación, las técnicas de reproducción asistida, surtiendo los mismos efectos que para la filiación por

---

<sup>81</sup> La Ley 26.862, Ley de Reproducción Medicamente Asistida (Boletín Oficial: 26 de junio de 2013, Buenos Aires, Argentina, 5 de junio de 2013)

<sup>82</sup> Artículo 7. Beneficiarios. Tiene derecho a acceder a los procedimientos y técnicas de reproducción médicamente asistida, toda persona mayor de edad que, de plena conformidad con lo previsto en la ley 26.529, de derechos del paciente en su relación con los profesionales e instituciones de la salud, haya explicitado su consentimiento informado. El consentimiento es revocable hasta antes de producirse la implantación del embrión en la mujer.

<sup>83</sup> Artículo 560. Consentimiento en las técnicas de reproducción humana asistida El centro de salud interviniente debe recabar el consentimiento previo, informado y libre...

<sup>84</sup> Artículo 561. Forma y requisitos del consentimiento.

<sup>85</sup> Artículo 558. Fuentes de la filiación. Igualdad de efectos La filiación puede tener lugar por naturaleza, mediante técnicas de reproducción humana asistida, o por adopción.

naturaleza o por adopción plena, en consecuencia, tanto los hijos nacidos, concebidos o los que se espera sean fecundados, ya sea de manera natural o asistida, gozan de iguales derechos hereditarios en la sucesión intestada.

Como se ha observado, la reproducción humana se puede dar sin la necesidad del contacto sexual, dejando a un lado el componente biológico para establecer la filiación, Argentina no se ha quedado atrás para legislar sobre este tipo de avances científicos, es por ello que incorpora en el artículo 562<sup>86</sup> de su Código Civil la figura de la voluntad procreacional, con la cual se determina la filiación en aquellos casos en que no exista el elemento biológico de uno o de ambos padres en la procreación, pero que si existe el elemento volitivo de aparte de ellos, obtenido a través del consentimiento para efectuar la inseminación asistida, por consiguiente, no se puede presumir la filiación sin el previo consentimiento debidamente documentado.

En ese orden de ideas, se puede inferir que se está permitiendo no solo la utilización de la inseminación homóloga, heteróloga y otras análogas, sino que también el uso de la maternidad subrogada o maternidad sustituta como método de reproducción asistida.

Aunado a lo anterior, del artículo 2279 literal c) del Código Civil de Argentina<sup>87</sup> se colige que se admite la implementación de la inseminación post-mortem, ya que la disposición señalada concede capacidad sucesoria a aquellas personas concebidas mediante el uso de técnicas de reproducción asistida al momento del deceso y que nazcan posterior a la muerte del autor

---

<sup>86</sup> Artículo 560. Consentimiento en las técnicas de reproducción humana asistida.

<sup>87</sup> Artículo 2279. Personas que pueden suceder: Pueden suceder al causante: a) las personas humanas existentes al momento de su muerte; b) las concebidas en ese momento que nazcan con vida; c) las nacidas después de su muerte mediante técnicas de reproducción humana asistida, con los requisitos previstos en el artículo 561; d) las personas jurídicas existentes al tiempo de su muerte y las fundaciones creadas por su testamento.

de la herencia, siempre y cuando se cumplan con lo dispuesto en artículo 561, es decir, que el causante haya otorgado su consentimiento para la realización de tal procedimiento clínico.

A continuación se expone a modo de resumen un cuadro comparativo acerca de las legislaciones de los países antes señalados, en donde se muestra como está la situación jurídica de las técnicas de reproducción humana en cada uno de ellos.

<b>CUADRO COMPARATIVO</b>					
<b>País</b>	<b>Ley</b>	<b>Inseminación Homóloga</b>	<b>Inseminación Heteróloga</b>	<b>Inseminación Pos-mortem</b>	<b>Maternidad Sustituta o Subrogada</b>
<b>Uruguay</b>	Si	Si	Si	Si	Excepcionalmente
<b>México (Tabasco)</b>	No	Si	Si	Si	Si
<b>España</b>	Si	Si	Si	Si	No
<b>Argentina</b>	Si	Si	Si	Si	Si

Como se observa en el cuadro anterior, las TRHA han sido reguladas en diferentes maneras y distintos cuerpos legales, tal es el caso de México que es el único país en comparación a los demás que no posee una ley especial para regular dichas técnicas, quedando en evidencia que no existe una sola forma para legislar sobre el tema.

## **CAPITULO II**

### **LA PERSONA FISICA Y SU RELACIÓN CON LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA EN LA SUCESIÓN INTESTADA**

El propósito del presente capítulo es la de conocer algunos temas del Derecho Civil, que ayudaran a comprender de mejor forma la relación de las técnicas de reproducción humana y el Derecho Civil, específicamente en el área de las Sucesiones por causa de muerte intestada. Uno de los temas importantes que se abordaran es el relacionado con el inicio de la persona humana, esto con la intención establecer el momento en que la persona humana adquiere personalidad jurídica para suceder, aunado a lo anterior, se señalan las bases para entender los atributos de la persona natural, entre ellos está el patrimonio, el cual puede ser adquirido por herencia, todo lo antepuesto permitirá fijar las reglas y formas para heredar en la sucesión originada por la muerte en la sucesión abintestato, para las persona concebida mediante las técnicas de reproducción humana asistida.

#### **2.1 Teorías Acerca del Inicio de la Persona Humana**

Teniendo en cuenta que los avances científicos se anticipan al Derecho y que debido a ellos hay muchos vacíos legales en cuanto a la regulación de aspectos científicos, como por ejemplo en las TRHA, es por ello que las normas jurídicas se tienen que ir adaptando a estos progresos científicos y en este caso Biomédicos. En el marco jurídico salvadoreño, en el Art. 1 de la Constitución de la Republica<sup>88</sup> establece que la persona existe desde el momento de la concepción; es decir se considera al concebido como sujeto de derecho desde este momento, dándole de esta manera el estatus jurídico

---

<sup>88</sup> Véase apartado 1.3.1, párrafo siete.

de persona; el problema radica cuando las personas utilizan alguna de las técnicas de reproducción humana asistida, en donde la fecundación se da afuera del útero materno, entonces se puede plantear la interrogante, ¿el Derecho actual le otorga personalidad jurídica a dicho embrión?.

Es por ello que en los casos donde se utilizan las técnicas de reproducción humana asistida, el término de concepción se vuelve ambiguo, debido a que no es un término científico y se vuelve un poco impreciso para puntualizar el comienzo de la persona humana. Debido anterior, se han elaborado distintas teorías que intentan establecer desde que momento se considera persona humana.

### **2.1.1 Teoría de la Concepción**

También conocida como teoría de la fecundación o teoría de la penetración del óvulo por el espermatozoide, sostiene la existencia de vida humana digna de absoluta protección desde el momento mismo de la concepción, repudiando toda maniobra que implique la experimentación con embriones humanos que concluya con su destrucción, cualesquiera que sean sus fines y reivindicando consecuentemente la legislación represiva en tal sentido.<sup>89</sup>

Un elemento del que habla la definición anterior, es del momento de la concepción, lo cual es el momento cuando el gameto masculino, entra en contacto con el óvulo, produciendo lo que se conoce como reacción acrosómica, que es la que permite penetrar al óvulo; una vez dentro del óvulo comienza una especie de estiramiento de los contenidos genéticos del propio óvulo y del espermatozoide, y cuando estos aumenta su tamaño se

---

<sup>89</sup> Loidy Loana Guardado Ayala, William Joel Anzora Mejía, “*Los Derechos de la Persona No Nacida de Conformidad a la Legislación Salvadoreña*” (Trabajo de grado para obtener el título) de Licenciado en Ciencias Jurídicas, Universidad de El Salvador, 2013), 13 -14.

forma lo que se conoce como pronúcleos, los cuales se fusionan y dan lugar al huevo o cigoto y así a un nuevo ser.<sup>90</sup> El argumento principal de esta teoría es el de afirmar y sostener que el ovulo fecundado conducirá a un ser humano<sup>91</sup>, dotado de un patrimonio genético propio; puesto una vez penetrado el espermatozoide en el ovulo, surge una nueva vida distinta al de sus progenitores, es decir, es titular de un patrimonio genético único e irrepetible.

### **2.1.2 Teoría de la Anidación**

La anidación consiste en la implantación del embrión en las paredes del útero de la madre, ésta se produce entre el séptimo y decimocuarto día desde la fecundación, tiempo que se demora en trasladarse hasta el claustro materno.<sup>92</sup>

Los autores que sostienen esta teoría afirman que el embrión preimplantatorio carece de individualización, por lo que puede estar sujeto a cambios antes del proceso de anidación, por ende es hasta este proceso cuando ya se puede hablar de un embarazo y del reconocimiento legal de persona humana, debido a que es hasta este momento en donde puede ser diagnosticado.

Los autores que rechazan la teoría de la anidación, sostienen que al considerar el estado avanzado de las ciencias Biomédicas, el equiparar la anidación como el inicio de la vida humana y caracterizar de esta forma el

---

<sup>90</sup> Mejía, *Los Derechos de la Persona No Nacida*, 15

<sup>91</sup> Josefina Haydee Rojas, *"Fecundación Asistida Post Mortem"* (Trabajo de Grado Para Obtener el Título de Licenciada en Ciencias Jurídicas, Universidad Abierta Interamericana, Argentina, año 2007), 36.

<sup>92</sup> Eva Carolina Curia Castro, *"El Estatus Jurídico del Embrión Humano"*, (trabajo de grado para optar al título de licenciada en ciencias jurídicas, Universidad de Chile), 9.

bien jurídico protegido, se deja automáticamente sin protección a los óvulos fecundados, sea cual fuere el estado de evolución que estos hayan alcanzado.<sup>93</sup>

### **2.1.3 Teoría de la Vitalidad**

Para esta teoría el inicio de la persona humana se da a partir del nacimiento y para que una persona se considere que nació, se tienen que cumplir tres requisitos<sup>94</sup>:

- a)** Que la criatura sea separada de su madre: este requisito no se refiere a la forma en como ha sido expulsado el nuevo ser humano del claustro materno, es decir que no importa si este ha nacido por parto espontaneo, por cesárea, o expulsado prematuramente con ayuda quirúrgica, sino que independientemente de ello se considere ya nacido y separado de su madre; para que de esta forma él pueda gozar de derechos y ser objeto de protección jurídica individualmente.
  
- b)** Que sea separado completamente de su madre: consiste en que aparte de ser expulsado de su madre, tiene que cortársele el cordón umbilical, por medio del cual la madre nutre al feto en toda la gestación, para que sea separado completamente.
  
- c)** Que la criatura pueda vivir aunque sea un momento al ser separado completamente: este último requisito que se tiene que cumplir para que según la teoría de la vitalidad, un ser humano pueda ser considerado persona legalmente, consiste en que aparte de que él

---

<sup>93</sup> Mejía, *Los Derechos de la Persona No Nacida*, 18

<sup>94</sup> *Ibíd.*, 10

bebe sea separado completamente de su madre, este tiene que vivir por sí mismo aunque sea una fracción de tiempo, para que sea considerado persona. Si él bebe no da signos de vida, y al realizarse los métodos médicos, como la denominada docimasia pulmonar hidrostática para verificar si este pudo respirar fuera del vientre materno, se tiene que este no vivió al ser expulsado completamente de su madre, significa para esta teoría que esta criatura nunca existió o no tuvo personalidad jurídica.<sup>95</sup>

#### **2.1.4 Teoría de la Viabilidad**

Para esta teoría de igual manera que la teoría de la vitalidad, la criatura tiene que cumplir con los requisitos de haber nacido y de ser separado completamente de su madre; pero con la diferencia que para la teoría de la viabilidad, es indispensable que el ser humano por lo menos haya vivido veinticuatro horas a partir de ser separado del claustro materno<sup>96</sup>. Esto quiere decir que es necesario que el feto se encuentre apto y viable para seguir viviendo, y de esta manera gozar de derechos y de protección jurídica.

La crítica que se le hace a esta teoría es que se basa nada más en pronósticos de vida y no en hechos como así lo hace la teoría de la vitalidad, es decir que para la teoría de la viabilidad, solo se otorgará la personalidad jurídica si él bebé recién nacido no muere en un tiempo mínimo de veinticuatro horas; además se encuentra con la dificultad de determinar cuándo es que un ser humano recién nacido es viable o no para la vida y de cómo va a ser probarlo.

---

<sup>95</sup> Mejía, *Los Derechos de la Persona No Nacida*, 11

<sup>96</sup> *Ibíd.*, 12

### **2.1.5 Teoría de la Formación del Sistema Nervioso Central**

Con esta teoría se entiende que la persona humana inicia cuando aparecen los primeros rudimentos de lo que luego será la corteza cerebral, esto se da a partir del décimo quinto día de la evolución embrionaria, debido a que es en este momento donde se presenta una pauta selectiva, que es particularmente humana, que luego le consentirá trasladar la información genética específica al sistema nervioso central, lo cual constituye su verdadera instancia diferenciadora.<sup>97</sup> La justificación de esta teoría, infieren en que exclusivamente cuando se emiten impulsos eléctricos cerebrales verificables, el individuo adquiere conciencia, y por ende puede afirmarse que inicia la vida humana.<sup>98</sup>

### **2.1.6 Inicio de la Persona Humana en El Salvador**

Como ya se ha hecho del conocimiento que el artículo 1 inciso 2° de la Constitución de la República de El Salvador ha reconocido a toda persona humana desde el instante de la concepción, para que de esta manera se le sea salvaguardado su derecho a la vida, siendo deber del Estado garantizar y proteger los derechos que surgen a partir de la fecundación.

Esta posición fue retomada por la jurisprudencia de la Sala de lo Constitucional de El Salvador<sup>99</sup>, al declarar la inconstitucionalidad del artículo 72 inciso 1° del Código Civil del nombrado país, el cual establece que la existencia legal de las personas principia al nacer y al ser separado completamente de la madre y; la inconstitucionalidad del artículo 75 del

---

<sup>97</sup> Federico Glasi Gastón, “¿Cuál es el Estatus Jurídico del Embrión Humano?” Estudio Multidisciplinario, Revista Persona, Derecho y Libertad, Editorial Montivesa, Perú, (2009), 6

<sup>98</sup> Gastón, “¿Cuál es el Estatus Jurídico del Embrión Humano?”

<sup>99</sup> Sala de lo Constitucional, *Sentencia de Inconstitucionalidad, Referencia: 22-2011* (El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2017).

mismo cuerpo normativo, por la conexión que existe entre uno y otro, al afirmar ambas disposiciones legales que la existencia de la persona inicia con el nacimiento; lo cual contradice el artículo 1 inciso 2º de la Constitución de El Salvador.

La Sala de lo Constitucional al resolver y fundamentar su fallo analizó la situación en la que se dio la reforma al artículo 1 de la Constitución, indicando que la base fundamental de tal reforma fue la de proteger el Derecho a la vida, debido a que si este derecho no está debidamente protegido en la normativa jurídica, no tiene sentido la protección de otros derechos que son importantes, pero es aún más importante proteger la vida humana. De igual forma esta reforma atendió a las normas dadas por el Derecho Internacional, a las cuales El Salvador está sujeto, tales como el Pacto Internacional de Derechos civiles y Políticos, Convención sobre los Derechos del Niño y la Convención Americana sobre Derechos Humanos; los cuales todos se pronuncian en cuanto a la importancia del Derecho a la Vida de las seres humanos y el cual es inherente a la persona humana desde la concepción.

En atención a lo anterior, la Sala de lo Constitucional hace una consideración y deja en claro que *“(...) la calidad de persona “desde luego no puede ser entendida o interpretada en el sentido que se trata de un sujeto de obligaciones frente al Estado o frente a otros sujetos. El reconocimiento que en la disposición constitucional se hace, es en el sentido de entender que se trata de un nuevo ser de la especie humana, de manera que el Estado y demás sujetos se encuentran obligados a garantizarle la vida desde ese mismo instante.”*<sup>100</sup>. De esta manera se hace énfasis a que el reconocimiento de la persona humana desde el instante de la concepción, se garantiza el

---

<sup>100</sup> Sala de lo Constitucional, *Referencia 22-2011*

derecho a la vida a ese nuevo ser y a brindarle la debida protección jurídica de sus derechos, tales como el del patrimonio, el cual es un atributo de las personas físicas.

## **2.2 Atributos de la Persona Humana**

Son también llamados atributos de la personalidad y se refieren a ciertos elementos necesariamente vinculados a toda persona e indispensable, para el desenvolvimiento de ella como sujetos de derechos<sup>101</sup>. El autor Guillermo A. Borda explica que *las personas naturales, por el hecho de existir, tiene la protección del derecho. Esta protección se manifiesta de diversas formas; ante todo se le reconocen ciertos atributos jurídicos, que se estiman inseparables de ellas*<sup>102</sup>, dichos atributos son los siguientes: a) Nombre, b) Domicilio, c) Nacionalidad, d) Estado familiar, e) Capacidad y; f) Patrimonio.

### **2.2.1 Nombre**

Es el conjunto de palabras que en la vida social y jurídica designa e individualiza a las personas. Este está compuesto por el nombre propio o de pila y el nombre en sentido estricto, llamado patronímico, de familia o apellido<sup>103</sup>. Dicho de otra manera la función o importancia del nombre, es la de individualizar a una persona de las demás para el ejercicio de sus derechos. El nombre en las personas naturales, es un atributo concedido a estos al nacer, y se integra a la persona durante toda su vida hasta incluso después de la muerte de él, de igual forma ya sea que la persona haya sido concebida de manera natural o por reproducción asistida, con el atributo del

---

<sup>101</sup> Antonio Vodanovic Haklicka, *Manual de Derecho Civil: Parte Preliminar y General*, (Ed. Jurídica ConoSur Ltda. , Santiago de Chile, 2001), 221.

<sup>102</sup> Guillermo Antonio Borda, *Manual de Derecho Civil Parte General*, (Décimo Octava Edición Actualizada, Ed. Perrot, Buenos Aires, Argentina, 1996), 171.

<sup>103</sup> Vodanovic H., *Manual de Derecho Civil*, 226.

nombre tendrá el derecho de ser identificado como uno de los sucesores del de cujus en una sucesión testamentaria o ser diferenciado de los demás herederos en diligencias de aceptación de herencia intestada.<sup>104</sup>

### **2.2.2 Domicilio**

El domicilio es el lugar que la ley fija como asiento o sede de la persona, para la producción de determinados efectos jurídicos. Es una exigencia ineludible del buen orden social, que las personas puedan ser ubicadas en el territorio.<sup>105</sup>

El domicilio contiene dos elementos principales: El elemento material o físico, que no es más que la residencia o el lugar físico en donde se establece una persona. Elemento subjetivo o intencional, que comprende el ánimo del sujeto de permanecer en un lugar determinado.

### **2.2.3 Nacionalidad**

La nacionalidad es el vínculo que liga a una persona a un estado determinado y que crea Derechos y deberes recíprocos. El autor Ricardo Treviño García en su Libro *La Persona y sus Atributos*, hace mención a lo que expresa el autor Alejandro Carrillo Castro, el cual hace referencia a que la nacionalidad desde un punto de vista jurídico, es una condición legal, la cual de acuerdo a la mayoría de las Constituciones de los estados modernos, se da por dos causas principales<sup>106</sup>: 1) Por nacer de progenitores que tienen la nacionalidad que un determinado estado reconoce como propia, no

---

<sup>104</sup> Borda, *Manual de Derecho Civil Parte General*, 183.

<sup>105</sup> *Ibíd.*, 199

<sup>106</sup> Ricardo Treviño Gracia, *La Persona Y Sus Atributos*, (Impreso en Ciudad Universitaria San Nicolás de la Garza, Universidad Autónoma de Nuevo León, México, 2002), 107.

importando que dicho nacimiento ocurra fuera del territorio estatal correspondiente. 2) Por nacer en el suelo de un Estado considerado como territorio propio, no importa si los que nacen en dicho territorio son hijos de personas que tengan nacionalidad de otro estado.

#### **2.2.4 Estado Familiar**

Es una condición o calidad jurídica, determinada por las leyes que dentro de la sociedad tiene la persona en orden a sus relaciones de familia y de la cual derivan para ella ciertos derechos y obligaciones<sup>107</sup>. El Código de Familia de El Salvador en el artículo 186 define el estado familiar como la calidad jurídica que tiene una persona, en relación a la familia y por la cual la ley le atribuye determinados derechos y deberes.<sup>108</sup>

#### **2.2.5 Capacidad**

La capacidad es la aptitud para ser sujetos de derechos y obligaciones. En relación a la capacidad el Estado y la capacidad, existe una estrecha relación esto debido a que es el Estado el que otorga la capacidad, o la base donde descansa la capacidad, es decir, que de él depende los Derechos y Obligaciones de una persona.

La capacidad se divide en dos formas<sup>109</sup>: 1) *Capacidad de goce*: de igual forma denominada capacidad jurídica, consiste en la aptitud legal de una persona de adquirir derechos o ser titular de los mismos. Esta aptitud se vincula directamente con la misma personalidad humana, debido a esto

---

<sup>107</sup> Vodanovic H., *Manual de Derecho Civil*, 233.

<sup>108</sup> Código De Familia, (Decreto Legislativo Número 677, D.O. N° 231, Tomo N° 321, Publicado el 13 de mayo de 1993)

<sup>109</sup> Mejía, *Los Derechos de la Persona No Nacida*, 93.

todas las personas en principio son capaces de derecho<sup>110</sup>. 2) *Capacidad de ejercicio*: es conocida como la aptitud de obrar, consiste en la facultad de ejercer los mismos derechos y de obligarse así mismo sin la autorización de otro.

### **2.2.6 El Patrimonio**

El patrimonio proviene del vocablo latín *patrimonium*, que se traduce como “lo que se hereda de los padres”, pero tradicionalmente patrimonio es definido como el conjunto de derechos y obligaciones de una persona valuables en dinero.<sup>111</sup>

La teoría clásica del patrimonio, construida por los autores franceses Aubry y Rau<sup>112</sup>, está compuesto de relaciones pasivas y activas, es decir, de derechos y obligaciones o deudas las cuales pueden ser valoradas económicamente; dentro de esta relación, los derechos constituyen el elemento activo del patrimonio de una persona y las obligaciones o deudas el elemento pasivo. De lo anterior queda expuesto que quedan fuera del patrimonio los derechos y deberes que no admitan una valuación en dinero.

Se puede concluir entonces que cualquier persona en el sentido que si a nacido de forma natural o por medio de una de las técnicas de reproducción humana asistida, no es un obstáculo para que esta pueda tener un patrimonio, es decir, una persona nacida por medio de técnicas de reproducción humana asistida, está facultada para obtener derechos y obligaciones valuables económicamente, provenientes de una herencia u otra fuente de carácter lícito.

---

<sup>110</sup> Borda, *Manual de Derecho Civil Parte General*, 230.

<sup>111</sup> Vodanovic H., *Manual de Derecho Civil*, 246.

<sup>112</sup> *Ibid.*, 248

### 2.2.6.1 Patrimonio por Sucesión

Existe en el derecho sucesorio dos sentidos o enfoques al definir la palabra herencia, un sentido objetivo de lo que es herencia y el otro subjetivo. En el sentido objetivo hablar de herencia es hablar del conjunto de derechos, bienes y obligaciones que deja el causante al morir; es decir hablamos del patrimonio del causante. En sentido subjetivo podemos decir que nos referimos a herencia como un derecho subjetivo denominado Derecho Real de Herencia, el cual nace con el fallecimiento del causante<sup>113</sup>. Se puede definir al Derecho Real de Herencia, como aquel derecho, facultad o aptitud de una persona para suceder a otra en todo su patrimonio o en una parte de él<sup>114</sup>; dicho en otras palabras se trata al derecho que le nace a la persona a la universalidad<sup>115</sup> que deja el causante a su muerte y no a las cosas o derechos individuales que se encuentran dentro de esa universalidad, sino al conjunto de ellos.

El autor Rafael Rojina Villegas da una definición de Derecho Real de Herencia a la cual se le agrega otro elemento a la anterior definición, explica que este “...es consistente en la facultad que otorga la ley a los herederos legítimos para exigir una porción hereditaria...”<sup>116</sup>, al exclamar en la definición que es una facultad dada por la ley, se da a entender que es una facultad que nace en la sucesión intestada, debido a que se está en el supuesto de que el causante al no haber dejado testamento, es la ley la que le concederá

---

<sup>113</sup> Fabián Elorriaga de Bonis, *Derecho Sucesorio*, (Segunda Edición, Ed. Abeledo Perrot, Santiago de Chile, 2010), 91.

<sup>114</sup> *Ibíd.*, 89

<sup>115</sup> Con universalidad se hace referencia a una universalidad de derecho; es decir como un conjunto de bienes, derechos y obligaciones que jurídicamente son considerados como un todo diferente de los individuos que lo componen, o dicho de otra manera como una abstracción jurídica. Bonis, *Derecho Sucesorio*, 91

<sup>116</sup> Rafael Rojina Villegas, *Compendio De Derecho Civil II Bienes, Derechos Reales Y Sucesiones*, (Cuadragésimoprimera Edición, Ed. Porrúa, México, 2008), 512

a ciertas personas la facultad de exigir el derecho. Contrario a lo que pasa en la sucesión testamentaria, donde es el de cujus el que crea el derecho en el heredero o legatarios instruidos en el mismo testamento, hecho a la voluntad de él; es decir, es una facultad que nace de un acto jurídico dicho de manera general.

La anterior definición la cual supone que este es un derecho otorgado por la ley a herederos legítimos, se podría pensar que de igual forma una persona nacida por las técnicas de reproducción humana asistida entran en este campo, pero si estos han sido reconocidos por el causante como hijos legítimos, no importando que biológicamente no tengan un nexo sanguíneo con el mismo de cujus, esto debido al tipo de técnica de reproducción humana asistida que se pudo ver utilizado, como por ejemplo una maternidad subrogada o una inseminación artificial heteróloga. Por lo anterior, se vuelve necesario entonces hablar sobre la sucesión por causa de muerte.

### **2.3 Sucesión por causa de muerte**

La muerte produce automáticamente la apertura de la sucesión y al abrirse la sucesión, instantáneamente se transmite la herencia. El fallecimiento provoca inevitablemente, la extinción de la personalidad, y ello plantea inmediatamente el problema de la subsistencia o extinción del complejo de relaciones jurídicas existentes, de diversos modos, en el momento de la desaparición física de la persona.<sup>117</sup>

El derecho sucesorio debe, por tanto, regular los modos, caracteres y efectos de la atribución de esas relaciones jurídicas que, en vida, protagonizó como

---

<sup>117</sup> Eduardo Antonio Zannoni, *Manual de Derecho de las Sucesiones*, 4ª ed. (Argentina: Astrea, 1999), 4.

titular aquel de cuya sucesión se trata expresión que traduce el aforismo latino *is de cuius successione agitur*, de donde proviene la designación de *cujus*, atribuida al causante de la sucesión.<sup>118</sup>

En el Código Civil de El Salvador se establece esta sucesión en el artículo 952,<sup>119</sup> precepto legal del cual se pueden establecer dos formas de suceder, la primera de ellas es a título universal, que es cuando se sucede al causante en todos sus bienes, derechos y obligaciones. La asignación cuando es a título universal recibe el nombre de “Herencia”, y el asignatario se denomina “heredero” (Artículo 955 Código Civil Salvadoreño), es decir que esta calidad dependerá de la cosa en que sea llamado a suceder, si es en toda la masa universal o solo una parte de ella.

La sucesión por causa de muerte es definida en palabras del Profesor Manuel Somarriva Undurraga<sup>120</sup>, como *“La transmisión del patrimonio de una persona o de bienes determinados, a favor de una persona también determinada”*.<sup>121</sup> Existe una condición jurídica, la cual es la muerte, como hecho de la naturaleza que tiene un carácter jurídico de la cual nace este modo de transmitir el dominio.

En ese orden de ideas, la sucesión por causa de muerte *“es un modo de adquirir bienes, derechos y obligaciones transmisibles, sea que lo que se adquiere se refiera a todo el patrimonio del causante o que se refiera a una parte o alícuota del mismo”*.<sup>122</sup> En base a la anterior definición, es necesario mencionar elementos importantes, tales como la Apertura de la Sucesión

---

<sup>118</sup> Zannoni, *Manual de Derecho de las Sucesiones*, 4

<sup>119</sup> Código Civil de El Salvador (Poder Ejecutivo de El Salvador, 1859).

<sup>120</sup> Profesor y Jurista Chileno, autor del Libro *Derecho Sucesorio*, Editorial Jurídica de Chile.

<sup>121</sup> Alejandro Sepúlveda Cerliani, *Derecho Sucesorio: Derecho Civil IV* (Chile, 2007) 4.

<sup>122</sup> Cerliani, *Derecho Sucesorio*, 5.

establecida en el artículo 956 del Código Civil de El Salvador,<sup>123</sup> el profesor Somarriva la define como “*el hecho que habilita a los herederos para tomar posesión de los bienes hereditarios y se los transmite en propiedad.*”<sup>124</sup> Otro aspecto importante es la Delación, regulada en el artículo 957<sup>125</sup> relacionado con el artículo 958,<sup>126</sup> ambos del Código en mención, se refieren al llamamiento que la ley hace para aceptar o repudiar un legado o herencia.

Con los elementos de la apertura de la sucesión y la delación, nace un derecho de opción, el heredero o legatario puede aceptar la asignación, es decir, expresar su intención de adquirir o puede también repudiarla. Solo si el asignatario acepta se completa el procedimiento de transmisión sucesoria, porque si repudia se considera que nunca ha tenido derecho en la sucesión. Dentro de la sucesión por causa de muerte, se encuentran dos sistemas de suceder, los cuales se explican a continuación.

### **2.3.1 Sucesión en la persona**

Esta clase o sistema de sucesión tiene su asidero en Roma, ya que se pretendía impedir que las relaciones jurídicas anudadas por un sujeto quedaran desatadas por su muerte, esto impulsó la elaboración de un concepto, que descansando en una ficción, negaba la desaparición del fallecido como entidad de derecho y establecía su prolongación mediante la continuidad de su persona por el heredero.<sup>127</sup> Lo anterior significa que el sucesor y el causante son una misma persona y por lo tanto, el lugar dejado por el causante es ocupado por el sucesor. En la sucesión en la persona, el

---

<sup>123</sup> Código Civil de El Salvador (Poder Ejecutivo de El Salvador, 1859).

<sup>124</sup> Cerliani, *Derecho Sucesorio*, 6.

<sup>125</sup> Código Civil de El Salvador, (Poder Ejecutivo de El Salvador, 1859).

<sup>126</sup> *Ibíd.*

<sup>127</sup> Jorge Omar Maffia, *Manual de Derecho Sucesorio*, Tomo I y II, 4ª ed. (Argentina, Buenos Aires: Depalma, 1993), 14.

sucesor al disponer del patrimonio, lo hace con la finalidad de continuar con la persona del causante, ya que un patrimonio no puede separarse de la persona o quedar este a la deriva.

Dentro de esta sucesión, se pueden presentar algunos supuestos, primero que el heredero, al disponer de los bienes, puede responder de las deudas que hubieran sido dejadas por el mismo causante, a esto se le conoce como responsabilidad ultra vires hereditatis, es decir que el sucesor debe pagar con su patrimonio todas las deudas del causante<sup>128</sup> y se deriva de la presunción de que una persona no puede tener dos patrimonios, por lo que el sucesor al tener el dominio del patrimonio del causante, cuando recibe la herencia lo une a su propio patrimonio, por lo que debe responder como continuador de la persona del causante.

La teoría de Aubry y Rau, en la que el patrimonio aparece como una emanación de la personalidad, un atributo de ella, fundamento al que llegan por dos razones: primero que el patrimonio constituye una universalidad jurídica, distinta de los elementos que la componen; la segunda es que el no solamente comprende los bienes mismos, sino la facultad del titular para crear nuevos valores, no solamente los bienes ya adquiridos sino los que va a adquirir, por lo que el patrimonio no puede separarse de la persona.<sup>129</sup>

### **2.3.2 Sucesión en los bienes**

Según este sistema, el sucesor simplemente sucede al causante en los bienes, no continúa su persona. Los herederos son “liquidadores del patrimonio del causante”. Es decir, los herederos pagan las deudas del

---

<sup>128</sup> Andrés Font Martín, *Sucesiones*, 4ª ed. corregida, ampliada y actualizada (Argentina, Buenos Aires: Editorial Estudios, 2007), 105.

<sup>129</sup> Cerliani, *Derecho Sucesorio*, 14.

causante con los bienes de éste, y recién después -si queda remanente- se lo reparten entre ellos.<sup>130</sup> Esta figura encuentra su fundamento en el artículo 956<sup>131</sup> del Código Civil de El Salvador.

La aplicación de este sistema contiene las siguientes implicaciones: 1) Que no se confunda el patrimonio del sucesor con el del causante, es decir, los acreedores del causante sólo podrán cobrarse del patrimonio de éste, y los acreedores del sucesor podrán cobrarse del patrimonio de éste o del remanente existente sobre el patrimonio del difunto. El sucesor no tiene responsabilidad 'ultra vires hereditatis'. Por lo tanto, el heredero no está obligado a pagar las deudas de la herencia con sus propios bienes. 2) Que el sucesor no continúe la posesión del causante: Si el sucesor es poseedor de mala fe, la posesión tendrá este carácter aunque el causante haya sido poseedor de buena fe; y viceversa.<sup>132</sup> Es necesario resaltar la figura del beneficio de inventario, el cual es el derecho concedido al heredero de aceptar la herencia obligándose por las deudas del causante únicamente hasta la concurrencia del valor de los bienes que recibe.

## **2.4 Sucesión intestada**

Según lo dispuesto por el artículo 953<sup>133</sup> del Código Civil de El Salvador, cuando se habla de la sucesión intestada, se entiende que se está ante la falta de un testamento, en el cual se hayan designado los bienes del testador a una o varias personas, expresando de esta manera la voluntad del

---

<sup>130</sup> Cerliani, *Derecho Sucesorio*, 14

<sup>131</sup> Art. 956.- La sucesión en los bienes de una persona se abre al momento de su muerte en su último domicilio; salvo los casos expresamente exceptuados.

<sup>132</sup> Arnoldo Siperman, *Los Principios Generales del Derecho Sucesorio y el Trámite del Juicio Sucesorio* (Argentina, Buenos Aires: Ediciones La Flores, 2000), 135.

<sup>133</sup> Art. 953.- Si se sucede en virtud de un testamento, la sucesión se llama testamentaria, y si en virtud de la ley, intestada o abintestato. La sucesión en los bienes de una persona difunta puede ser parte testamentaria, y parte intestada.

causante. En otras palabras, la sucesión intestada supone que el causante en vida no haga uso del derecho de disponer de sus bienes para después de sus días mediante un testamento o que carezca de esta facultad. En consecuencia de lo anterior, la sucesión intestada *“es una institución llamada a suplir la ausencia o ineficacia de la voluntad del causante cuando este no ha podido o no ha querido testar, o cuando habiéndolo hecho sólo dispuso de parte de sus bienes o sus disposiciones no han surtido efecto por imperativo legal.”*<sup>134</sup>

Para estos efectos, la Ley en el Código Civil Salvadoreño en el artículo 988, ha establecido el orden de quienes son llamados a la sucesión intestada, en el cual se ubican los parientes más próximos o cercanos, incluyendo al cónyuge. El Ordenamiento Jurídico Salvadoreño no hace distinción alguna en cuanto al sexo, ni a la primogenitura –artículo 983 Código Civil- de modo que *“los llamados a suceder pueden ser indistintamente hijos mayores o menores, hombres o mujeres. Solo interesa que tengan la relación o filiación que determina la Ley para que el llamado surta pleno efecto.”*<sup>135</sup>

La sucesión intestada está construida sobre la base de dar preferencia a ciertas personas y de excluir a otras. Por ejemplo, los hijos personalmente o representados por su descendencia excluyen a los ascendientes, pero concurren con el cónyuge sobreviviente. Este y los ascendientes por su parte, excluyen a los hermanos y estos a los colaterales- llamados solo hasta el sexto grado. Las preferencias se refieren a la cuantía de la asignación.<sup>136</sup>

---

<sup>134</sup> Francisco Blasco Gasco, *Instituciones del Derecho Civil, Derecho de Sucesiones* (España: Editorial Tirant Lo Blanch, 2013), 248.

<sup>135</sup> *Ibíd.*, 251.

<sup>136</sup> *Ibíd.*, 252.

### **2.4.1 Características**

Las características que se pueden mencionar sobre la sucesión intestada, son las siguientes:

- a) Es una sucesión por causa de muerte, ya que la misma se origina por el fallecimiento del causante sin que este haya dejado testamento expresando su voluntad sobre la transmisión de sus derechos, obligaciones y bienes hacia otra u otras personas.
- b) En la sucesión intestada, se sucede a título universal, ya que si no existe la voluntad del causante en cuanto a la repartición de sus bienes o designación de un heredero, no pueden otorgarse los mismos a herederos particulares.
- c) Es una sucesión en virtud de la Ley.
- d) Es una figura jurídica que actúa en carácter supletorio de la voluntad del causante, ya que no existe una designación de herederos, es decir, que se carece de la voluntad expresa del causante.

### **2.4.1 Causas que la originan**

Dentro de esta sucesión intestada se encuentran algunos supuestos que dan su origen, tal como lo establece el artículo 981<sup>137</sup> del Código Civil Salvadoreño, los cuales son los siguientes:

---

<sup>137</sup> Art. 981.- Las leyes reglan la sucesión en los bienes de que el difunto no ha dispuesto, o si dispuso, no lo hizo conforme a derecho, o no han tenido efecto sus disposiciones.

#### **2.4.1.1 Cuando el causante no dispuso de sus bienes**

El causante no dejó expresada su voluntad sobre la transmisión de sus bienes, en este caso, toda la masa patrimonial es intestada. “Una persona no obstante haber otorgado testamento pudo no haber dispuesto de sus bienes, por ejemplo: puede haber otorgado testamento para nombrar un albacea, un partido o para reconocer, etc.”<sup>138</sup>

#### **2.4.1.2 El causante si dispuso de sus bienes pero no conforme a derecho**

La parte de la cual no dispuso, queda sujeta a las reglas de la sucesión intestada, siendo este uno de los casos que dan lugar a la sucesión parte testada y parte intestada.<sup>139</sup> Puede que no haya cumplido con los requisitos de forma o de fondo (el testamento es un acto solemne, a veces más solemne, a veces menos, pero solemne a fin de cuentas). La regla general es que la omisión de cualquier formalidad significa que el testamento carece de todo valor.

#### **2.4.2 Capacidad para suceder**

Entre de los aspectos más importantes requeridos por la ley para la sucesión mortis causa, es que se debe ser capaz para ello. El artículo 962 del Código Civil de El Salvador expresa que será capaz y digna de suceder toda persona a quien la ley no haya declarado incapaz o indigna. Es de recordar que existen dos tipos de capacidad, la de goce y la de ejercicio, la primera

---

<sup>138</sup> Cerliani, Derecho Sucesorio, 36.

<sup>139</sup> Roberto Romero Carrillo, *Nociones de Derecho Hereditario*, 2ª ed. revisada y aumentada (El Salvador, San Salvador; 1998), 87.

consiste en la aptitud legal que obtiene toda persona para contraer derechos y obligaciones, mientras que la segunda es la aptitud legal de poder ejercer los derechos por medio de una autorización u otra persona, es decir, a través de su representante legal.

En la sucesión intestada es irrelevante la capacidad de ejercicio, ya que en el plano sucesorio lo que se adquiere son derechos hereditarios, por consiguiente es la capacidad de goce la cual será puesta en análisis, relacionándola con las TRHA. Fabián Elorriaga de Bonis define la capacidad para suceder como la aptitud de una persona para ser sujeto de asignaciones por causa de muerte, y la regla general, como en otras materias, es que toda, persona es capaz de suceder, salvo las expresamente exceptuadas por la ley<sup>140</sup>.

El autor Jorge Maffia señala que la capacidad para suceder consiste en la aptitud legal para recibir por transmisión mortis causa<sup>141</sup>. El concepto debe diferenciarse de la vocación, en cuanto ésta constituye el llamamiento de un sucesor a una sucesión determinada, llamamiento que presupone necesariamente como sustento previo, la capacidad del llamado. La vocación sucesoria reconoce como fuente una disposición legal que la otorga en función de determinada relación de parentesco, o en mérito al vínculo conyugal, o bien, por último, en virtud del llamado que puede realizar el causante mediante el acto de última voluntad denominado testamento<sup>142</sup>.

La capacidad para suceder a una persona no cabe confundirla con la capacidad para aceptar o repudiar una asignación hereditaria; se trata de cuestiones distintas. Es perfectamente posible que una persona sea capaz

---

<sup>140</sup> Elorriaga de Bonis, *Derecho Sucesorio*, 33.

<sup>141</sup> Maffia, *Manual de Derecho Sucesorio*, 69.

<sup>142</sup> *Ibíd.*

de suceder a otra, pero incapaz de aceptar o repudiar por sí misma. El hijo impúber es capaz de heredar a su padre, pero es incapaz de aceptar o repudiar la asignación por sí solo. En este sentido se afirma que la capacidad para suceder es estática, pues se trata de una mera calidad de sucesor que, o se tiene o no se tiene; en tanto que la capacidad para aceptar o repudiar es dinámica, siempre que implique el movimiento de la voluntad de parte del asignatario<sup>143</sup>.

Los artículos 963<sup>144</sup>, 964<sup>145</sup>, 965<sup>146</sup> y 965<sup>147</sup> del Código Civil de El Salvador señalan las causas de incapacidad para heredar, entre ellas están: Que la persona no exista al momento de abrirse la sucesión; las cofradías, gremios o establecimientos que no sean personas jurídicas; el ministro que haya confesado al testador o su médico de cabecera y; el notario o funcionario que realice el testamento del causante. De todas ellas, para efectos de las técnicas de reproducción humana asistida, se estudiará la primera, la cual consiste en la falta de personalidad para suceder.

#### **2.4.2.1 Falta de personalidad**

Se trata de aquellos casos en que los sujetos no están concebidos al tiempo de la muerte del de cujus, o los concebidos cuando no sean viables. Hay que recordar que para efectos legales, se considera viable al producto desprendido enteramente del seno materno que vive veinticuatro horas o es

---

<sup>143</sup> Elorriaga de Bonis, *Derecho Sucesorio*, 34.

<sup>144</sup> Art. 963, inciso primero.

<sup>145</sup> Art. 964.- Son incapaces de toda herencia o legado las cofradías, gremios, o establecimientos cualesquiera que no sean personas jurídicas.

<sup>146</sup> Art. 965.- Es incapaz de suceder a una persona el que, antes de deferírsele la asignación, hubiese sido condenado por adulterio con dicha persona o acusada de dicho delito, si se siguiese condenación judicial.

<sup>147</sup> Art. 96, inciso primero.

presentado vivo al juez del registro civil<sup>148</sup>. En la técnicas de reproducción humana asistida, el ejemplo más claro de falta de personalidad para heredar se da en la inseminación post-mortem, puesto que en ese caso ni tan siquiera está concebida la persona al momento de abrirse la sucesión, pero no por ello se le va a negar su derecho a la herencia, por tal razón es que tal situación merece ser regulada.

Pese a dicha incapacidad descrita en la Legislación Civil de El Salvador, ésta no debe de tomarse como inquebrantable, pues siguiendo a Roberto Romero Carrillo, quien menciona que no se puede hablar de capacidad o incapacidad de una persona que no existe; lo que verdaderamente ocurre es que no hay vocación sucesoria en quien no existe, no hay llamamiento a suceder para el que no existe<sup>149</sup>.

En base al anterior planteamiento y haciendo una interpretación progresiva del inciso tercero del artículo 963 del Código Civil de El Salvador<sup>150</sup>, se puede considerar con capacidad para heredar ab intestato aquella persona que será concebida por medio de la inseminación post mortem, si bien es cierto que el legislador solamente deja esta posibilidad para las asignaciones testamentarias a favor de las personas que se espera que existan, dicho funcionario en la época que redactó tal disposición, no advirtió el avance médico y científico de hoy en día, por lo tanto, se vuelve necesario hacer interpretaciones o reformas a la legislación actual que permitan al derecho reglamentar e ir a la par de las nuevas tecnologías.

---

<sup>148</sup> María de Monserrat Pérez Contreras, *Derecho de Familia y Sucesiones* (México: Universidad Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2010), 189.

<sup>149</sup> Romero, *Nociones de Derecho Hereditario*, 29.

<sup>150</sup> Con todo, las asignaciones a personas que al tiempo de abrirse la sucesión no existen, pero se espera que existan, no se invalidarán por esta causa si existieren dichas personas antes de expirar los treinta años subsiguientes a la apertura de la sucesión.

## 2.5 Derecho a heredar vía intestada

Las personas a quienes la ley les concede vocación sucesoria, las que a la muerte del causante serán llamadas a sucederle, son las que tienen con aquél la clase de parentesco que la misma ley previamente ha indicado. Cuando la ley establece que clase de parientes tienen derecho a la sucesión intestada, lo hace formando varios grupos que coloca bajo una numeración correlativa, mandando que tales grupos, que reciben el nombre de órdenes, prefieran unos a otros según su numeración, por manera que solo en falta de los herederos llamados en el número anterior, entran los designados en el número que siguen<sup>151</sup>.

El autor Alfredo Barros Errasuriz<sup>152</sup> menciona que se puede definir el orden de sucesión como aquel conjunto de personas que en la sucesión del difunto, excluye a otro grupo de personas y que, a su vez, pueden ser excluidos por otro conjunto de personas. Normalmente las personas que componen el orden sucesorio serán parientes del difunto, pero es perfectamente posible que no lo sean, tal es el caso del cónyuge sobreviviente o del Fisco<sup>153</sup>.

El Código Civil de El Salvador en el artículo 988 menciona el orden y los grados de las personas que tienen derecho suceder por la vía intestada<sup>154</sup>, entre ellas se encuentran: Los hijos, los padres, cónyuge o conviviente, hermanos, la Universidad de El Salvador, etc.

---

<sup>151</sup> Romero, Nociones de Derecho Hereditario, 91.

<sup>152</sup> Alfredo Barros Errasuriz, *Curso de Derecho Civil*, 4ª ed. (Chile, Santiago: Editorial Nacimiento, 1933), 107.

<sup>153</sup> Errasuriz, *Curso de Derecho Civil*, 129.

<sup>154</sup> Art. 988.- Son llamados a la sucesión intestada: 1º Los hijos, el padre, la madre y el cónyuge, y en su caso el conviviente sobreviviente; 2º Los abuelos y demás ascendientes; los nietos y el padre que haya reconocido voluntariamente a su hijo; 3º Los hermanos; 4º Los sobrinos; 5º Los tíos; 6º Los primos hermanos; y, 7º La Universidad de El Salvador y los hospitales

### 2.5.1 Sucesión de los descendientes

El Derecho Civil Argentino en principio, las personas que tienen derecho a la herencia legítima<sup>155</sup> es en primer lugar, los descendientes y el cónyuge, que juntos excluyen a los ascendientes y a todos los parientes colaterales<sup>156</sup>. Es decir que, por regla general los parientes más próximos al causante excluyen a los más lejanos en el derecho a concurrir en la sucesión, heredando en partes iguales los que pertenecen en un mismo grado y descartando a los que constituyen el siguiente grado, y dentro de un mismo grado los parientes más próximos tienen preferencia sobre los más distantes.

El tema de las técnicas de inseminación humana asistida, para efectos sucesorios únicamente interesa el primer grado, es decir, los hijos, puesto que son el fin de dichas técnicas, además porque la normativa de El Salvador no establece un marco regulatorio para estos en la sucesión intestada. Lo anterior se le conoce como el principio de prioridad de grado, el cual es la preferencia dada al pariente de grado más próximo al autor de la sucesión, para excluir al de grado más remoto, así, por ejemplo, si al difunto lo sobreviven su hijo y su nieto, el hijo lo sucede con exclusión del nieto<sup>157</sup>.

El anterior principio por regla general, solo tiene cabida en la misma línea parental, pero este se ve afectado cuando se sucede por derecho de representación, en virtud de que esta facultad tiene como propósito mejorar el grado del descendiente inferior. El derecho en mención tiene gran importancia en la herencia de las personas concebidas mediante las TRHA.

---

<sup>155</sup> Intestada.

<sup>156</sup> Rojina, *Compendio de Derecho Civil II*, 471.

<sup>157</sup> Francisco Alberto Magin Ferrer y Graciela Medina, *Código Civil Comentado de Argentina: Sucesiones*, Tomo II, Arts. 3539 – 3874 (Argentina: Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni Editores, 2003), 27.

## **2.5.2 Formas de suceder**

La doctrina menciona las formas en que se puede suceder a otra persona, señalando que se puede heredar por cabeza o derecho propio, por estirpe o por derecho de representación. Además indica la diferencia entre estas clases, señalando que se sucede por derecho propio cuando siendo uno solo el heredero o cuando siendo varios, todos, sin embargo, descienden del mismo tronco inmediato. Y se sucede por representación cuando, aunque no sea más que uno de los varios individuos a quienes corresponde la sucesión, no desciende del mismo tronco del que descienden los otros y viene en lugar de su antecesor.<sup>158</sup>

### **2.5.2.1 Sucesión por cabezas**

La herencia por cabezas consiste en que el heredero recibe en nombre propio; es decir, no es llamado a la herencia en representación de otro. La herencia por cabezas la tenemos en todos los hijos, en los padres y en los colaterales. Pero en los descendientes de segundo o ulterior grado y en los sobrinos, la herencia es por estirpes<sup>159</sup>.

### **2.5.2.2 Sucesión por estirpes**

La herencia por estirpes se da cuando un descendiente entra a heredar en lugar de un ascendiente. Este sería el concepto más general, el hijo puede entrar a heredar en representación de su padre, cuando éste ha muerto antes que el de cuius. Se presenta la herencia por estirpes en la línea recta descendente, sin limitación de grado; en la línea recta ascendente nunca

---

<sup>158</sup> Zannoni, *Manual de Derecho de las Sucesiones*, 431.

<sup>159</sup> Rojina, *Compendio de Derecho Civil*, 462.

puede ocurrir; es decir, el bisabuelo no representa al abuelo, cuando éste murió antes que el autor de la sucesión, sino que heredará por líneas, cuando no exista el abuelo y a su vez, no haya padres, ni descendientes. En cambio, en la línea recta descendente sí hay derecho de representación, sin limitación de grado. Quiere esto decir que el hijo representa a su padre, si éste muere antes que el de cujus; o el nieto representa a su abuelo, si a su vez murieron su padre y su abuelo; o el bisnieto puede heredar por estirpes, si a su vez murieron su padre, su abuelo y su bisabuelo<sup>160</sup>.

La herencia por estirpes se puede presentar en línea recta por consanguinidad así como también en línea colateral por consanguinidad, en el primer caso opera a favor de los descendientes sin límite de grados, es decir que el nieto puede llegar a heredar a su padre, a su abuelo, a su bisabuelo, etc.; en cambio en línea colateral esta facultad está limitada hasta el cuarto grado, esto supone que si llegasen a faltar los hermanos del de cujus, los sobrinos de éste último pasan a heredar su patrimonio en nombre de su padre<sup>161</sup>.

La herencia por estirpes entraña en realidad un derecho de representación, en virtud de que el descendiente representa al ascendiente premuerto, al que ha renunciado la herencia, o se ha vuelto incapaz de heredar. El término derecho de representación que se usa para la herencia por estirpes, en realidad no es correcto porque sólo debería aplicarse lógicamente a los casos en que el descendiente ocupará el lugar del ascendiente, si éste le transmitiera su derecho; pero no puede decirse que haya representación cuando el ascendiente ha repudiado la herencia o es incapaz de heredar,

---

<sup>160</sup> Rojina, *Compendio de Derecho Civil*, 463.

<sup>161</sup> *Ibíd.*

porque en esos casos el representado no puede tener derechos.<sup>162</sup> Lo anterior adquiere más sentido cuando en la sucesión intestada se aplica la institución de la sustitución, la cual se basa en el principio de la autonomía de la voluntad del testador, quien dispone de sus bienes a favor de los herederos que él decida y además designa a los sustitutos de estos.

El legislador parte del supuesto en que no interviene la voluntad del causante e introduce el derecho de representación para suplir dicha manifestación, con el objeto de reemplazar la institución de herederos, pero esto se traduce en una contradicción, pues el representante estaría consintiendo la sucesión que su representado previamente había repudiado, por lo que la representación iría en un contra sentido con los deseos de quien ha rechazado la herencia, en consecuencia la figura de la sustitución sería la más adecuada para este tipo de situaciones. Para evitar confusiones, el derecho de representación será el que se manejará en la investigación.

### **2.5.2.3 Sucesión por líneas**

La representación no tiene lugar en la línea ascendente, si faltan los padres, los abuelos no pueden representar a éstos, ni tampoco ascendientes de ulterior grado pueden representar al ascendiente más próximo. En la línea ascendente tiene lugar la herencia por líneas, siempre y cuando se trate de ascendientes de segundo o ulterior grado. Los ascendientes de primer grado heredan por derecho propio, es decir, por cabezas; de tal suerte que si sólo existe el padre o la madre a ellos corresponderá la herencia, en el supuesto de que no existan descendientes ni cónyuge.<sup>163</sup>

---

<sup>162</sup> Rojina, *Compendio de Derecho Civil*, 464.

<sup>163</sup> *Ibid.*, 469.

La herencia por líneas se caracteriza en que se divide en dos partes: herencia paterna y materna; independientemente de que en una línea haya diferente número de ascendientes que en la otra. No importa que en la línea paterna sólo haya un abuelo y en la materna los dos abuelos. La herencia se divide en dos partes y después cada mitad se subdivide en el número de ascendientes de cada línea<sup>164</sup>.

La anterior situación no genera una afectación al principio de prioridad de grado, tal como ocurre con la herencia por estirpes, en la cual no es aplicable, en ese sentido, cuando los ascendientes tengan derecho a heredar a sus descendientes, concurrirán en línea materna o paterna a prorrata<sup>165</sup>, y en caso que sólo acudan parientes de una sola línea, la masa sucesoral pasa a dividirse entre todos ellos, sin hacer ningún tipo de discriminación.

## **2.6 Derecho de representación**

La representación es el derecho por el cual los hijos de un grado ulterior son colocados en el grado que ocupa su padre o madre en la familia del difunto, a fin de suceder juntos en su lugar a la misma parte de la herencia a la cual el padre o la madre habrían sucedido<sup>166</sup>. El derecho de representación corresponde a los hijos y descendientes de los hermanos del difunto, a quienes por su premoriencia comprobada o presunta, su indignidad o su renuncia, aquéllos vienen a suplantar en la sucesión<sup>167</sup>.

El autor Alfredo Barros Errasuriz, lo define como una ficción legal que produce el efecto de hacer entrar a una o varias personas en el lugar y por

---

<sup>164</sup> Rojina, *Compendio de Derecho Civil*, 463.

<sup>165</sup> Partes iguales.

<sup>166</sup> Medina, *Código Civil Comentado de Argentina*, 33.

<sup>167</sup> *Ibíd.*, 49.

consiguiente, en el grado de parentesco y en los derechos hereditarios que tendría su padre o madre, si éste o ésta no quisiese o no pudiese suceder<sup>168</sup>.

Esa facultad que otorga la ley conocida como vocación indirecta, no es impedimento para que se pueda suceder por derecho propio, lo que hace es establecer una fragmentación de la herencia, no por cabezas sino por estirpe, es decir, que todos los hijos que representan a su ascendiente, sin importar cuantos sean, adquieren la misma parte de su padre o madre premuerto.

La representación tiene por objeto preciso evitar que la falta de uno de los herederos llamados por la ley a suceder al causante, implique que la parte que a él le correspondía en dicha sucesión pueda incrementar la porción de otros herederos, rompiéndose con el orden natural de efectos. Así que una persona que esté concebida por medio de una inseminación artificial debería de poder suceder en representación de su ascendiente, puesto que la ley si bien es cierto no regula este tipo de individuos, tampoco los prohíbe. Si no existiese el derecho de representación, la asignación legal por causa de muerte al heredero que falta, tendría que pasar a otras personas, lo que atentaría contra el principio de que el patrimonio de un individuo se transmite a sus parientes más cercanos<sup>169</sup>. Es importante mencionar que existen diferencias marcadas entre la transmisión y el derecho de representación.

### **2.6.1 Diferencias entre transmisión y representación**

Es importante mencionar las diferencias que existen entre la sucesión por transmisión y el derecho de representación, puesto que en ambas formas de

---

<sup>168</sup> Barros, *Curso de Derecho Civil*, 55.

<sup>169</sup> Elorriaga de Bonis, *Derecho Sucesorio*, 118.

sucedan, pueden intervenir los derechos hereditarios de las personas concebidas por técnicas de reproducción humana asistida, entre esas discrepancias se encuentran las siguientes<sup>170</sup>:

- a) Los que suceden por transmisión sacan su derecho exclusivamente de su calidad de heredero del transmitente, mientras que los que suceden por representación sacan su derecho de la ley, que los llama a ocupar el lugar del representado.
- b) La transmisión aprovecha a cualquiera que invoque la calidad de heredero del transmitente, aunque no tenga con él ninguna relación de parentesco, mientras que la representación sólo tiene lugar en favor de los parientes que la ley en especial, determina.
- c) La transmisión tiene lugar tanto en la sucesión testada como en la intestada y el derecho de representación, por regla general, sólo tiene lugar en la intestada. Por la transmisión se adquieren herencias y legados; por la representación, sólo herencias.
- d) El representado puede ser incapaz, indigno, desheredado y aún haber repudiado la herencia; mientras que el transmitente debe ser capaz y digno de suceder.

### **2.6.2 Requisitos para que opere el derecho de representación**

El Código Civil de El Salvador reglamenta los requerimientos que han de cumplirse para que proceda la institución de la representación, mencionando en sus disposiciones que es necesario que se trate de una sucesión

---

<sup>170</sup> Barros, *Curso de Derecho Civil*, 58.

intestada, que falte el representado a la sucesión del causante, que el representado debe ser pariente del causante, el representante debe ser descendiente del representado y el representante debe ser digno y capaz de suceder al de cujus.

#### **2.6.2.1 Debe tratarse de una sucesión intestada**

El fundamento de esta exigencia se encuentra en el artículo 984<sup>171</sup> del Código Civil de El Salvador, en el que se establece que se sucede abintestato por derecho de representación, esa es la regla general, sin embargo la excepción a esa regla, es que dicha facultad también puede presentarse en sucesión testada, como por ejemplo, el artículo 1081<sup>172</sup> del citado código, dispone que si se realizan asignaciones por cuota y cada una de ellas no conforman la unidad entera, la parte indeterminada pasa a favor de los herederos intestados, y es ahí donde se podría llegar a suscitar la representación, pues la herencia se estaría tratando de manera intestada.

#### **2.6.2.2 Ausencia del representado en la sucesión del causante**

El derecho de representación también tiene lugar cuando el representado falte en la apertura de la sucesión del causante, ya sea por el fallecimiento del asignatario, por haber repudiado la herencia, por ser incapaz o por haber

---

<sup>171</sup> Art. 984.- Se sucede abintestato, ya por derecho personal, ya por derecho de representación. La representación es una ficción legal en que se supone que una persona tiene el lugar y por consiguiente el grado de parentesco y los derechos hereditarios que tendría su padre o madre, si éste o ésta no quisiese o no pudiese suceder. Se puede representar a un padre o madre que, si hubiese querido o podido suceder, habría sucedido por derecho de representación.

<sup>172</sup> Art. 1081.- Si no hubiere herederos universales sino de cuota y las designadas en el testamento no componen todas juntas unidad entera, los herederos abintestato se entienden llamados como herederos del remanente.

sido declarado indigno o haber sido desheredado, según lo dispuesto en los incisos dos y tres del artículo 984 y 987<sup>173</sup> del Código Civil de El Salvador.

En virtud de lo anterior, se sucede al causante y no al representado, en consecuencia, para que tenga lugar la representación, el representante debe poseer vocación propia en la sucesión del de cujus, eso lleva a considerar que se vuelve innecesario que los bienes del difunto pasen primero a su hijo premuerto para que el descendiente de éste pueda adquirirlos, pues a los representantes se les transfiere directamente los bienes del causante.

Es importante señalar que el que representa a su pariente fallecido no solamente debe ser capaz para sucederle, sino que también debe poseer capacidad para heredar al fenecido, es decir, que no debe haber sido declarado indigno respecto al fallecido, ni haber sido desheredado por éste para sucederle por representación.

En base a lo antepuesto, significa que quien solicita suceder por derecho de representación, debe ser declarado sucesor del causante sin que previamente se le declare beneficiario de la persona que representa, pues como señala la doctrina, los herederos por estirpe son los sucesores que heredan, no por su propio derecho, sino por la representación de un ascendiente, es decir, heredan sólo sobre la parte que le correspondía a su ascendiente<sup>174</sup>. Esto quiere decir que las personas concebidas por medio de técnicas de reproducción humana también pueden heredar a sus progenitores fallecidos, a través de esta facultad que les otorga la ley, sin ningún tipo de discriminación o exclusión.

---

<sup>173</sup> Art. 987.- Se puede representar al ascendiente cuya herencia se ha repudiado. Se puede asimismo representar al incapaz, al indigno, al desheredado, y al que repudió la herencia del difunto.

<sup>174</sup> Pérez Contreras, *Derecho de Familia y Sucesiones*, 215.

### **2.6.2.3 El representado debe ser pariente del causante**

El artículo 986<sup>175</sup> del Código Civil de El Salvador estipula que el derecho de representación procede a favor de la descendencia consanguínea del causante sin límite de grados, o la descendencia de su hermano pre fallecido hasta los nietos de éste último, en consecuencia, no cualquier pariente puede ser llamado a ejercer como representante, sino únicamente aquellos que la ley les confiere esa potestad. Asimismo, está prohibido que los ascendientes del de cujus puedan representarlo, es decir que fuera de los casos anteriores, este derecho no tiene cabida en ningún otro familiar.

### **2.6.2.4 Límite de la representación**

Tal como sucede con otras facultades, la representación tiene una limitante, y esa está en los parientes colaterales. Desde antiguo se planteó la cuestión de la extensión del derecho de representación entre los colaterales y se perfilaron dos posturas: La primera, que afirma que el derecho de representación no tiene limitación en los colaterales, y otra, en cambio, que lo limita al cuarto grado de consanguinidad<sup>176</sup>.

En el caso de El Salvador, esta facultad debe ser interpretada y limitada a la luz de los artículos 984<sup>177</sup> y 986<sup>178</sup> del Código Civil Salvadoreño, el primero de ellos dispone que se puede suceder abintestato, ya sea por derecho personal o por representación, y conceptualiza, que la representación es una

---

<sup>175</sup> Art. 986.- Hay siempre lugar a la representación en la descendencia del difunto en la descendencia de sus hijos. En la línea colateral sólo tiene lugar la representación en favor de los hijos y nietos, aunque no concurren con sus tíos.

<sup>176</sup> Pérez Contreras, *Derecho de Familia y Sucesiones*, 49.

<sup>177</sup> Art. 984, inciso segundo.

<sup>178</sup> Art. 986.- Hay siempre lugar a la representación en la descendencia del difunto en la descendencia de sus hijos. En la línea colateral sólo tiene lugar la representación en favor de los hijos y nietos, aunque no concurren con sus tíos.

ficción legal en que se supone que una persona tiene el lugar y por consiguiente el grado de parentesco y los derechos hereditarios que tendría su padre o madre, si éste o ésta no quisiese o no pudiese suceder.

El derecho de representación tiene lugar en línea recta descendente del causante y en línea colateral, únicamente en el segundo grado, esto es, sólo respecto de los hermanos del causante<sup>179</sup>. Ahora bien el segundo artículo supra señalado establece el límite de los colaterales hasta el cuarto grado de consanguinidad, en vista que el derecho de representación en la línea colateral sólo tiene lugar en favor de los hijos y nietos de los hermanos del causante<sup>180</sup>.

#### **2.6.2.5 Representante debe ser descendiente del representado**

Para que opere el derecho de representación, la persona que representa a su pariente faltante en la sucesión del causante, sea su descendiente, no siendo necesario que se trate del familiar más próximo del representado, ya que según lo regulado por el artículo 986<sup>181</sup> del Código Civil de El Salvador, no es requisito que lo sea en forma inmediata, es decir, no es imprescindible que se trate de un descendiente inmediato del representado.

La representación se admite sin término en la línea recta, de ahí que se pueda representar a varias personas; por ejemplo, el bisnieto puede concurrir a la sucesión del causante en representación de su abuelo y de su padre,

---

<sup>179</sup> Cámara de lo Civil De la Primera Sección de Occidente de Santa Ana, *Sentencia de Apelación, Referencia: INC 74-3* (El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2013).

<sup>180</sup> Cámara de lo Civil De la Tercera Sección del Centro de San Salvador, *Sentencia de Apelación, Referencia: 190-DD-12* (El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2012).

<sup>181</sup> Art. 986.- Hay siempre lugar a la representación en la descendencia del difunto en la descendencia de sus hijos. En la línea colateral sólo tiene lugar la representación en favor de los hijos y nietos, aunque no concurren con sus tíos.

siempre y cuando ambos hayan premuerto o hayan renunciado. Entiende De Gásperi que "no viniéndole al representante su vocación del representado, sino de la ley, podrá subrogar a éste aun no habiendo sido concebido al tiempo del fallecimiento del autor de la sucesión"<sup>182</sup>. Así, si se tratase de la sucesión de su bisabuelo, no sería necesario que hubiese sido concebido viviendo su abuelo<sup>183</sup>.

En todas las formas de suceder antes descritas, las personas concebidas mediante el uso de las TRHA perfectamente podrían heredar a su presunto ascendiente, siempre y cuando se compruebe el parentesco que existe entre ellos, ya que no hay razón jurídica para negar tal atribución. Sin embargo, en la inseminación post-mortem existe una excepción a la afirmación anterior, cuando en esta figura opera la sucesión por representación, pues puede ocurrir que en un matrimonio fallezca el esposo y haya manifestado que su cónyuge sea concebida con su espermatozoos después de su muerte y, aquella siendo su heredera rechaza el legado o herencia, la persona que se espera sea concebida no podría entrar a suceder de manera inmediata por derecho de representación, pues carece de personalidad jurídica para hacerlo<sup>184</sup>, ya que uno de los requisitos para heredar es que el individuo exista al momento de abrirse la sucesión, lo cual genera una afectación al patrimonio del representante en vista que no se le garantizan sus derechos sucesorios frente a los demás herederos.

#### **2.6.2.6 Representante debe ser digno y capaz de suceder al causante**

El representante no tiene sus derechos a partir del representado, sino que ellos emanan directamente del causante, razón por la cual el representante

---

<sup>182</sup> Medina, *Código Civil Comentado de Argentina*, 47.

<sup>183</sup> *Ibíd.*

<sup>184</sup> Véase apartado 2.4.2.1.

debe ser capaz y digno respecto de éste y no de aquél. Así, el representante pudo ser indigno de suceder al representado, pero no lo es de suceder por representación, al causante. También el representante pudo haber sido desheredado por el representado en su propia sucesión, o haber sido incapaz en ella, lo que no lo inhabilita para recoger, por representación, la herencia del causante<sup>185</sup>.

Respecto a las personas concebidas por TRHA, no se puede hablar que incurren en causales de indignidad, puesto que las mismas solo pueden ser cometidas por sujetos que en su mayoría son personas adultas, por lo tanto, se debe de considerar que los que solamente están concebidos no pueden ser declarados indignos para suceder.

La incapacidad para suceder de dichas personas si puede llegar a presentarse, ya que si no se logra determinar la personalidad jurídica para heredar no pasan a ser consideradas dentro de la sucesión por ninguna forma, es por ello que se vuelve necesario determinar la o las formas para establecer los derechos hereditarios de aquellos individuos concebidos o que se espera que sean concebidos mediante las TRHA.

---

<sup>185</sup> Elorriaga de Bonis, *Derecho Sucesorio*, 124.

### **CAPITULO III**

#### **FILIACIÓN COMO ELEMENTO DETERMINANTE EN LAS FORMAS DE ESTABLECER LOS DERECHOS HEREDITARIOS DE LAS PERSONAS CONCEBIDAS POR TECNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA**

En presente capítulo tiene el propósito de señalar la problemática que surge para determinar una relación filial del niño que va a ser concebido por medio de las TRHA y sus progenitores o personas que las implementan con el fin de garantizar y proteger los derechos de los mismos; exponiendo para tal fin, los elementos jurídicos y sociales fundamentales que constituyen un nuevo modelo de filiación, destacando su relevancia en la realidad social para adecuar las normativa legal existente y crear un nuevo ordenamiento jurídico que permita regular lo concerniente al uso e implementación de las mismas, logrando así un equilibrio en cuanto a garantizar debidamente los derechos hereditarios de los concebidos por medio de las TRHA.

Cuando se habla de derechos hereditarios del concebido por medio de las TRHA en la sucesión intestada, se hace una reflexión en cuanto a la Legislación Salvadoreña Civil y es que en ella, existen vacíos legales en cuanto a la falta de regulación de las TRHA, los cuales no solo tienen efectos en materia civil, sino también en familia y penal, ya que como se ha mencionado en capítulos anteriores, existe un auge de la utilización de estas técnicas, por lo tanto, es necesario que exista un ordenamiento legal el cual regule todo lo referente a ellas, así como un aspecto de gran importancia como es la determinación de la filiación y la personalidad del concebido por medio de las mismas.

La filiación es el primer problema jurídico que se presenta en el uso de las TRHA, es debido a que con esta relación existente entre padres e hijos y el Estado al reconocer legalmente este lazo con el respectivo registro que se realiza de los hijos por parte de los padres; le nacen derechos a las personas, uno de esos derechos son los hereditarios, a los que puede acceder el hijo en un futuro, en razón de lo anterior, en el presente apartado se establecen las formas de comprobar el parentesco en las TRHA, a través de la doctrina, la legislación de El Salvador así como la extranjera, la jurisprudencia nacional e internacional.

### **3.1 Estatus jurídico del nasciturus y concepturus**

El perfeccionamiento científico, el avance de la investigación genética, el progreso y divulgación de las técnicas de reproducción humana asistida han generado un importante cambio en materia jurídica, tanto es así que diversas afirmaciones que antes se creían inmutables, ahora son debatibles, tal es el caso de aquella madre que da a luz, ésta no siempre va a ser la biológica, es decir que se rompe con el principio *mater sempre certa est*,<sup>186</sup> asimismo un hijo puede ser concebido posterior al fallecimiento de su padre y además, si bien es cierto que la tecnología genética permite determinar al padre o madre biológica, en ocasiones el vínculo filial no puede establecerse por la verdad biológica, sino que por el consentimiento, tal como ocurre en las donaciones de gametos.

La anterior consideración conlleva a que los estudiosos del derecho deban de interpretar los nuevos escenarios que se presentan, no solamente prescribiendo normas jurídico-biológicas, sino que además, adecuando la

---

<sup>186</sup> La madre es siempre cierta. Significa que la mujer que da a luz es la que será la madre de la criatura. Cursivas son propias.

normativa existente en materia hereditaria a las nuevas realidades. No se discute que la persona humana que nace con todos los requisitos exigidos por la ley goza de personalidad jurídica, y por tanto es hábil para ser titular de relaciones jurídicas, entre las cuales están las patrimoniales, es decir, que puede adquirir y transmitir derechos sucesorios y al mismo tiempo ser titular de un patrimonio, aunque aún no pueda administrarlo.

En el caso de los seres humanos que aún no nacen, pero se esperan que existan, el tratamiento sucesoral deber ser distinto a los ya nacidos, en especial para aquellos que ya están o que en el futuro serán concebidos por alguna técnica de reproducción asistida, es decir, se está hablando del Nasciturus y el Concepturus respectivamente, los cuales según la legislación de El Salvador no gozan de personalidad jurídica para efectos sucesorios

### **3.1.1 Nasciturus**

Es el concebido y no nacido, un ser que goza ya de una existencia actual, individual pero no físicamente independiente. Se puede plantear no sólo la posibilidad de beneficiarlo con una atribución patrimonial para el futuro, para cuando nazca, sino también la dicotomía de considerarlo o titular actual de derechos y obligaciones, o mero titular eventual, subordinando la eficacia al hecho del nacimiento. La existencia actual, si bien no autónoma, permite que, al menos, en hipótesis, el Derecho se plantee no sólo cómo dotarle de protección como ser vivo, sino también si es o no susceptible de ser considerado como verdadero titular de relaciones jurídicas.<sup>187</sup>

---

<sup>187</sup> Manuel Ángel Martínez García: *“Las Disposiciones Patrimoniales y las Personas Físicas no Nacidas: El Nasciturus, el Concepturus y los Bienes Destinados a Ello”*. Volumen 2 España, (2005), 5.

En algunas legislaciones, la protección del concebido se limita a formulaciones concretas de tipo patrimonial, posibilitándole la adquisición de bienes por vía sucesoria o por donación. Tal es el caso del Código Civil Francés, que contempla al concebido como posible receptor de herencias, donaciones y legados.<sup>188</sup> Existen otras en las que la protección del Nasciturus se formula como un principio general, pero sin otorgarle la calidad de persona, restringido a la adquisición de sus derechos, los cuales pueden ser patrimoniales, únicamente cuando se produzca el nacimiento con vida, por ejemplo en el artículo 29 del Código Civil de España<sup>189</sup> lo considera como sujeto de derecho. El anterior criterio maneja el artículo 22 Código Civil del Distrito Federal de México,<sup>190</sup> al resguardar al individuo desde el momento en que es concebido.

En Argentina, el artículo 19 del Código Civil<sup>191</sup> manifiesta que la existencia legal de las personas (aunque limitada para el goce de ciertos derechos) comienza con la concepción, dicho precepto ha sido reafirmado por la jurisprudencia de dicho país en dos fallos, uno de la Cámara Nacional en lo Civil, Sala I y otro de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en donde sostuvieron que el inicio de la vida humana se da desde la concepción y, por lo tanto, ya estamos desde ese mismo momento en presencia de un sujeto de derecho. El fallo de la Cámara Nacional Civil, Sala I, del 3 de diciembre de 1999 se pronunció por primera vez sobre la naturaleza jurídica de las personas concebidas fuera del seno materno y sobre la protección de los

---

<sup>188</sup> García, "*Las Disposiciones Patrimoniales*", 12.

<sup>189</sup> Artículo 29. El nacimiento determina la personalidad; pero el concebido se tiene por nacido para todos los efectos que le sean favorables, siempre que nazca con las condiciones que expresa el artículo siguiente.

<sup>190</sup> Artículo 22. La capacidad jurídica de las personas físicas se adquiere por el nacimiento y se pierde por la muerte; pero desde el momento en que un individuo es concebido, entra bajo la protección de la ley y se le tiene por nacido para los efectos declarados en el presente Código.

<sup>191</sup> Artículo 19. La existencia de la persona humana comienza con la concepción.

embriones supernumerarios considerándolos sujetos de derecho. Por su parte, la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa “*Portal de Belén Asociación Civil s/ fines de lucro c/ Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación s/ Amparo*” con fecha 23 de marzo de 2000, sostuvo que la vida comienza con la concepción.<sup>192</sup>

El inciso dos del artículo 72<sup>193</sup> del Código Civil de El Salvador en relación con el artículo 75 del mismo código,<sup>194</sup> establecen que la personalidad jurídica de las personas naturales se produce con el nacimiento exigido por la ley, es decir, que el sujeto haya sido separado completamente de su madre y que haya sobrevivido un instante, dejando de esta manera al no nacido sin capacidad para ser titular de un patrimonio en la sucesión intestada ya que la Legislación Civil de El Salvador únicamente contempla esa atribución para la sucesión testamentaria.

No obstante lo anterior, es la Sala de lo Constitucional de El Salvador quien ha venido a concederle personalidad jurídica al Nasciturus, cuando menciona que el ser humano desde la concepción y hasta antes del nacimiento es sujeto de derecho o tiene personalidad jurídica —proyección jurídica de su condición de persona, según la valoración actual del constituyente—, *aunque esta se limite al ámbito de ciertos derechos y no tenga por qué equipararse, en cuanto a los atributos de la personalidad, a las demás personas*<sup>195</sup>. “

---

<sup>192</sup> Patricia Kuyumjdian de Williams, “*Estatuto Jurídico del Embrión en La Argentina*”, 2ª Jornadas de Bioética para Sacerdotes (2004), 268.

<sup>193</sup> Art. 72.- C.C. La existencia legal de toda persona principia al nacer, esto es, al separarse completamente de su madre.

<sup>194</sup> Art. 75.- C.C. Los derechos que se referirían a la criatura que está en el vientre materno, si hubiese nacido y viviese, estarán suspensos hasta que el nacimiento se efectúe. Y si el nacimiento constituye un principio de existencia, entrará el recién nacido en el goce de dichos derechos, como si hubiese existido al tiempo en que se defirieron.

<sup>195</sup> Sala de lo Constitucional, *Referencia 22-2011*

Dicho de otro modo, al reconocerle al *Nasciturus* la condición de persona y la respectiva titularidad de ciertos derechos fundamentales, la Constitución sin duda, en forma simultánea, le está reconociendo existencia jurídica<sup>196</sup>. Esto permite diferenciar entre el inicio de la *existencia legal* de la persona –que no puede separarse del momento en el que el constituyente le reconoce derechos y por tanto existencia jurídica, atribuyéndole una personalidad jurídica, aunque sea limitada— y el inicio de la *capacidad para ejercer o gozar ciertos derechos civiles*<sup>197</sup>. En consecuencia, el reconocimiento de esa existencia jurídica es la que permite que dicho individuo pueda gozar de derechos hereditarios.

### 3.1.2 Concepturus

El Concepturus, el cual designa, en general, al no concebido y en particular, a aquella persona no concebida a favor de la cual se quiere establecer alguna atribución patrimonial cuyos efectos habrán de verificarse cuando llegue a existir. El grado de indeterminación en cuanto a su realidad futura es, por tanto, máximo, ya que sólo existe tal persona en la mente del que realiza la atribución.

Lo anterior provoca que necesariamente las normas hayan de establecer una regulación transitoria, que discipline el estado de las cosas hasta que el nacimiento se produzca o hasta que se tenga la certeza de que no se va a producir<sup>198</sup>.

En razón de lo anterior, las expectativas de adquirir del *Concepturus* no se miden bajo el prisma de su capacidad o incapacidad, ya que mal puede

---

<sup>196</sup> Sala de lo Constitucional, *Referencia 22-2011*

<sup>197</sup> *Ibíd.*

<sup>198</sup> García, “*Las Disposiciones Patrimoniales*”, 6

valorarse la capacidad de quien no existe, sino que su enfoque ha de ser necesariamente temporal: situación actual, determinación futura, modo de organizar la adquisición y regulación del período intermedio.<sup>199</sup>

Si bien es cierto que el concepturus siempre es abordado por el Derecho como una persona susceptible de ser individualizada, esto es debido a que no se admiten las disposiciones a favor de aquellos titulares definitivamente indeterminados, no significa que se le deba de dejar desprotegido en cuanto a ciertos derechos, en especial aquellos de carácter patrimonial.

Las relaciones jurídicas que afectan al no concebido se contemplan siempre con un elemento en futuro, teñido de condicionalidad y con una cierta indeterminación, y se reducen a la posibilidad de establecer a su favor atribuciones patrimoniales, sin que se contemple residenciar en él derechos de tipo personal ni otro tipo de cualidades jurídicas. Por tanto, el interés jurídico predominante no es la protección de una persona en formación, sino el respeto a la voluntad dispositiva de otra (causante, donante o, en general, disponente).<sup>200</sup> Es decir, dejar que se manifieste el derecho a la libertad de disponer sobre los bienes que tienen las personas.

El inciso tres del artículo 963 del Código Civil de El Salvador<sup>201</sup> le establece capacidad para suceder al Nasciturus únicamente en el caso de la sucesión testada, no así para la intestada; sin embargo, esto ya fue superado con la jurisprudencia de la Sala de Constitucional de El Salvador antes mencionada, en donde básicamente se establece que el concebido pero no nacido es

---

<sup>199</sup> García, “*Las Disposiciones Patrimoniales*”, 6.

<sup>200</sup> *Ibíd.*, 18.

<sup>201</sup> Art. 963. Con todo, las asignaciones a personas que al tiempo de abrirse la sucesión no existen, pero se espera que existan, no se invalidarán por esta causa si existieren dichas personas antes de expirar los treinta años subsiguientes a la apertura de la sucesión.

considerado como persona y por lo tanto es un sujeto de derecho de manera limitada, pero en el caso de las facultades hereditarias no aplica restricción alguna, por consiguiente, puede ser considerado parte de la división de un patrimonio dejado por causante intestado. Esto no ocurre con el Concepturus, puesto que aún no existe legislación o sentencia alguna que le otorgue personalidad para ser titular de derechos sucesorios, obligando ello a crear mecanismos para la protección de dichas facultades.

Antes de crearse una forma del establecerle personalidad jurídica al futuro ser humano con el fin de proteger sus derechos hereditarios, no debe de olvidarse que tampoco se debe de afectar a terceros, ya que puede ocurrir que si se le otorga capacidad para heredar a dicho sujeto, pueden pasar años después de la muerte del causante para que el no concebido pase a ser persona, lo que conllevaría a una reducción del patrimonio de los demás herederos, generándose así una violación al principio de seguridad jurídica.

En ciertos países previendo tal situación, introducen un elemento en sus ordenamientos jurídicos, el cual es el tiempo en que el Concepturus debe ser concebido, para evitar la afectación de derechos de terceros, por mencionar algunos ejemplos se tiene el artículo 412-1<sup>202</sup> del Código Civil de Cataluña, que claramente otorga la capacidad para heredar de manera intestada, a las personas que estuvieren o no concebidas por métodos de reproducción humana asistida a la fecha de la muerte del causante. Relacionado a ello, la Ley 14/2006 de España en su artículo 9.2<sup>203</sup>, menciona que luego de la muerte del hombre, la mujer dispondrá de un plazo de 12 meses para ser

---

<sup>202</sup> Artículo 412-1. "Personas físicas. 1. Tienen capacidad para suceder todas las personas que en el momento de la apertura de la sucesión ya hayan nacido o hayan sido concebidas y que sobrevivan al causante..."

<sup>203</sup> Artículo 9. 2. "No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, el marido podrá prestar su consentimiento, en el documento a que se hace referencia en el artículo..."

inseminada, generando de esta manera el legislador español seguridad jurídica para todas aquella persona que interviene en un proceso sucesorio.

Por otro lado el Artículo 2279 literal c) del Código Civil de Argentina<sup>204</sup> concede capacidad sucesoria a aquellas personas concebidas mediante el uso de TRHA al momento del deceso y que nazcan posteriores a la muerte del autor de la herencia. En ese sentido, el artículo 9 de la Ley 19.67 de Técnicas de Reproducción Humana Asistida<sup>205</sup> de Uruguay, se establece un año para la fertilización.

Como se logra observar tanto en el caso del Nasciturus como en el Concepturus, existe un elemento común en ambos que dificulta la determinación de los derechos sucesorios de las personas producto de las técnicas en mención, el cual es la falta de personalidad jurídica para heredar en la sucesión intestada. El primero de esos temas ya está resuelto por la Jurisprudencia Salvadoreña, sin embargo, el otro aún es debatible su posible solución. Pero existe otro aspecto importante que hay que resaltar, el cual también genera dicha dificultad en ambos casos, se trata pues del establecimiento de la filiación en las técnicas antes señaladas, el cual, a criterio de estos investigadores es el más relevante para el tema puesto en análisis.

El autor Barber Cárcamo explica que para determinar la relación jurídica de filiación y establecer así el conjunto de efectos que comporta (patria

---

<sup>204</sup> Artículo 2279. Personas que pueden suceder: c) las nacidas después de su muerte mediante técnicas de reproducción humana asistida, con los requisitos previstos en el artículo 561

<sup>205</sup> Artículo 9º. (Situación especial).- Podrá realizarse fertilización de gametos o transferirse embriones originados en una persona que hubiere fallecido, siempre que esta hubiera otorgado previamente por escrito su consentimiento para ello y dentro de los 365 (trescientos sesenta y cinco) días posteriores a su fallecimiento.

potestad, obligaciones de vela y custodia, alimentos, apellidos, derechos sucesorios), el Derecho elige unos concretos hechos y actos a los que atribuye tal función<sup>206</sup>. El legislador debe decidir entre un sistema jurídico de filiación que tienda a la coincidencia entre la realidad fáctica y la jurídica, y otro que asuma, por razones diversas, la separación entre ambas<sup>207</sup>.

En países como México han adecuado su legislación a estas nuevas realidades, prueba de ello es que el Código Civil de Tabasco establece presunciones para determinar la filiación de las personas nacidas o concebidas por inseminación humana asistida, es así que el artículo 92 inciso 3 y 5<sup>208</sup> expresa que se presumirá la maternidad de la mujer contratante, y en el caso de una mujer casada viviendo con su esposo, se consignará la paternidad de éste y de nadie más, salvo que exista sentencia ejecutoriada que declare lo contrario.

En el caso de España el Código Civil es un poco más conservador, pues el artículo 10.2<sup>209</sup> menciona que establecimiento de la filiación de la mujer en relación con los nacidos por inseminación subrogada, es determinada por el parto, prohibiendo de esta manera dicha técnica de reproducción. Dadas estas consideraciones, la legislación de El Salvador no puede seguir en la misma situación, pues el artículo 134 del Código de Familia<sup>210</sup> del país en mención, contempla que el vínculo filial puede establecerse a través de la adopción o por consanguinidad, si bien es cierto que no instituye que sean

---

<sup>206</sup> Roncesvalles Barber Cárcamo, “*Reproducción asistida y determinación de la filiación*”, Revista electrónica del Departamento de Derecho de la Universidad de La Rioja REDUR, (2010), 27

<sup>207</sup> *Ibíd.*

<sup>208</sup> Art. 92. En el caso de los hijos nacidos como resultado de la participación de una madre gestante sustituta, se presumirá la maternidad de la madre contratante que la presenta, ya que este hecho implica su aceptación.

<sup>209</sup> Artículo 10.2. La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto.

<sup>210</sup> Artículo 134. La filiación puede ser por consanguinidad o por adopción.

las únicas formas, tampoco dice nada acerca de las TRHA, por lo que se vuelve menester generar criterios que permitan establecer dicho vínculo jurídico en este tipo de procedimientos médicos.

### **3.1.3 Capacidad para suceder**

El problema sucesorio del concepturus radica en que sólo podrá adquirir los bienes aquel que exista al menos como concebido al momento de la muerte del padre, pero éste no está ni siquiera concebido, sino por concebir, por lo que se deberá hacer un análisis y planteamiento de algunos requisitos para determinar los derechos sucesorios en la inseminación post mortem.

Se puede entender la sucesión como aquella trasmisión del derecho que una persona tiene sobre su patrimonio para con sus herederos, la cual se hace efectiva desde el momento que la persona muere, por lo tanto los derechos, bienes y obligaciones con los cuales está conformada la herencia se transmiten a su sucesor o sucesores según el caso; lo cual conlleva a la herencia, la cual se inicia con la sucesión desde el instante mismo que la persona muere.

Este tema toma una gran relevancia, ya que se debe tratar un aspecto jurídico importante, el cual es considerar como titular de derechos y obligaciones al que se espera concebir, o ya concebido por medio de las técnicas de reproducción humana asistida. La Constitución Salvadoreña reconoce como persona humana a todo ser humano desde el instante de la concepción<sup>211</sup>, por tanto, desde ese momento se adquiere capacidad jurídica y es llamado sujeto de ciertos derechos, gozando de la protección de los mismos, aunque aún no haya nacido.

---

<sup>211</sup> Artículo 1 inciso dos.

Con la inseminación post mortem, al abrirse la sucesión, puede darse la problemática en cuanto a que el hijo no concebido pueda ser considerado incapaz para adquirir derechos hereditarios, por lo que podría quedar excluido de la sucesión del causante, sin embargo, esto no podría proceder ya que el cónyuge o conviviente consintió su voluntad –expresamente- de permitir el uso de su material genético para dicha fecundación asistida, por lo tanto, se podría presumir la paternidad del fallecido, lo cual trae aparejado para el Concepturus poder adquirir derechos tales como los sucesorios cuando se efectuó su nacimiento y de esta manera tendrá derecho a participar de la herencia de su progenitor premuerto.

No obstante lo anterior, la Legislación Civil Salvadoreña plantea que para ser capaz de suceder es necesario existir al momento en que se abra la sucesión, lo cual representa una problemática en relación a la implementación de la técnica de inseminación post mortem, ya que no sería posible determinar derechos hereditarios del hijo nacido por esta técnica, porque no fue concebido al momento de la apertura de la sucesión, cabe destacar que podría solventarse esta situación al establecerse como requisito de legalidad de la inseminación post mortem un plazo dentro del cual se realice la misma, ya que fue la voluntad expresada por el padre antes del fallecimiento.

La capacidad para suceder del Concepturus no se puede negar si el causante ha exteriorizado su voluntad de manera fehaciente para que tenga efecto una inseminación post mortem sobre su viuda, siempre que se practique en el término establecido por la Ley,<sup>212</sup> contado a partir del fallecimiento del titular del semen, siendo evidente que la fecundación será

---

<sup>212</sup> En España, la Ley admite este tipo de inseminación con un término de un año según el artículo 9.2 de la Ley No 14-2006. Véase apartado 1.5.3, 7.

posterior a la apertura de la sucesión, por lo tanto, toda inseminación post mortem que cumpla con estos requisitos y que culmine con un nacimiento, sea cual sea el momento de éste, dará lugar una persona capaz de suceder, considerada concebida por ficción en el momento de la apertura de la sucesión.<sup>213</sup>

### 3.4.3 Incapacidad para suceder

Cuando se habla de incapacidad para suceder, se está ante la falta de una aptitud en el plano jurídico de la cual carece una persona para suceder a otra en sus bienes, como ya se expresó anteriormente, según el Código Civil Salvadoreño al abrirse la sucesión es necesario existir, en consecuencia no puede ser sujeto de derechos hereditarios.

En la fecundación post mortem es necesario distinguir en primer lugar, aquel en el que la fecundación post mortem se produce como consecuencia de una inseminación artificial efectuada a la viuda dentro de los plazos legales, en cuyo caso se admite la posibilidad de que el causante pueda llamar al concebido y no nacido a sucederle.<sup>214</sup> En segundo lugar, aquel supuesto en el que la fecundación post mortem se produce como consecuencia de la transferencia a la mujer de un embrión formado por la fecundación in vitro de su óvulo y el esperma de su marido o pareja, en este caso se produce un llamamiento hereditario a favor de un concebido, ya que de otro modo quedaría desprotegido el posible póstumo respecto a la herencia paterna.<sup>215</sup>

---

<sup>213</sup> Leonardo Bustamante Oyague et al., *“El Derecho de Sucesiones en Iberoamérica: Tensiones y Restos”* (Argentina, Buenos Aires: Editorial Zavalia, 2010), 18.

<sup>214</sup> Yeneri Muñoz de la Fuente, *“La Fecundación In Vitro Post Mortem”*, (Universidad de Barcelona, 2010), 19.

<sup>215</sup> Muñoz de la Fuente, *“La Fecundación In Vitro Post Mortem”*, 19

Ante tal situación, España ha adoptado la siguiente postura: “para que el embrión concebido por medio de fecundación in vitro e implantado después del fallecimiento de su padre tuviera el mismo tratamiento que el concebido naturalmente, el artículo 9.1 de la LTRHA<sup>216</sup> lo protege durante el plazo de 12 meses para asegurar así que participe en el caudal relicto de su padre”. Por lo tanto, si se establecen estos parámetros para regular el uso de esta técnica en la Legislación Salvadoreña y dar solución a las situaciones jurídicas que presentan, se le puede otorgar capacidad para suceder al Concepturus.

### **3.2 Determinación de la Filiación en las TRHA**

La filiación comúnmente es definida como la relación existente entre los padres y los hijos, de esta forma está regulado en el Art 133 del Código de Familia de El Salvador, pero en la actualidad a esta definición doctrinariamente se le agregan otros elementos; así tenemos que, una definición más amplia de filiación podría ser, que es un vínculo jurídico que une a un hijo o hija con su padre o con su madre, vínculo que tiene fundamento, en principio, en un hecho natural, la procreación pero que jurídicamente puede tener otras fuentes como la adopción o la reproducción asistida<sup>217</sup>.

La anterior definición agrega los elementos de que la filiación, tanto se puede dar de manera natural, como lo es la procreación y de forma legal con la adopción, pero va más allá y establece que la reproducción asistida también puede ser fundamento para que exista ese vínculo jurídico entre los padres y los hijos; claramente son pocos los países de América Latina que reconocen

---

<sup>216</sup> Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida de España.

<sup>217</sup> Julieta Abello, *Filiación en el Derecho de Familia* (Colombia, Consejo Superior de la judicatura, Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla, 2007), 24.

la filiación por reproducción asistida, El Salvador no es uno de ellos, ya que el artículo 134 del Código de Familia<sup>218</sup> del país en comento solo se refiere a la filiación consanguínea y la adoptiva.

Al no existir una regulación expresa que apunte a un reconocimiento de la filiación por reproducción humana asistida, se les están negando a las personas sus derechos hereditarios, debido a que la filiación determina el derecho a suceder entre familiares en la sucesión intestada. Del anterior vacío legal que genera la no regulación de este tipo de situaciones, surge la interrogante de cómo se podría determinar en un dado caso, la filiación de un niño nacido mediante estas técnicas, comprendiendo que la normativa legal existente es insuficiente para resolver estos problemas y la misma Sala de lo Civil lo expresa diciendo que *“...las normas del Código de Familia son insuficientes para dar solución a los casos que plantean las técnicas de reproducción humana asistida y ante la falta de una legislación específica sobre la materia, como lo advierten la Jueza y la Cámara sentenciadora en sus respectivos fallos, existe el deber legal de resolver los asuntos sometidos a su decisión, no obstante vacío legal...”*<sup>219</sup>.

Cabe aclarar que con la determinación de la filiación de una persona, se hace referencia a encontrar la forma en que están relacionados los padres con respecto a los hijos, para que estos últimos puedan tener derechos y deberes frente a sus padres; es decir, indagar cual es el nexo que une tanto a progenitores como a hijos, ya sea este un hecho natural como la procreación o por una fuente legal como es la adopción, pues de ello va a depender la relación jurídico-sucesoria que legalmente existe entre ellos.

---

<sup>218</sup> Art. 134.- La filiación puede ser por consanguinidad o por adopción.

<sup>219</sup> Sala de lo Civil, *Sentencia de Casación, Referencia: 1055 Cám. Fam. S.S.* (El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2003).

Se tiene que investigar de qué forma, las personas nacidas por medio de TRHA obtienen su vínculo filial, y es aquí donde surge el problema jurídico de determinar la filiación de las personas nacidas de la implementación de estas técnicas. Por tanto, el establecimiento del parentesco entre los hijos nacidos o concebidos por medio de métodos de fecundación humana artificial y los beneficiarios de estas técnicas se puede y realizar a través de principios y fuentes filiatorios, tales como verdad biológica, la voluntad procreacional expresada a través del consentimiento plasmado en contratos y certificados de nacimiento, que permitan inferir la maternidad o paternidad en el uso de las TRHA.

### **3.2.1 Principio de la verdad biológica**

La verdad biológica es el pilar sobre el que se sustenta la determinación de la filiación consanguínea o natural, es decir, este principio está basado en la generación humana tal y como se produce naturalmente, donde el hombre ha fecundado mediante el acto sexual a la mujer. Los presupuestos son suficientes para la verdad biológica para la determinación de la filiación.

En este caso la maternidad y paternidad se infiere, y es consecuencia del material genético de ambos contenidos en el hijo; subsumiéndose en un mismo rol la realidad fisiológica de ser padre con la realidad jurídica de ser legalmente los padres de ese niño; es decir, hay una coincidencia entre el vínculo natural que une tanto a los padres como a los hijos, como con el supuesto legal el cual se ha podido constatar por los medios que prevé la ley para la determinación de la filiación consanguínea.<sup>220</sup>

---

<sup>220</sup> Véase artículos 135 y 136 del Código de Familia de El Salvador.

### 3.2.2 Teoría de la voluntad pro-creacional

Las TRHA a las que pueden acceder a las personas, involucran que los embriones puedan o no pertenecer a la pareja que se someterá a dicho procedimiento; esto tiene como consecuencia que los actuales sistemas de filiación se desdibujen, haciendo complicado la determinación de la paternidad o maternidad según sea el caso; por lo que algunas legislaciones han adoptado la voluntad pro-creacional como fuente para determinar la filiación.

La voluntad pro-creacional o principio de autorresponsabilidad, consiste en aquella voluntad informada y libremente expresada, por aquellos individuos que acceden a este tipo de técnicas, los cuales deciden ser padres con independencia del vínculo biológico, de tal modo que el nexo biológico puede o no coincidir con quienes son los padres del menor<sup>221</sup>.

Para esta teoría, el presupuesto de que debe existir un vínculo biológico entre padres e hijos para determinar la filiación, no existe o no es importante, sino aquella responsabilidad que aceptan libremente las personas que acceden a procrear un hijo mediante alguna técnica y asumir los deberes y derechos que conlleva la determinación de la filiación mediante la voluntad de ellos de ser padres.

Al tener estos dos principios, la teoría de la voluntad pro-creacional o principio de autorresponsabilidad y el principio de la verdad biológica, como fuentes para determinar la filiación, se puede establecer y llegar a la

---

<sup>221</sup> Duhalde Natalia Soledad, *“El Derecho a la Identidad e Igualdad del recién Nacido Mediante TRHA, en el Marco del Proyecto del Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación”* (Tesis para optar al título de Licenciado en Ciencias Jurídicas, Universidad FASTA de Argentina, 2013), 20.

conclusión que la filiación es más concepto social y cultural, que un concepto predominantemente biológico, esto debido a la evolución de las TRHA, que cada vez están teniendo más importancia en la vida de las personas que se encuentran con dificultades para procrear, donde es más importante la voluntad de tener un hijo independientemente que exista o no un vínculo biológico entre padres e hijos.

En el caso de la determinación de la filiación de las personas que han nacido mediante alguna de las técnicas en mención, la voluntad pro-creacional es la fuente principal de filiación de estas personas; debido a que únicamente importa la voluntad libremente expresada de estas de ser padres y tener los deberes y derechos que conlleva tener un hijo independientemente de que exista o no nexos biológicos entre ellos.

La Sala de lo Civil en la sentencia ya citada con referencia 1055 Ca. Fam. S. S., ha hecho alusión a la voluntad pro-creacional como el elemento indispensable para determinar la filiación, al expresar que “...*En tal situación, la responsabilidad pro-creacional que surge es evidente porque se ha tenido el deliberado propósito de engendrar y se ha manifestado el deseo concebir de manera anticipada, por ambos miembros de la pareja...*”<sup>222</sup> Continúa diciendo la referida Sala que “... *la voluntad pro-creacional en juego con las técnicas de reproducción humana asistida, constituye el fundamento de una nueva clase de filiación, que en nuestro ordenamiento jurídico de ningún modo ha sido vedada...*”<sup>223</sup>. Dicho de otra manera, se está reconociendo otra forma de establecer el parentesco diferente a los ya especificados en el Código de Familia de El Salvador, a través de un nuevo tipo de filiación derivado de las técnicas de reproducción humana asistida.

---

<sup>222</sup> Sala de lo Civil, *Sentencia de Casación, Referencia: 1055, Cám. Fam., S.S.*

<sup>223</sup> *Ibíd.*

### 3.3 El Consentimiento como elemento para establecer la filiación

En el ámbito civil hablar de consentimiento, es referirse al acuerdo de voluntades que existe entre dos o más personas, con un objeto lícito y el cual está destinado a producir efectos jurídicos; es decir, la manifestación de voluntad de una o más personas de aceptar un convenio o adherirse a una oferta.

El consentimiento trasladado al ámbito de TRHA, encuentra su fundamento en el Derecho a la Libertad en general, contemplado en el artículo 2 de la Constitución de la República de El Salvador, pero específicamente en la libertad reproductiva de las personas como una de las manifestaciones de la libertad general; es decir, en la autodeterminación de las personas sobre su propio cuerpo y en el caso de los hombres, en la libertad de disponer de su material genético con fines reproductivos<sup>224</sup>.

La realización de las TRHA por parte de una pareja, tal como ocurre en otras especialidades médicas, requiere que estos estén bien informados sobre el uso de las mismas y de que ser así, estos expresen libremente su voluntad de someterse a dicho procedimiento médico; pero a diferencia de otras especialidades médicas, la condición del consentimiento libremente expresado tiene que ser más riguroso, debido a que la consecuencia de consentir someterse a uno de estos métodos de reproducción asistida, es la creación de un nuevo ser humano y ligado a esto está la voluntad procreacional, la cual va a determinar la filiación entre este nuevo sujeto de derechos y los padres contratantes.

---

<sup>224</sup> Eleonora Lamm, *“El Elemento Volitivo como Determinante de la Filiación Derivada de las Técnicas de Reproducción Asistida”* (Tesis sobre el Programa “El Derecho en una Sociedad Globalizada” de la Facultad de Derecho, Universidad de Barcelona, España, 2008), 28.

### **3.3.1 Requisitos para el consentimiento**

Del estudio de las legislaciones de los países que han regulado las TRHA, se ha podido recopilar los principales requisitos formales que deben de contemplarse para que exista un consentimiento legal y libre de vicios en la práctica de dichas técnicas. Uno de los requisitos es la debida información sobre el procedimiento, antes de que las partes declaren su voluntad de someterse a las técnicas de reproducción asistida, estas deben estar debidamente informadas sobre el procedimiento a aplicárseles, así como las posibilidades de éxito y los efectos o posibles riesgos que puedan existir, por lo que el consentimiento debe ser previo a la ejecución del procedimiento.

Las partes a someterse a dicho procedimiento, deben expresar al profesional que lo ejecutará, su aprobación de forma expresa y clara, especificando el procedimiento que está autorizando que se ejecute, debido a esto el consentimiento no puede ser tácito. Debe ser por escrito, expresado por las partes a someterse a las TRHA, debe formalizarse en un convenio con el hospital autorizado a realizar el procedimiento, dejando constancia de su decisión. En vista de ser un acto personalísimo, no admite representación y de igual forma. Solo están facultados para someterse a la inseminación humana asistida las personas mayores de edad y que estén mentalmente capaces.

Pese a lo anterior, el consentimiento admite revocación, en los países que regulan estas prácticas, hablan que la anuencia puede ser anulada o el convenio puede ser rescindido, antes de ejecución de alguna de las TRHA; pero no se especifica si esta revocabilidad se realizará por escrito o puede ser meramente verbal, sin embargo, a consideración de estos investigadores, dicha revocatoria debe ser en los mismos términos en que autorizó este tipo

de procedimientos médicos, de esta forma se deja constancia de tal situación y la persona que claudica a la realización de esta práctica inseminaría, no se le puede atribuir maternidad o paternidad.

### **3.3.2 Consentimiento en la inseminación homóloga**

En la inseminación artificial homóloga, el consentimiento de la pareja es importante para poder inseminar a la mujer con el semen de su esposo o conviviente; es decir, es necesario que la voluntad de la pareja este expresada de forma clara y por escrito, para que luego se pueda proceder a inseminar a la mujer. En caso que la mujer se insemine con el semen del marido sin el consentimiento de este último o contra la voluntad de este, trae como consecuencia que el niño que nació por medio de la inseminación artificial carezca de filiación paterna, correspondiéndole únicamente a la madre los derechos y obligaciones que genera el vínculo filial. El anterior argumento está basado en la no regulación de las RTHA, atendiendo al derecho de familia actual en El Salvador, pero al existir una ley especial sobre estas técnicas, se puede establecer el supuesto de que el mismo consentimiento para acceder a la inseminación artificial, sea suficiente para establecer la paternidad.

Como se observa en el caso de la inseminación artificial homóloga, no hay muchas dificultades jurídicas, y de haberlas, hay mecanismos suficientes para poder resolverlos, debido al simple hecho que al ser la mujer inseminada con el semen de su marido o conviviente, de cierta manera se cumple el principio de la verdad biológica, al existir ese nexo biológico entre padre e hijo, pudiendo probarse este parentesco con los medios de prueba que la norma jurídica exige actualmente para determinar la paternidad, sin necesidad de realizar una compleja investigación como lo sería en las TRHA

### **3.3.3 Consentimiento en la inseminación heteróloga**

Al igual que en la inseminación artificial homóloga, el consentimiento en este tipo de inseminación es importante tanto para poder acceder al mismo procedimiento como para determinar la filiación; pero el elemento que diferencia la inseminación artificial homóloga con la inseminación artificial heteróloga, es que en este caso la mujer será inseminada con el semen de un tercer donador y no de su pareja. También puede ocurrir que el varón para la procreación, ocupe un gameto femenino para que su pareja se fertilizada.

El consentimiento expreso y formal del marido es importante para que se pueda determinar la filiación paterna y él pueda acceder a los derechos y obligaciones que trae aparejada la filiación, no importando que no exista el nexo biológico entre ellos, debido a la voluntad pro-creacional que manifestó al dar su consentimiento para tener un hijo a través de la inseminación artificial heteróloga. De igual forma ese consentimiento funciona como reparo para que el donador no se le impute algún tipo de parentesco. En los países que han legislado acerca de las técnicas de reproducción humana asistida, una vez expresado el consentimiento de parte de la pareja que se someterá al procedimiento, no podrán ellos impugnar la filiación matrimonial del hijo nacido a través de este tipo de métodos.

Contrario a lo anterior, si la mujer accede a la inseminación artificial heteróloga sin el consentimiento de su marido, podría suceder que este último no tenga responsabilidades filiales con el concebido, puesto que no existe nexo biológico entre ellos y no se cuenta con el consentimiento de este, quedando el menos privado de la filiación paterna. Como se puede apreciar con la inseminación artificial heteróloga se rompen los matices del

sistema de filiación, que hasta la fecha ha adoptado y legislado El Salvador, en ese sentido, se observa el rol importante que juega la voluntad procreacional al ser el factor que va a determinar la filiación en este tipo de inseminación artificial, tal como lo ha expresado la Sala De Lo Civil.<sup>225</sup>

### **3.4 Inseminación post-mortem**

Esta técnica se realiza con la transferencia de embriones a una mujer cuando su esposo ha fallecido, es decir después de la muerte de este se implanta un embrión previamente congelado del padre biológico. Dicha técnica da una alternativa a aquellas parejas que se enfrentan a enfermedades y que manifiestan su deseo de procrear un hijo, el problema que surge es determinar si el concebido por medio de esta técnica puede adquirir derechos hereditarios aunque su padre biológico haya fallecido.

En el caso antes planteado, existe una situación jurídica ya que en primer momento el padre biológico manifiesta la voluntad de que su pareja sea inseminada con su material genético después de su fallecimiento cuando proporciona su semen para posteriormente ser implantado en su mujer, lo relevante aquí, es analizar si esa voluntad expresada es suficiente y genera un elemento jurídico para determinar si al concebido por medio de esta técnica de reproducción humana asistida se le puede establecer filiación paterna y consecuentemente, capacidad para suceder a su padre fallecido.

#### **3.4.1 Determinación de la filiación**

En este tipo de técnica, para establecer si el concebido por medio de inseminación post mortem tiene capacidad para suceder, es necesario antes

---

<sup>225</sup> Sala de lo Civil, *Sentencia de Casación, Referencia: 1055, Cám. Fam., S.S.*

determinar la filiación paterna respecto a este, se debe mencionar que en la mayoría de las Legislaciones no se contempla aún una regulación sobre la filiación producto de las TRHA, por lo que es conveniente plantear normas jurídicas en relación a la maternidad y paternidad derivadas de las mismas y regirse por aquellos países que si han contemplado regular las técnicas en comento.

Un elemento principal al hablar acerca del uso de la inseminación post mortem es el consentimiento del padre, quien antes de fallecer expresa su voluntad para que se insemine a su pareja con su semen, proporcionando para tal efecto su material genético para depositarlo en un banco de esperma, de modo que con ese consentimiento se puede establecer una relación jurídica entre el concebido y su progenitor pre fallecido.

El Código de Familia de El Salvador establece en el artículo 134 las clases de filiación, pero no para las TRHA, sin embargo la ley no la prohíbe, sobre ello la Cámara de Familia de la Sección del Centro, menciona que *“(...) el Art. 134 C.F., que también menciona el apelante, no dice que las únicas fuentes de filiación sean la consanguinidad y la adopción; este precepto señala en forma amplia que la filiación puede ser por consanguinidad o por adopción y no excluye otra forma de establecerla al grado tal que si continuamos leyendo el Código de Familia, el artículo 153 indica que entre las formas de establecer la paternidad se encuentran el reconocimiento voluntario y la decisión judicial. En consecuencia, podemos sostener, tal como gran parte de la doctrina lo acepta, que la voluntad pro creacional puede comenzar a exteriorizarse antes del hecho biológico mismo; (...)”*<sup>226</sup>

---

<sup>226</sup> Cámara de Familia de la Sección del Centro, *Sentencia de Apelación, Referencia: 12-95* (El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 1995).

Se advierte entonces una alternativa para el uso y regulación de esta técnica, apoyada en la doctrina y jurisprudencia, ya que si se regula en el Ordenamiento Jurídico Salvadoreño lo concerniente al uso de las TRHA, modificándose o adecuando las normas relativas a ellas, en el caso de la inseminación post mortem, es factible establecer un plazo dentro del cual se realice la inseminación en la mujer y se logre la fecundación, tal y como lo había manifestado el de cujus, logrando determinar con estos elementos la filiación paterna.

Para abonar a lo expresado en el párrafo anterior, se pueden establecer parámetros para un mejor control al aplicar la inseminación post mortem, siguiendo el ejemplo de la Legislación Española, en la cual existen requisitos que cumplir al utilizar dicha técnica permitiendo fundar la filiación paterna y considerarla como matrimonial a su vez, para que el concebido por medio de ella pueda ser capaz de suceder a su progenitor, estos requisitos tal como se mencionaba en capítulo I,<sup>227</sup>

Lo anterior se resume en que el cónyuge manifieste su consentimiento por escrito, en este caso por medio de una escritura pública o documento en el cual se plasmen indicaciones o instrucciones sobre la voluntad de proporcionar su material genético para ser utilizado y fecundar a su mujer dentro de un plazo posterior a su fallecimiento, lo cual conlleva a establecer la filiación paterna respecto del concebido.

El reconocimiento de la filiación en la fecundación post mortem es una ficción legal, ya que faltan los presupuestos de concepción o nacimiento, la cual es adoptada por diversos criterios y no por coherencia con la regulación de la filiación, que permite atribuir una paternidad o maternidad jurídica

---

<sup>227</sup> Véase apartado 1.5.3, párrafo siete.

matrimonial a quien hubiere fallecido, por el hecho de que los gametos con toda certeza correspondían al marido o concubina y por mediar consentimiento de los interesados en dicha fecundación.<sup>228</sup>

### 3.5 Maternidad Subrogada

La maternidad subrogada presenta dos modalidades, la tradicional, plena o total. En la primera modalidad, la madre subrogada también es la madre genética, ya que sus propios óvulos son fecundados con esperma del padre comitente o de un donante. La maternidad subrogada gestacional, la concepción tiene lugar a partir del óvulo u óvulos de una mujer diferente de la madre subrogada, que normalmente es la madre comitente. Si esta última no puede producir óvulos o no lo puede hacer en condiciones de viabilidad, los aporta otra mujer relacionada con ella por razón de amistad o parentesco o bien, como sucede en la práctica, una donante anónima<sup>229</sup>.

Por otro lado, el artículo 92 inciso 4 Código Civil de Tabasco<sup>230</sup> la clasifica en maternidad subrogada y maternidad sustituta, estableciendo que se entiende por madre gestante sustituta, la mujer que lleva el embarazo a término y proporciona el componente para la gestación, más no el componente genético. Por el contrario, la madre subrogada provee ambos: el material genético y el gestante para la reproducción. Se considera madre contratante a la mujer que convenga en utilizar los servicios de la madre gestante sustituta o de la madre subrogada, según sea el caso.

---

<sup>228</sup> Casas Jiménez, et al., “Análisis a partir del Derecho Comparado, Normativa Vigente de España, Doctrina y Proyectos de Ley en Argentina de la Situación Jurídica del Estado Civil y los Efectos Patrimoniales del hijo producto de inseminación artificial post mortem en Colombia”. Revista Jurídica, (2007), 39.

<sup>229</sup> Esther Farnós Amorós, “Inscripción en España de la Filiación Derivada del Acceso a la Maternidad Subrogada en California”. Revista para el Análisis del Derecho, Barcelona, Diciembre (2010), 5

<sup>230</sup> Véase apartado 1.5.2, párrafo tres.

### 3.5.1 Contrato de Maternidad Subrogada<sup>231</sup>

En el tema de las madres de alquiler se puede presentar, en cuanto a sucesión intestada, la situación en que fallezca uno o ambos padres contratantes durante el embarazo de la madre sustituta o subrogada, lo que conlleva a realizar las siguientes interrogantes;

¿Cómo puede reclamar el ascendiente sobreviviente la herencia para su hijo en gestación, sino existe un vínculo biológico que permita determinar que la criatura es heredero del causante, pues este último no aportó su material genético para la inseminación? ¿Cuál es la manera para reclamar derechos sucesorios a favor del individuo en formación, si acaeció una conmurencia por parte de los arrendatarios del vientre y ninguno de ellos contribuyó con sus gametos para la concepción? ¿Se le debe negar al sujeto en desarrollo su derecho a beneficiarse del patrimonio del o los causantes por el solo hecho de que no existe regulación jurídica para tal situación? Las anteriores preguntas merecen una respuesta no solamente a nivel jurídico sino que también a nivel doctrinal.

A consideración de estos investigadores se deben de establecer formas que permitan dar soluciones a las preguntas anteriores, una de ellas es a través la voluntad procreacional, otra manera es por medio del contrato de madre subrogada, el cual ha sido definido como un acuerdo por medio del cual una mujer acepta quedar embarazada mediante un procedimiento de inseminación artificial, para que luego, una vez que se produzca el nacimiento del bebé, lo entregue al donante de la esperma y su esposa, renunciando para ello a los derechos que la ley le confiere sobre el recién

---

<sup>231</sup> Con este contrato se hace referencia a las madres subrogadas como a las sustitutas.

nacido, y en contraprestación, por regla general, al pago de una compensación, generalmente consistente en una suma de dinero<sup>232</sup>.

Con las anteriores consideraciones, se establece una serie de compromisos que se originan y son adquiridos por los contratantes. En el caso de la madre sustituta o subrogada, las obligaciones consistirían en: 1) acceder a ser fecundada con los gametos que elijan los padres contratistas; 2) cuidar con la mayor diligencia al feto desde el comienzo del embarazo hasta producido el nacimiento; y 3) claudicar a la patria potestad del recién nacido en favor del padre o madre contratante, estos por su parte se obligan con la gestante a: 1) asumir todos los costos médicos y legales que se puedan dar en el embarazo; 2) asumir la responsabilidad de custodia sobre el recién nacido; y 3) en caso que se tratase de un contrato oneroso, cancelar a la madre subrogada la compensación pactada.

En el caso de El Salvador no existe legislación que regule el contrato de maternidad subrogada o sustituta, tal situación también se presenta en el país de Colombia, sin embargo, la Corte Constitucional Colombiana ha señalado dos aspectos fundamentales para dicho convenio. Primero, reconoció la validez de este tipo de contratos en Colombia al no existir norma expresa que los prohíba. Segundo, resaltó la necesidad de que haya una “regulación exhaustiva” y el establecimiento de una serie de requisitos o condiciones para la celebración del contrato.<sup>233</sup> La jurisprudencia de El Salvador también debería de regular el tema de las madres de alquiler, ya que que el legislador aún no se ha pronunciado sobre ello en base a una ley.

---

<sup>232</sup> Camilo Rodríguez Young y Karol Ximena, Martínez Muñoz, “*El Contrato de Maternidad Subrogada: La Experiencia Estadounidense*”. Revista de Derecho Valdivia, Vol. XXV - N° 2 – Diciembre (2012), 59

<sup>233</sup> Sala Segunda de Revisión de la Corte Constitucional, *Sentencia de Revisión, Referencia: T-968/09, M.P. María Victoria Calle* (Colombia, Corte Constitucional, 2009)

En El Salvador la jurisprudencia no se ha pronunciado sobre el contrato en mención, como ocurre en Colombia, eso no significa que se encuentre prohibido, es más, se puede encontrar su fundamento en los artículos 8 y 36<sup>234</sup> de la Constitución de la República del primer país aludido, cuando menciona que nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda ni a privarse de lo que ella no prohíbe pues ésta última disposición en esencia manifiesta que todos los hijos tienen iguales derechos frente a sus padres, sin mencionar la naturaleza de su filiación en el registro del estado familiar.

Para la reglamentación del acuerdo de voluntades en mención, el legislador de El Salvador debe de basarse en experiencia de otros países, entre ellos están los Estados Unidos, en donde los contratos de maternidad subrogada en algunos estados de la unión americana se han promulgado leyes particulares o especiales sobre la materia, mientras que otros se han abstenido de hacerlo, dejando en este último caso la regulación del contrato a la jurisprudencia<sup>235</sup>.

Otra experiencia que se puede aprovechar es la que ofrece México, pues ha creado una normativa especial para regular tal escenario, es así que el título tercero de la Ley de Maternidad Subrogada del Distrito Federal de dicho Estado, especifica los requisitos que deberá contener el instrumento de la maternidad subrogada:<sup>236</sup>

---

<sup>234</sup> Los hijos nacidos dentro o fuera de matrimonio y los adoptivos, tienen iguales derechos frente a sus padres. Es obligación de éstos dar a sus hijos protección, asistencia, educación y seguridad. No se consignará en las actas del Registro Civil ninguna calificación sobre la naturaleza de la filiación, ni se expresará en las partidas de nacimiento el estado civil de los padres.

<sup>235</sup> Muñoz, *El Contrato de Maternidad Subrogada*, 65

<sup>236</sup> Adriana Hernández Ramírez y José Luis Santiago Figueroa, "*Ley de Maternidad Subrogada del Distrito Federal*". Boletín Mexicano de Derecho Comparado, nueva serie, año XLIV, núm. 132, (2011), 1335

- a) Deberá ser suscrito por el padre, la madre subrogada y la mujer gestante.
- b) Ser habitante del Distrito Federal.
- c) Poseer capacidad de goce y ejercicio.
- d) La madre subrogada debe acreditar mediante certificado médico su incapacidad para llevar a cabo la gestación.
- e) La mujer gestante debe otorgar su consentimiento para llevar a cabo la implantación de la mórula, y la obligación de procurar el bienestar y desarrollo del feto durante el periodo gestacional.

En cuanto a las formalidades que debe cumplir, se encuentran las siguientes<sup>237</sup>:

- a) Debe suscribirse por todas las partes, estampando su nombre y firma.
- b) Suscribirse ante notario público.
- c) Contener la manifestación de las partes de que el instrumento se suscribe sin ningún fin de lucro, constar que la mujer gestante no ha participado en más de un procedimiento de maternidad subrogada.

Por tales motivos, no basta que exista en contrato de maternidad subrogada para justificar la calidad de heredero, se necesita además verificar un elemento dentro de dicho instrumento para hacerlo valer en un proceso

---

<sup>237</sup> Figueroa, "*Ley de Maternidad Subrogada*", 1335

sucesoral, se trata del consentimiento otorgado por las partes, el cual no debe de dejar dudas al momento de autorizar el convenio antes señalado, ya que lo anterior conllevaría a una nulidad del referido acuerdo de voluntades.

### **3.5.1.1 Consentimiento**

Para que un contrato exista debe contar con el consentimiento de las partes y recaer sobre un objeto posible. Una vez constituido con todos sus elementos de existencia, para ser perfecto y producir efectos jurídicos plenos el contrato debe reunir los requisitos de validez, consistentes en la capacidad legal de las partes o de una de ellas; que el objeto, o su motivo o fin sea lícito; que el consentimiento se manifieste en la forma que la ley establece y exento de vicios del consentimiento, ya que si la decisión proviene de una creencia equivocada (error), ha sido obtenida o mantenida por engaños (dolo) o ha sido arrancada con amenazas (violencia o temor), entonces es una voluntad viciada que anula el contrato<sup>238</sup>.

Un contrato de maternidad en donde existan deficiencias en el consentimiento, por lo tanto no puede ser utilizado como forma para determinar la voluntad procreacional, en consecuencia de ello, no procede el establecimiento de la filiación ni la facultad para suceder en un patrimonio determinado, es por ello que algunos países ya han legislado al respecto, para no dejar vacíos en las normas jurídicas y que las personas interpreten a su arbitrio los diferentes escenarios legales que se puedan presentar por el uso de las técnicas de reproducción humana asistida en relación con la sucesión por causa de muerte, específicamente en la modalidad intestada.

---

<sup>238</sup> Verónica Lidia Martínez Martínez, “*Maternidad subrogada. Una mirada a su regulación en México*”. En *Dikaion*, (2015), 353.

### **3.5.1.1.1 México**

Ley de Maternidad Subrogada del Distrito Federal de México, menciona que la voluntad debe ser indubitable y expresa, establece que será nulo el instrumento cuando exista algún vicio de la voluntad, pero esta nulidad no exime de las responsabilidades adquiridas. El instrumento no tendrá validez cuando haya existido un error o dolo respecto a la identidad de los padres, quedando a salvo sus derechos para demandar civilmente daños y perjuicios y las denuncias penales<sup>239</sup>.

El vínculo filial depende del querer asumir el lugar de progenitor, especial importancia reviste en este ámbito el consentimiento informado por tratarse del medio a través del cual se expresa este sentir. En virtud de esto, se dispone que el centro de salud que intervenga en la práctica médica debe reunir el consentimiento previo, informado y libre de las personas que se sometan a una TRHA, sujetándose su contenido a lo dispuesto en leyes especiales<sup>240</sup>.

### **3.5.1.1.2 Argentina**

El artículo 5 de la Ley 26.742/2012 de Argentina define dicho consentimiento de la siguiente manera: Entiéndase por consentimiento informado, la declaración de voluntad suficiente efectuada por el paciente, o por sus representantes legales en su caso, emitida luego de recibir, por parte del profesional interviniente, información clara, precisa y adecuada<sup>241</sup> (...). Se

---

<sup>239</sup> Figueroa, *Ley de Maternidad Subrogada*, 1347

<sup>240</sup> Adriana Noemí Krasnow, "La Filiación y sus Fuentes en el Proyecto de Reforma del Código Civil y Comercial 2012 en Argentina". Revista para el Análisis del Derecho, Barcelona, Enero (2014), 14 -15

<sup>241</sup> Ley 26.742, (Sancionada el 9 de mayo de 2012, promulgada el 24 de mayo de 2012 y promulgada en el Boletín Oficial el 24 de mayo de 2012)

completa este requerimiento con la exigencia de la protocolización del instrumento ante escribano público<sup>242</sup> para dotar al acto de mayores garantías y seguridad tanto para los usuarios como para los terceros que resulten alcanzados<sup>243</sup>.

En Argentina, el instrumento para la maternidad subrogada deberá ser notificado a la Secretaría de Salud y al Registro Civil, para contemplar la filiación como hija o hijo desde el momento de la fecundación de sus progenitores biológicos, es decir de la madre y padre subrogados. Además, llevarán un registro de los instrumentos de maternidad subrogada y los nacimientos que se hayan efectuado, que deberá contener el nombre de las personas que participaron, edad, estado civil, fecha de inscripción, nombre y número del notario público, nombre del médico e institución médica<sup>244</sup>.

En atención a las antepuestas consideraciones, es posible afirmar que el contrato de maternidad subrogada podrá ser utilizado no como una fuente de filiación, pero si como una forma de determinarla, en aquellos casos en que no exista un procedimiento legal u otro método para establecer el vínculo en mención. Por medio de ese instrumento, se protegen y garantizan los derechos sucesorios de las personas concebidas por medio de la maternidad subrogada, aunque no exista un nexo biológico de la persona en gestación con el de *cujus*, pues éste con solo haber consentido dicha técnica de reproducción asistida en vida, tácitamente estaba reconociendo a un hijo, el cual pasará a ser su heredero.

---

<sup>242</sup> Notario.

<sup>243</sup> Krasnow, *La Filiación y sus Fuentes*, 15

<sup>244</sup> Figueroa, *Ley de Maternidad Subrogada*, 1346

### 3.5.2 Jurisprudencia Argentina

En la actualidad ya se ha generado jurisprudencia internacional en donde el contrato de maternidad subrogada fue utilizado para fijar la filiación. El 18 de junio 2013 se registra en Argentina la primera sentencia judicial que ordena la inscripción de una niña cuyo nacimiento se logra por medio de una gestación por sustitución. Se trataba de una pareja que había contraído matrimonio en noviembre de 2006. La esposa cursó dos embarazos que no llegaron a término. En el segundo de ellos que transcurre durante el año 2010, pierde el bebé en época cercana a la fecha probable de parto. Por este episodio, la mujer fue sometida a una intervención de complejidad que comprendió la extirpación del útero. Con este resultado, la pareja decidió inscribirse en el Registro Único de Aspirantes a Guarda Preadoptiva y, paralelamente, se informaron sobre la gestación por sustitución internacional. Respecto a este último recurso, en principio lo desecharon por razones económicas.<sup>245</sup>

Una amiga que vivió muy de cerca la situación de este matrimonio, se ofrece voluntariamente y sin retribución a cambio, a llevar un embarazo que sea el resultado de la unión de células germinales de la pareja. Esta mujer estaba separada de hecho desde el año 2001 y tenía dos hijos de 18 y 21 años, quienes al tomar conocimiento de la decisión de la madre deciden apoyarla. Mientras la mujer gestante se somete a un tratamiento terapéutico, el matrimonio por medio de una fecundación *in vitro* logra un embrión que seguidamente se implanta en el útero de la amiga común. El implante resulta exitoso y así nace una niña el 19 de abril 2012. En el certificado de nacimiento se deja espacios sin completar, pero en el mismo se deja constancia de los datos que identifican a la gestante. En este contexto, el

---

<sup>245</sup> Krasnow, *La Filiación y sus Fuentes*, 29

matrimonio decide solicitar la inscripción de la niña como hija matrimonial en la justicia.<sup>246</sup> Pues existían validos motivos para otorgar la filiación los padres.

La juez que entiende en la causa concede la inscripción, sustentando su decisión en los argumentos siguientes: a) en la gestación por sustitución el elemento que define el vínculo es la voluntad procreacional, b) la voluntad procreacional puede definirse como el querer engendrar un hijo, darle afecto y asumir la responsabilidad por su educación y crianza; c) Estas nuevas formas de concebir la familia requieren el reconocimiento de sus derechos filiatorios, d) la existencia de fallos recientes que aun sin contar con una ley que admita el instituto, han dispuesto la inscripción en Argentina de nacimientos acontecidos en el exterior a través del recurso de la gestación por sustitución, ponen de manifiesto que se trata de una realidad que aun cuando no está legislada merece una respuesta; y e) importancia de que la niña tenga acceso en algún momento de su vida al conocimiento de su realidad gestacional.<sup>247</sup>

Existen cuestionamientos doctrinales a la figura del contrato de subrogación, que a su vez carece de reconocimiento como fuente de la filiación en atención a la posible invocación del principio *fraus omnia corrumpit*<sup>248</sup>, lo que ha generado que en Sinaloa se recurra a la inscripción en el registro civil del instrumento de subrogación, como medio para establecer la relación filial entre los contratantes y el menor.<sup>249</sup> Por otro lado, el tercer inciso del artículo 92 del Código Civil del estado de Tabasco, establece que tratándose de los hijos nacidos como resultado de la participación de una madre gestante sustituta,

---

<sup>246</sup> Krasnow, *La Filiación y sus Fuentes*, 30

<sup>247</sup> Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil, número 86, *Sentencia Definitiva*, Referencia: 38316/2012 (Argentina, Capital Federal, Buenos Aires).

<sup>248</sup> Fraude a la ley.

<sup>249</sup> Martínez, *Maternidad subrogada*, 375

da lugar a la presunción de la maternidad en favor de la madre contratante. En tanto que en el caso de la maternidad subrogada, se recurre a la figura jurídica de la adopción del menor<sup>250</sup>.

### **3.5.3 Certificado de Nacimiento**

En la mayoría casos resulta que el vínculo filial no se prueba con el contrato de maternidad subrogada, sino que mediante el certificado de nacimiento. El artículo 293 del Código Civil del Estado Federal de México, menciona que el parentesco por consanguinidad es el vínculo entre personas que descienden de un tronco común. También se da parentesco por consanguinidad, entre el hijo producto de reproducción asistida y el hombre y la mujer, o sólo ésta, que hayan procurado el nacimiento para atribuirse el carácter de progenitores o progenitora.

Fuera del caso anterior, la donación de células germinales no genera parentesco entre el donante y el hijo producto de la reproducción asistida.<sup>251</sup> De esta disposición legal se infiere que es permisible que se establezca el parentesco entre los solicitantes de la maternidad gestante o sustituta con el menor que llegue a nacer. El artículo 54<sup>252</sup> del Código supra mencionado, describe las formalidades necesarias para levantar las actas de nacimiento,

---

<sup>250</sup> Artículo 92. En el caso de los hijos nacidos como resultado de la participación de una madre gestante sustituta, se presumirá la maternidad de la madre contratante que la presenta, ya que este hecho implica su aceptación. En los casos en los que participe una madre subrogada, deberá estarse a lo ordenado para la adopción plena.

<sup>251</sup> Código Civil para el Distrito Federal, (México: Publicado en el Diario Oficial de la Federación el 26 de mayo de 1928)

<sup>252</sup> Artículo 54 inciso dos: El certificado de nacimiento deberá ser suscrito por médico autorizado para el ejercicio de su profesión, o persona que haya asistido el parto, en el formato expedido para tal efecto por la Secretaria de Salud del Distrito Federal, el cual contendrá los datos que establezca el Reglamento del Registro Civil. Dicho certificado hace prueba del día, hora y lugar del nacimiento, sexo del nacido y de la maternidad. En caso de no contar con certificado de nacimiento, el declarante deberá presentar constancia de parto en los términos en que lo establezca el Reglamento del Registro Civil.

este precepto determina que la maternidad se pruebe con el certificado de nacimiento o en su defecto con la constancia de parto, que es el acontecimiento evidenciable de la maternidad. Para la legislación vigente mexicana, la mujer que da a luz es la madre, y quien encargó al infante no tiene fundamentos para acreditar su maternidad alegando un contrato privado de maternidad subrogada o gestante, el cual no sólo carece de reconocimiento como fuente de filiación, sino que está prohibido por el artículo 338<sup>253</sup> del cuerpo legal antes señalado, estableciendo que el parentesco no puede determinarse mediante un negocio o acuerdo privado, es por ello que se exige el título de nacimiento para fijar el nexo entre los padres contratantes con el infante.

Si ocurre el alumbramiento del menor y no se completa la filiación en el registro respectivo, debido al deceso de uno o ambos padres contratantes, para efectos familiares y sucesorios, el certificado de nacimiento servirá como prueba para asentar el vínculo filial y no mediante el contrato de maternidad subrogada. En consecuencia, dicho documento de nacimiento es lo que hacer valer y reconocer los derechos hereditarios del recién nacido por esta técnica de reproducción asistida. No obstante lo anterior, cuando no exista un título de nacimiento, el convenio de subrogación perfectamente servirá para señalar la filiación, y por consiguiente, establecer y proteger los derechos sucesorios del nuevo individuo.

#### **3.5.4 Jurisprudencia de España**

En Estados Unidos el reconocimiento de la filiación que puede resultar de un acuerdo de maternidad subrogada realizado en California no es automático,

---

<sup>253</sup> Artículo 338. La filiación es la relación que existe entre el padre o la madre y su hijo, formando el núcleo social primario de la familia; por lo tanto, no puede ser materia de convenio entre partes, ni de transacción, o sujetarse a compromiso en árbitros.

sino que requiere que una vez celebrado, la parte interesada inste el procedimiento judicial regulado en la sección 7630 (f) del *California Family Code* (en adelante, *Cal. Fam. Code*), dirigido a determinar la filiación que pueda derivar, conforme con la voluntad de las partes (*intention*) expresada en el acuerdo. Este procedimiento, dirigido a confirmar los derechos parentales, pretende establecer la filiación del nacido respecto de los dos miembros de la pareja comitente a partir de una sentencia (*pre-birth judgement*) que declara la filiación a su favor (sec. 7633 *Cal. Fam. Code*). El procedimiento también tiene por finalidad extinguir la filiación que se pueda establecer respecto de la madre subrogada y de su marido si está casada<sup>254</sup>.

El procedimiento, que se acostumbra a iniciar durante el segundo trimestre de gestación, se diferencia expresamente de la adopción, ya que el órgano judicial decide en unidad de acto, sin necesidad de valorar previamente la idoneidad de la pareja comitente. La sentencia recaída ordena al hospital que justo después del parto incluya los nombres de la pareja comitente en el certificado original de nacimiento. Con ello, se evita tener que recurrir a la adopción y el nacido ve reconocida legalmente su filiación desde este mismo momento. Dicho certificado debe inscribirse en la Oficina estatal de los registros vitales (*The California Office of Vital Records*) durante los diez días siguientes al nacimiento, junto con la sentencia que declara la filiación del nacido respecto de la pareja comitente. De lo contrario, la filiación del nacido se establecerá a favor de la madre subrogada y, si está casada, también a favor de su marido<sup>255</sup>.

A causa de lo anterior, se presenta un litigio que tiene su origen en la solicitud en el Registro Civil consular (de España) en Los Ángeles (Estados

---

<sup>254</sup> Amorós, *Inscripción en España de la Filiación*, 11-12

<sup>255</sup> *Ibíd.*

Unidos), por parte de dos varones casados entre sí, de la inscripción de nacimiento de dos hijos, nacidos en mediante gestación por sustitución, presentando certificados de nacimiento expedidos por la autoridad registral de California. El encargado del Registro Civil consular denegó la inscripción solicitada con base en la prohibición de la gestación por sustitución establecida en el art. 10 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida (LTRHA).<sup>256</sup>

Los interesados interpusieron recurso ante la Dirección General de los Registros y del Notariado (España), en el que solicitaron la revocación de la decisión del encargado del Registro Civil consular de Los Ángeles y la inscripción de los menores en el Registro Civil español con la filiación determinada en los asientos registrales californianos.

La Dirección General de los Registros y del Notariado dictó resolución estimando el recurso ordenando se procediera a la inscripción en el Registro Civil del nacimiento de los menores tal como constaba en las certificaciones registrales extranjeras presentadas, en las que ambos recurrentes figuraban como padres de los nacidos, entendiendo que dicha solución no vulneraba el orden público internacional español, evitaba una discriminación por razón de sexo y protegía el interés superior del menor. El proceso continúa a través de la autoridad que defiende los intereses del Reino de España, es decir, la Fiscalía de dicho Estado.

El Ministerio Fiscal presentó demanda en la que impugnaba dicha resolución, por cuanto infringía el art. 10 LTRHA, que establece la nulidad de pleno derecho del contrato de gestación por sustitución y que la filiación de los hijos nacidos por gestación por sustitución será determinada por el parto,

---

<sup>256</sup> Muñoz, *Denegación de la Inscripción*, 402

siendo así aquella contraria al orden público español y que por tanto no procedía la inscripción de la filiación en ella acordada. La demanda fue estimada en primera instancia, acordándose dejar sin efecto y cancelar la inscripción de nacimiento acordada en la resolución. Los solicitantes recurrieron en apelación esta sentencia, y la Audiencia Provincial desestimó el recurso.<sup>257</sup> Contra esa sentencia interpusieron recurso de casación, por vulneración del principio de igualdad, en relación con el derecho a la identidad única de los menores y al interés superior de los menores, consagrado en la Convención de Derechos del Niño.

Sostenían que no permitir la inscripción en el Registro Civil español de la filiación por naturaleza de los sujetos nacidos en California a favor de dos varones resulta discriminatorio; que privar de su filiación a los menores vulnera el interés del menor, pues perjudica su posición jurídica y les deja desprotegidos, y los recurrentes, como personas que han manifestado su consentimiento inicial a ser padres son los mejores padres por naturaleza que los menores pueden tener, frente a la mujer que los dio a luz, que asumió su papel de mera parte en un contrato y se limitó a cumplir con las prestaciones asumidas en el mismo, y que el menor tiene derecho a una identidad única que se debe respetar por encima de fronteras estatales; y que el reconocimiento de la filiación determinada en la certificación registral de California no contradice el orden público internacional español, pues éste impide considerar válido y ejecutar en España un contrato de gestación por sustitución pero no el acceso al Registro Civil español de la filiación resultante de tal contrato, que es una consecuencia última y periférica del contrato.<sup>258</sup>

---

<sup>257</sup> Muñoz, *Denegación de la Inscripción*, 402

<sup>258</sup> *Ibíd.*, 403

El Tribunal Supremo de España (TS) desestimó el recurso de casación. El TS en Pleno sienta doctrina sobre el tratamiento que debe darse al reconocimiento de decisiones extranjeras sobre la filiación derivada de un contrato de gestación por sustitución a favor de los padres intencionales. Para el reconocimiento de una decisión extranjera es necesario que no sea contraria al orden público internacional español, entendido como el sistema de derechos y libertades individuales garantizadas en la Constitución y en los convenios internacionales de derechos humanos ratificados por España, y los valores y principios que estos encarnan.<sup>259</sup>

La decisión desfavorable para los solicitantes se debió a que el Tribunal Supremo de España consideró tal inscripción contraria al ordenamiento español, esto en razón de que el artículo 10.1 de la Ley 14/2006 sobre técnicas de reproducción humana asistida de España<sup>260</sup>, prohíbe la gestación por sustitución y además el artículo 10.2 de la misma ley en relación con el artículo 10.2 del Código Civil español, establecen que la filiación quedará determinada por el parto, prohibiendo de tal forma todo parentesco a causa de maternidad subrogada. A juicio del TS una resolución administrativa emitida por la Dirección General de los Registros y del Notariado, no puede estar por encima de una ley general como lo es el Código Civil, y tampoco sobre una ley especial. De esta manera se puede apreciar que el certificado de nacimiento de una técnica de reproducción asistida que no sea la maternidad subrogada, si puede servir para instituir el vínculo filial entre los padres contratantes y el recién nacido.

---

<sup>259</sup> Muñoz, *Denegación de la Inscripción*, 403

<sup>260</sup> Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero.

Al respecto, se hace necesaria la referencia al caso 25358/12, presentado por los esposos Paradiso y campanelli contra el Gobierno italiano,<sup>261</sup> así como en los interpuestos en contra de Francia por Mennesson (demanda 65192/11) y Labassee (demanda 65941/11),<sup>262</sup> en los que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha determinado que la denegación de la inscripción de la filiación de los menores nacidos en virtud de un contrato de gestación por sustitución en un país extranjero transgrede el derecho a la vida privada y familiar de los niños, consagrado en el artículo 8 del convenio europeo para la Protección de los derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, bajo la consideración de que la noción de familia no se reduce a las relaciones fundadas en el matrimonio, sino puede atender a la calidad de estas, e incluso englobar el papel asumido por el adulto hacia el niño u otros vínculos familiares de facto, como cuando las partes cohabiten fuera de cualquier vínculo marital o la inexistencia de vínculo biológico o cohabitación<sup>263</sup>.

Con base a los argumentos anteriores se puede afirmar que en la maternidad subrogada o sustituta la filiación se puede determinar mediante el certificado de nacimiento y en su defecto, mediante el contrato que ampara dicha

---

<sup>261</sup> Los esposos Paradiso y Campanelli demandan, en su nombre y en el del niño nacido en Rusia en virtud de un contrato de subrogación, al estado italiano por negarse a inscribir en el registro civil el certificado emitido por las autoridades rusas que los reconoce como padres del menor. [http://hudoc.echr.coe.int/eng#{"languageisocode":\["Fre"\],"itemid":\["001-150770"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng#{)

<sup>262</sup> Las autoridades judiciales francesas se negaron a inscribir en el registro civil las actas de nacimiento de los menores por considerar que tal medida era contraria al orden público francés, que establece la indisponibilidad del cuerpo humano y del estado de las personas (arts. 16-7 y 16-9 del código civil francés). Asimismo, la denegación a inscribir un acta de notoriedad de la relación de filiación así como la falta de reconocimiento de la filiación a través de la adopción o la filiación paterna biológica que existía en este asunto, son sustentadas en la nulidad del contrato de gestación por subrogación, siendo inadmisibles ante un fraude a la ley (*fraus omnia corrumpit*) invocar el interés superior del niño garantizado por el artículo 3.1 de la convención sobre los derechos del Niño, así como el respeto a la vida privada y familiar previsto en el artículo 8.1 del convenio europeo de derechos Humanos. [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001145180\\*#%7B%22itemid%22:%5B%22001145180\\*%22%5d%7d](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001145180*#%7B%22itemid%22:%5B%22001145180*%22%5d%7d)

<sup>263</sup> Martínez, *Maternidad subrogada*, 377

técnica. Ese parentesco que se está estableciendo es de gran importancia para la sucesión intestada, puesto que de él depende que las personas concebidas por técnicas de reproducción humana asistida gocen de los derechos hereditarios que por ley les corresponde, pues solo mediante dicho vínculo es que se pueden fijar quienes son los herederos del causante.

Se debe entonces de reglamentar en la legislación civil y familiar de El salvador los efectos jurídicos que conllevan las técnicas de reproducción asistida en la sucesión intestada, y no dejar que las consecuencias de tipo legal deban plasmarse en un contrato privado, sino que se debe concretar en la normativa jurídica, la forma de comprobar la filiación y el procedimiento sucesorio que se debe seguir en este tipo de realidades, por lo tanto, el legislador debe de dotar al juez de herramientas legales que le permitan garantizar y proteger los intereses en la sucesión intestada, de todos aquellos que participan en la inseminación homologa, heteróloga, post-mortem y maternidad subrogada o sustituta, en especial los derechos del Nasciturus y Concepturus.

## **CAPITULO IV**

### **REGULACIÓN JURÍDICA DE LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA EN LA SUCESIÓN INTESTADA**

El propósito del presente capítulo es que una vez se han conocidos los problemas jurídicos que traen aparejadas las técnicas de reproducción humana asistida, en los que se refiere a derechos hereditarios y la forma de poder darles su solución, se continúe a establecer la realidad del país en lo que se refiere a la reproducción humana asistida, analizando y recopilando la información obtenida de la investigación de campo, realizada a través de entrevistas a jueces en materia civil y procuradores auxiliares de la Procuraduría General de la Republica que actualmente laboral en materia de Derecho de Familia y Civil, para expresar cómo es que ellos como profesionales del derecho abordan el problema objeto de esta investigación.

Para que las técnicas de reproducción humana asistida, puedan operar o ser efectivas y legales en El Salvador, es necesario que se cambian muchos aspectos de la legislación actual del país, empezando por un reconocimiento expreso en la Constitución de la Republica y abriendo el camino de esta manera para hacer cambios en la legislación secundaria; todo ello es posible realizarlo a través de una propuesta de reformas incluidas en este apartado, para que de esta manera se llenen esos vacíos legales actuales en lo que respecta a las técnicas de reproducción humana asistida. En razón de lo anterior, el fin del presente apartado es para fijar una serie de reformas a la legislación de El Salvador y proporcionar parámetros para la creación de una futura ley en materia de TRHA, que permita la implantación de dichas técnicas de procreación.

## **4.1 Presentación de la información de la investigación de campo**

Las técnicas de reproducción humana asistida se han estado regulando en la mayoría de los países más avanzados (España, Francia, Alemania, etc.) mediante la creación de leyes especiales, reformas a la legislación secundaria y en algunos casos a través de la jurisprudencia. En los últimos años se han sumado a esta tendencia otros países como Argentina, México, Uruguay, etc.; sin embargo, para el caso de El Salvador, este se ha quedado rezagado ante tal situación, puesto que el legislador aún no ha decidido normatizar el uso de la inseminación asistida.

En consideración de lo anterior, a continuación se expone la forma en que se debería de reglamentar la práctica de las referidas técnicas, basada en la doctrina, el derecho comparado y la jurisprudencia que hasta el momento se han venido hablando, asimismo, apoyada en la experiencia jurídica que tienen los profesionales del derecho, tales como lo son los jueces y procuradores, la cual se ha obtenido a través de entrevistas realizadas a los profesionales en mención<sup>264</sup>.

### **4.1.1 Análisis de las Entrevistas Dirigidas a Jueces en Materia Civil**

Acerca del tema de los derechos hereditarios de las personas concebidas mediante técnicas de reproducción humana asistida en la sucesión intestada, es cuestionada la Licenciada María de los Ángeles Miranda Rivas<sup>265</sup>, en sus

---

<sup>264</sup> El fin de estas entrevistas ha sido conocer y obtener información sobre de las técnicas de reproducción humana asistida y su incidencia en la sucesión intestada, para ello se ha consultado a Jueces en materia civil y Procuradores Auxiliares, estos últimos pertenecientes a la Procuraduría General de la Republica de El Salvador, destacados en la unidad de derechos reales y la unidad de familia de dicha institución, generando de esta manera, poder recopilar datos de la mano de las personas aludidas, a través de su conocimiento jurídico.

<sup>265</sup> Jueza 2ª de lo Civil y Mercantil del Distrito Judicial de San Salvador.

argumentos expone que los derechos en mención no se encuentran protegidos por el ordenamiento jurídico salvadoreño, esto en vista que existen muchos vacíos legales en la legislación secundaria, específicamente en el Código de Familia y el Código Civil, debido al poco interés que tiene el legislador de El Salvador sobre la temática, por lo que considera que se debería de regular la inseminación asistida en materia sucesoral, a través de la creación de una ley especial que regule la fertilización artificial, se elaboren reformas al Código de Familia y el Código Civil que permitan reglamentar este tipo métodos de fecundación en el proceso sucesoral ab intestato.

En vista que en lo que se refiere a materia de familia, la filiación consanguínea y adoptiva no son suficientes para el establecimiento de los derechos hereditarios, menciona la referida jueza, se debería de crear vinculo filial especial para las personas nacidos en virtud de las técnicas aludidas, basado en la voluntad procreacional, asimismo instaurar reglas claras para determinar el vínculo filiatorio en este tipo de casos, que permitan al derecho regular de la manera más adecuada estos supuestos.

Al cuestionarle acerca de la maternidad subrogada o sustituta, dicha funcionaria considera que no existe objeto ilícito, y en consecuencia debería de permitirse tal procedimiento, en vista que su finalidad no es causar perjuicio a una persona, sino que objetivo es procrear y dar vida, cuando el ser humano se encuentre imposibilitado para hacerlo, pero también es de la idea que se debe de normatizar y determinar hasta donde se debe de considerar lícito lo realizado por los individuos en este tipo de casos.

A juicio de la referida jueza, cuando medie vicios en el consentimiento en los de instrumentos de inseminación asistida, la persona que nace en virtud de

estas técnicas no debe ser considerada parte en la sucesión de su supuesto progenitor fallecido, ya que esto degenera la validez del consentimiento en el contrato, por lo tanto, debe de existir un documento con todos los requisitos de existencia y validez del acto para que los hijos nacidos por medio de métodos de fecundación artificial tengan derecho a la herencia de su o sus ascendientes.

En el caso de la inseminación post-mortem, la juzgadora considera que se le debe de otorgar capacidad para suceder al Concepturus pero de manera limitada, estableciendo un plazo determinado para que el material genético de la persona fallecida sea utilizado, esto con el objetivo de no generar inseguridad en los demás herederos, ya que de no hacerse, estos últimos no sabrán cuando habrá nuevos sucesores, y además porque también puede haber mala fe para inseminarse por parte de la pareja superviviente para quedarse con una mayor parte de la herencia. Concluye la expositora mencionando que en su tribunal hasta el momento no se le ha presentado ningún caso de esta índole.

#### **4.1.2 Análisis de Entrevistas Dirigidas a Procuradores Auxiliares de La República en Materia de Derechos Reales y de Familia**

La Licenciada Mónica Olivo<sup>266</sup> al ser entrevistada acerca del tema, “Los derechos hereditarios de las personas concebidas mediante técnicas de reproducción humana asistida en la sucesión intestada”, ha expresado que en la actualidad el ordenamiento jurídico salvadoreño no protege los derechos hereditarios de las personas concebidas por reproducción asistida, debido en gran parte a que no se dan muchos casos en la sociedad

---

<sup>266</sup> Procuradora Auxiliar de la Unidad de Derechos Reales y Personales de la Procuraduría General de la Republica de El Salvador.

salvadoreña y que existe de igual forma, una falta de interés por parte del legislador el cual carece de una proyección futurista para regular este tema, puesto que siempre ocurre que antes de pronunciar una ley, primero debe haber sucedido un hecho que motive su emisión, lo cual debe de irse cambiando en este país si se quiere llegar a una sociedad más justa.

Las técnicas de reproducción humana asistida, considera que se deben regular, creando para ello una ley especial sobre el tema y debiendo reformar el Código de Familia por el hecho que no es suficiente la filiación consanguínea, ni la adoptiva para determinar los vínculos filiales de estas personas, por ello debería agregarse un nuevo tipo de filiación acorde a las técnicas de reproducción humana asistida, y regulando de manera clara las reglas a seguir para poder determinar la filiación a estas personas; pudiendo agregarse para ello un proceso especial de determinación de filiación de personas nacidas por reproducción asistida. Sobre el tema de la maternidad subrogada y sus posibles problemas jurídicos, manifestó que no tendría que existir objeto ilícito si en el contrato se incorpora el común acuerdo de todas las personas que intervienen, pero tienen que establecerse reglas claras acerca de dicho procedimiento para que tenga validez.

Por otra parte, en cuanto a los vicios del consentimiento en un contrato de maternidad subrogada, la referida profesional hizo hincapié en que al ser un tema con bastante polémica tendría que estudiarse cada caso en particular, pero que sin lugar a duda de manera general no se tienen que negar los derechos sucesorales a estas personas, siempre y cuando exista un documento donde se exprese el consentimiento de los padres contratantes del procedimiento y en donde se puede inferir que aceptan el reconocimiento del ser humano resultado de la gestación. En la inseminación Post Mortem la Procuradora Auxiliar insta a que si se podría darle la capacidad al

Concepturus, para que este pueda adquirir derechos hereditarios, pero tendría que regularse de manera que no se vean afectados los derechos sucesorales de los demás herederos que pudieran sobrevivir al causante en un caso en particular. La licenciada concluyó la entrevista expresando que hasta el momento no se le ha presentado ningún caso en el que se encuentre vinculadas las técnicas de reproducción humana asistida.

Por su parte, Licenciada Nidia Sánchez<sup>267</sup> expone que los derechos hereditarios de las personas concebidas por técnicas de reproducción humana asistida, desde el punto de vista del ordenamiento jurídico actual de El Salvador no están específicamente protegidos, esto debido a la poca información que se maneja en la sociedad sobre el tema, teniendo en cuenta que son pocas las personas con los suficientes recursos económicos para someterse a una de las técnicas de reproducción asistida, pero existen tratados internacionales los cuales si protegen los derechos de las personas concebidas por medio de reproducción asistida y que de los cuales es parte como país.

Las técnicas de reproducción humana asistida, reflexiona la referida Procuradora, que es necesario que se regulen en materia sucesoral, proponiendo para ello la creación de una ley especial que regule el tema y reformando el Código Civil y el Código de Familia, que permitan la ampliación de la filiación, esto como consecuencia que al no ser suficiente la filiación consanguínea y la adoptiva para determinar la filiación en estas personas, es necesario crear una nueva figura de filiación que si pueda estar acorde a las técnicas de reproducción humana asistida, y habiendo una nueva figura de filiación necesariamente se tienen que crear las bases o reglas del

---

<sup>267</sup> Procuradora Auxiliar de la Unidad de Defensa de la Familia, Niñez y Adolescencia de la Procuraduría General de la Republica de El Salvador.

procedimiento a seguir para la determinación de la filiación en estos casos, considerando para ello lo establecido en los tratados internacionales, relacionados al tema y que han sido ratificados por el país, asimismo, en base a la jurisprudencia nacional, sobre todo en las sentencias de la Sala de lo constitucional y la jurisprudencia extranjera

En la maternidad subrogada, manifiesta que en su opinión dicho procedimiento si posee objeto ilícito, en lo que se refiere al contrato que obliga a las partes que se someten a dicho procedimiento, esto en vista que el ser humano es un sujeto de derechos y no es visto como un objeto el cual se pueda negociar. Debido a lo anterior la funcionaria se pronuncia al respecto del contrato de maternidad subrogada, como un contrato que posee una nulidad absoluta y como consecuencia de ello una persona concebida por medio de la maternidad subrogada no tendrán derechos a la masa sucesoral de los padres contratantes de dicho procedimiento, más aún, si estos últimos no poseen un documento en donde se expresa el reconocimiento de parte de ellos para con el supuesto hijo gestado por maternidad subrogada.

En el procedimiento de la inseminación post mortem explica, que por el principio de igualdad de derechos que la Constitución de la República y el Código de Familia regula, si se le pondría brindar al Concepturus la capacidad suficiente para que este pueda optar a tener derechos hereditarios, en lo que respecta a la sucesión intestada, pero para ello es necesario que se fijen las directrices necesarias para que la inseminación post mortem, no genere con ello una inseguridad jurídica con los demás herederos que en un caso en particular sobreviven al causante; es decir, es necesario que exista un previo consentimiento expresado por las partes, de la manera que la ley establezca para que el Concepturus y los demás

herederos posean una igualdad de derechos estando en el mismo rango sucesoral. La referida Licenciada termina la entrevista exponiendo que nunca se le ha presentado un caso sobre TRHA

## **4.2 Aspectos Esenciales para una Ley en Materia de Reproducción Humana Asistida**

Es evidente que se vuelve necesario crear una herramienta jurídica, que permita la regulación de las técnicas de reproducción humana asistida en la sucesión intestada, generándose de esta manera seguridad jurídica, tanto para los derechos hereditarios de los concebidos a partir de dichas técnicas, como para los demás sujetos que intervienen en el proceso sucesorio. Este fin se puede lograr de mejor manera a través de una ley especial, sin embargo, dada la complejidad del tema y que solamente se está abordando una parte de la temática, como lo son los derechos hereditarios de los individuos creados artificialmente, no es posible proponer un anteproyecto de ley sobre este tema.

Si bien es cierto que estos investigadores de momento no puede formular una legislación que permita regular estos métodos clínicos en su totalidad, pero si se pueden exponer los aspectos más importantes con los que debe contar una ley en materia de Inseminación Asistida, que conlleven a la reglamentación de la sucesión mortis causa vía intestada, los cuales se detallan a continuación.

### **4.2.1 Objeto de la Ley**

El objeto principal de una ley de reproducción asistida, tiene que ser la de regular aquellas técnicas de reproducción humana asistida las cuales

científicamente se tiene como seguras para su aplicación en las personas, para ello se debe de regular en ella y tiene que ser objeto de la misma ley, establecer los requisitos que deben de cumplir las instituciones públicas y privadas las cuales las deban aplicar.

Se debe de tomar en cuenta cual va a ser el objeto de la ley especial, el cual no va a ser otro que regular el uso de las técnicas de reproducción humana asistida y las relaciones entre los sujetos que intervienen en ellas, es decir, establecer reglas tanto para los beneficiarios de estos métodos como para los donadores. Solo se aplicarán las técnicas de inseminación artificial que no atenten contra la vida y dignidad humana, y serán las siguientes: Inseminación homóloga, Inseminación heteróloga, Inseminación post-mortem y la Maternidad Subrogada o Sustituta.

#### **4.2.2 Naturaleza Jurídica**

La naturaleza jurídica de una ley especial sobre técnicas de reproducción humana asistida, tiene que ir enfocada al ámbito social, esto es porque lo que se busca es que el Estado dé una regulación donde se establezcan las directrices que las personas tiene que utilizar y respetar para someterse a un procedimiento de reproducción asistida.

Lo que se busca con una ley sobre técnicas de reproducción humana asistida, es regular la implementación de dichas técnicas y dar una solución jurídica a los conflictos jurídicos que pueden resultar en las relaciones de aquellas personas o parejas que tienen dificultades físicas o biológicas para poder procrear un hijo de forma natural; de esta forma también se les reconoce a los hijos nacidos mediante reproducción asistida, seguridad jurídica sobre sus derechos tales como la vida, educación, salud y que por

ende pero no menos importante se les puede respetar su derechos hereditarios o lo que es lo mismo poder acceder al patrimonio de sus padres en un momento determinado.

#### **4.2.3 Contrato o Instrumento de Inseminación Artificial**

Para que las personas puedan acceder a las prácticas de la inseminación artificial, la ley sobre técnicas de reproducción asistida, tiene que establecer la forma en que estas personas darán su consentimiento y las formalidades para hacerlo. Es por ello y atendiendo al derecho comparado que la forma más factible de que se formalice un contrato de inseminación artificial, es a través de que el mismo estado brinde un formulario a las instituciones que podrán realizar dichos procedimientos, en donde las personas antes de someterse al mismo, tenga la oportunidad de ser informados sobre este, y de igual modo puedan libremente y a conciencia brindar su consentimiento.

##### **4.2.3.1 Capacidad**

Un aspecto muy importante que se debe destacar en la inseminación artificial en relación con la sucesión intestada, es la capacidad de las personas que serán beneficiarias o donantes para las técnicas de procreación asistida, dichos sujetos deberán ser mayores de edad con plena capacidad para obrar, es decir, que estén en condiciones mentales para otorgar el consentimiento para ser receptores o usuarios de las tecnologías inseminarias, pues ese consentimiento en su momento será determinante para el establecimiento de la filiación entre la persona creada artificialmente y el causante, conllevando de esta manera a establecer los derechos hereditarios que le corresponden a ese ser humano creado artificialmente, por tal razón, no se debe de permitir el acceso de menores o enajenados.

#### **4.2.3.2 Consentimiento**

Un factor importante que determina los derechos hereditarios de las personas concebidas por TRHA es el consentimiento, por lo tanto, se vuelve necesario exponer las formas en que se otorga, se determina y se revoca en las técnicas de procreación artificial, para que de esta manera, no queden dudas sobre el establecimiento de las facultades sucesorales de dichos individuos.

Previo a tomar el acuerdo para la aplicación de los métodos de reproducción asistida, la pareja debe ser debidamente informada y asesorada acerca de los efectos jurídicos relacionados con las técnicas de fecundación, así como también aquellas consideraciones biológicas y económicas, de esta manera se estaría hablando de que el consentimiento que se otorgue será libre y consiente por parte de los interesados, el cual, para dar mayor certeza deberá de expresarse por escrito.

La importancia del consentimiento concedido mediante documento se verá mejor reflejada cuando se trate de aquellos casos de Inseminación Post-Mortem, por lo que debe de permitirse la fertilización de gametos o embriones del cónyuge o compañero de vida fallecido, siempre y cuando el causante haya otorgado previamente por escrito su consentimiento para la realización de dicha técnica después de su muerte, por lo tanto, si el hombre o mujer superviviente repudia la herencia del causante o es indigno para suceder, va a ser el Concepturus quien pase a suceder al de cuius por derechos de representación.

Basado en lo antepuesto, se debe de conferir capacidad sucesoria a aquel que se espera sea concebido, esto con el objetivo para no dejarlo

desprotegido frente a los demás herederos, pero tampoco a estos últimos se les debe de generar inseguridad jurídica, dejando al arbitrio de aquella persona que va a utilizar el material genético para la inseminación, el periodo de tiempo que ella decida para realizar la fecundación, en consecuencia, se debe de establecer un plazo de un máximo de un año para que se forme el Nasciturus.

En lo que se refiere a la Maternidad Subrogada o Sustituta, la mujer que presta o alquila su vientre, al momento de expresar su consentimiento (previamente informado) deberá de acceder por un lado, a inseminarse con los gametos que las personas que solicitan sus servicios decidan y por otro lado, renunciará a la autoridad parental<sup>268</sup> sobre la persona que nacerá de su cuerpo, asimismo, los beneficiarios de la técnica en mención estarán en la obligación de aceptar como hijo a dicho ser humano, así como también las responsabilidades, derechos y obligaciones sobre el o la nacida.

En los casos anteriores, es decir, tanto en la inseminación post-mortem como en la maternidad subrogada, con el consentimiento libre e informado se está constituyendo la voluntad procreacional por parte de los interesados de dichas técnicas, la cual es la herramienta jurídica que establece la filiación para la inseminación asistida cuando no exista otra forma de acreditar, y una vez instaurado tal vinculo se pueden determinar los derechos hereditarios en la sucesión intestada de aquellas personas que han sido procreadas mediante las técnicas de reproducción humana asistida, asimismo, de aquellas que se espera que sean concebidas, es decir que se está haciendo referencia al concepturus.

---

<sup>268</sup> La autoridad parental es el conjunto de facultades y deberes, que la ley otorga e impone al padre y a la madre sobre sus hijos menores de edad o declarados incapaces, para que los protejan, eduquen, asistan y preparen para la vida, y además, para que los representen y administren sus bienes. Artículo 206 del Código de Familia de El Salvador.

Lo anterior también es aplicable tanto para la inseminación homóloga como también para la heteróloga, pero sobre todo para esta última, ya que en la primera la relación filial se puede comprobar mediante una prueba de ADN, pero no así para los casos inseminación subrogada o post-mortem, en donde no existan gametos de los padres contratantes.

#### **4.2.3.3 Formalidades**

En los párrafos precedentes se ha dicho que el consentimiento para la aplicación de la reproducción artificial debe ser otorgado por escrito, sin embargo, aún no se ha mencionado el tipo de documento que se utilizará para tal fin, como tampoco se ha establecido el funcionario autorizado para emitir el instrumento. En este tipo de casos lo ideal es que el acuerdo para la inseminación asistida se formalice mediante escritura matriz, por medio de la figura de un contrato especial para tal efecto, debiendo ser formulado por un notario público, el cual reflejará el consentimiento informado de aquellas personas que participen en el proceso reproductivo, es decir, los beneficiarios de las técnicas y de los donantes si los hubieren, los cuales aceptarán las condiciones concretas para cada caso en particular, debiendo firmar cada uno de ellos el convenio para que éste surta sus efectos.

Es importante no olvidarse que todo acuerdo de voluntades puede ser modificado por las partes que lo suscriben. Para el caso de las técnicas de reproducción humana asistida, la reforma al acuerdo inicial, va encaminada a la revocación del consentimiento para la aplicación de los métodos en comento, es decir, una persona puede declinar a realizar la fertilización asistida aunque previamente haya manifestado su voluntad de hacerlo por escrito, pero siempre y cuando se le establezca un límite para declinar, así por ejemplo, para el caso de la inseminación post-mortem, el sujeto que haya

acordado que su pareja sea fecundada con sus gametos, perfectamente puede renunciar en vida a tal procedimiento, en ningún momento sus herederos u otras personas podrá quebrantar dicha voluntad.

Respecto a la procreación homóloga, heteróloga y maternidad subrogada o sustituta, la interrupción de la aplicación de las aludidas técnicas se puede realizar en cualquier momento hasta antes de que la mujer sea preñada, por lo tanto, una vez la fémina sea fertilizada, no se podrá revocar el consentimiento y se tendrá como padre o madre biológica de la criatura que nazca, a aquella persona que aceptó tal fecundación. Para que la renuncia de la práctica de cualquier inseminación asistida tenga validez, deberá también formalizarse por escrito, ante notario y mediante escritura matriz, es decir, cumpliendo con los mismos requisitos de fondo y las mismas formalidades que originaron la aceptación del contrato de reproducción humana asistida.

#### **4.3 Filiación de los Hijos Nacidos Mediante Técnicas de Reproducción Humana Asistida**

La determinación de la filiación de las personas creadas por medio de técnicas de reproducción humana asistida es de gran importancia para el establecimiento de sus derechos hereditarios en la sucesión intestada, por lo que se vuelve necesario exponer las consideraciones necesarias para lograr una reglamentación sobre el origen del vínculo filial en la inseminación asistida.

Se debe presumir la filiación de los hijos que nazcan por el uso de técnicas de procreación asistida, respecto de aquellas personas que hayan expresado libremente su consentimiento e informado para la aplicación de estos

métodos de fecundación. A los donantes de gametos en ningún momento se les atribuirá vínculo filiatorio en relación al nacido, así como tampoco tendrán ningún tipo de responsabilidad o derechos sobre el menor.

En la maternidad subrogada o sustituta, la filiación del nacido corresponderá a las personas que hayan solicitado y consentido la aplicación de la técnica en comento. Cuando no exista un documento que acredite el convenio para el reemplazo o sustitución materna y tampoco los supuestos beneficiarios de esta técnica no quieran reconocer como suyo al hijo recién nacido, el vínculo filiatorio será determinado por el parto, siendo la mujer que da a luz la madre biológica y su cónyuge o compañero de vida será el padre biológico, siempre y cuando éste acordó con su esposa o concubina tal procedimiento médico, es decir que si el marido no consintió ese método de fertilización podrá impugnar la paternidad. Si la madre de alquiler reconoce al menor producto de fecundación artificial a la que se ha hecho referencia, los padres solicitantes del procedimiento podrán también objetar la maternidad o la paternidad

El tiempo en el que ocurra la muerte del cónyuge o pareja de vida de la persona que es inseminada con posterioridad al deceso, no existirá filiación entre el nacido por medio de técnicas de reproducción artificial y el individuo fallecido, y por lo tanto, la maternidad o paternidad podrá ser impugnada, pero si el material reproductor se encuentra en el útero de la mujer antes del deceso, no se podrá negar el vínculo filial.

No obstante lo anterior, las personas pueden otorgar su consentimiento en escritura matriz y ante notario para que sus gametos puedan ser utilizados por su pareja sobreviviente en una inseminación post-mortem, en un plazo no mayor de un año contado a partir de la fecha de la muerte del causante,

de esta manera se estaría estableciendo la filiación entre el de cujus con el ser humano producto de dicha técnica, y en consecuencia se determinarían los derechos hereditarios de este último.

En todos los casos antes descritos, cuando el hombre o la mujer hayan otorgado su consentimiento previo, informado y libre, ante notario, para el uso de una técnica de reproducción humana asistida, en consecuencia, no se podrá alegar la falta de vínculo genético para la impugnación de la filiación presumida en el segundo párrafo del presente subtema.

#### **4.4 Reformas a la Legislación de El Salvador**

En la realidad es evidente que los problemas jurídicos que se presentan en la sucesión intestada, en donde medien las Técnicas de Reproducción Humana Asistida, es en gran medida por la falta de regulación de estas últimas, por lo que no basta únicamente crear una ley especial para reglamentarlas, sino que también se debe de adecuar la legislación vigente en materia civil y de familia para normatizar tal situación, es por ello que se vuelve necesario incorporar reformas a la Constitución de la República, el Código Civil y el Código de Familia, todos de El Salvador, las cuales permitirían un mejor tratamiento legal de dichas técnicas y con ello a la vez, dotar de mayor seguridad jurídica en los derechos hereditarios del proceso sucesoral vía intestado, de todas aquellas personas que intervengan en estos métodos de procreación humana asistida.

##### **4.4.1 Constitución de la República de El Salvador**

Todo cambio que se pretenda realizar a la legislación salvadoreña, obligatoriamente debe de efectuarse, en un inicio, en su fuente principal, es

decir, la Constitución de la República de El Salvador, la cual en los primeros dos incisos del artículo 1 mencionan que: *“El Salvador reconoce a la persona humana como el origen y el fin de la actividad del Estado, que está organizado para la consecución de la justicia, de la seguridad jurídica y del bien común. Asimismo reconoce como persona humana a todo ser humano desde el instante de la concepción (...)”*.

La disposición supra mencionada, en el segundo apartado, está señalando el derecho que tiene la vida del ser humano a ser protegida, específicamente la del Nasciturus, sin embargo, no se garantiza la facultad de crear vida. Se podría decir que si se está salvaguardando la atribución de generar vida, ya que la ley en ningún momento les niega tal potestad a las personas, esa sería la opinión de alguien que es fértil, pero aquel individuo que es estéril no mencionaría lo mismo, pues a este último, aún no se le ha reconocido constitucionalmente ningún mecanismo para poder procrear cuando se encuentre físicamente imposibilitado.

Dado lo anterior, es imperioso que el artículo en mención debe de modificarse de tal manera que permita garantizar a las personas poder crear vida a través de la fecundación asistida, para lo cual se estaría redactando la aludida disposición legal de la siguiente manera: *“El Salvador reconoce a la persona humana como el origen y el fin de la actividad del Estado, que está organizado para la consecución de la justicia, de la seguridad jurídica y del bien común. Asimismo reconoce como persona humana a todo ser humano desde el instante de la concepción. También se reconoce el derecho a ser concebido por medio de Técnicas de Reproducción Humana Asistida (...)”*.

Con la anterior reforma, no solamente se estaría garantizando instituir vida humana, sino que también, salvaguardar el derecho a la libertad reproductiva

que tienen las personas, se reconocería de manera expresa la aplicación de las mencionadas técnicas, pero sobre todo, se establecería y protegería el derecho del Concepturus a ser concebido, dentro del plazo antes mencionado<sup>269</sup>.

#### **4.4.2 Código Civil**

La legislación secundaria que debe de modificarse en El salvador, para la reglamentación de la TRHA, se encuentra el Código Civil, dicho cuerpo legal posee algunas disposiciones que corresponderían alterarse, no de forma exhaustiva pero si de manera esencial, tal es el caso del artículo 75 incisos dos y tres, los cuales actualmente están redactados así: *“Los derechos que se referirían a la criatura que está en el vientre materno, si hubiese nacido y viviese, estarán suspensos hasta que el nacimiento se efectúe. Y si el nacimiento constituye un principio de existencia, entrará el recién nacido en el goce de dichos derechos, como si hubiese existido al tiempo en que se defirieron. En el caso del artículo 72, inciso 2., pasarán estos derechos a otras personas, como si la criatura no hubiese jamás existido.”*

En base a lo antepuesto, se colige que solamente aquellas personas que nazcan y vivan por un tiempo a la separación de su madre, serán consideradas sujetos de derecho, sin embargo esto ya está superado por la jurisprudencia de la Sala de lo Constitucional de El salvador, al reconocerle al Nasciturus la condición de persona y la respectiva titularidad de ciertos derechos fundamentales<sup>270</sup>, entre ellos se encuentran los patrimoniales que pueden surgir de una herencia, con lo cual se elimina la idea de que únicamente los individuos que nazcan vivos poseerán capacidad de goce.

---

<sup>269</sup> Véase apartado 4.3, párrafo cuarto.

<sup>270</sup> Véase apartado 3.1.1, párrafos quinto y séptimo.

Pese lo anterior, la referida Sala solamente otorga dicha condición al Nasciturus, dejando de esta manera desprotegido al Concepturus, en consecuencia, para que no se presente esta situación, la disposición legal antes señalada debería de redactarse de la siguiente manera: *“La capacidad de goce de las personas naturales comienza con el nacimiento. Se reconoce la personalidad jurídica limitada para el goce de los derechos del Nasciturus y el Concepturus.”* De esta manera, también se le estaría confiriendo la facultad de poder adquirir un patrimonio por sucesión intestada, tanto para la persona concebida como para la que se espera sea fecundada.

Por otro lado, el inciso uno artículo 963 del Código Civil de El Salvador literalmente menciona que: *“para ser capaz de suceder es necesario existir al tiempo de abrirse la sucesión; salvo que se suceda por derecho de transmisión, según el artículo 958, pues entonces bastará existir al abrirse la sucesión de la persona por quien se transmite la herencia o legado”.*

La antepuesta disposición legal, deja fuera de la sucesión intestada del causante, al concebido como al que se espera sea fecundado, ya que únicamente le otorga capacidad para suceder a los sujetos que existen al momento de abrirse la sucesión, dejando de esta manera desprotegidos los derechos hereditarios tanto del Nasciturus como el del Concepturus, ya que estos no pueden ser considerados como sujetos que intervienen en el proceso sucesorio intestado, por ser incapaces para ello por falta de personalidad jurídica para suceder.

El anterior artículo en el inciso tercero expresa que: *“(…) Con todo, las asignaciones a personas que al tiempo de abrirse la sucesión no existen, pero se espera que existan, no se invalidarán por esta causa si existieren dichas personas antes de expirar los treinta años subsiguientes a la apertura*

de la sucesión (...)"<sup>271</sup>. Redactado de esta forma este apartado de la disposición en mención, únicamente otorga capacidad para heredar al Nasciturus pero solo mediante testamento, lo que se traduce en que éste no pueda suceder por vía intestada.

Para garantizar los derechos hereditarios en la sucesión intestada, de aquellas personas concebidas mediante las TRHA o las que se esperan que sean fecundadas por las mismas, se le debe de incorporar al artículo en alusión lo siguiente: *“serán capaces para suceder ab intestato las personas concebidas al momento de abrirse la sucesión, de la misma forma, los hijos que sean concebidos posterior a la muerte del de cujus mediante técnicas de inseminación artificial en un plazo no mayor de 365 días contados a partir del deceso de su progenitor”*. De esta manera se estaría dotando de personalidad jurídica para heredar al Nasciturus como al Concepturus en la sucesión intestada, protegiendo y reconociendo así sus derechos patrimoniales por herencia.

#### **4.4.3 Código de Familia**

Es necesario analizar otra ley secundaria para facilitar la determinación de los derechos hereditarios de las personas concebidas por medio de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida en la sucesión intestada, en este caso se trata del Código de Familia de El Salvador, el cual solamente reconoce la filiación por consanguinidad y por adopción, según lo dispuesto por el artículo 134<sup>272</sup>, pero en ningún apartado se menciona algún vínculo filial procedente de las TRHA. Es por ello que se debe de incorporar a tal disposición lo siguiente: *“La filiación será por consanguinidad, por adopción y*

---

<sup>271</sup> Art. 963 del Código Civil de El Salvador

<sup>272</sup> Artículo 134.- La filiación puede ser por consanguinidad o por adopción

*por reproducción asistida, en los casos donde medie la voluntad procreacional para la utilización de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida*". Mediante tal reforma se reconoce y establece el parentesco de los hijos producto de la inseminación artificial con los beneficiarios las referidas técnicas, lo cual facilita la determinación de los derechos hereditarios entre dichas personas en la sucesión intestada.

Por otro lado, El artículo 141 del Código de Familia de El Salvador textualmente expresa que: "*Se presumen hijos del marido los nacidos después de la celebración del matrimonio y antes de los trescientos días siguientes a su disolución o declaratoria de nulidad*". Como se logra observar, no se implanta una suposición acerca del vínculo filial por la implementación de la fecundación artificial, dejando al arbitrio de las personas y a la interpretación de los profesionales del derecho, el establecimiento del parentesco de los hijos nacidos por el uso de la fertilización asistida respecto de los beneficiarios de tales métodos clínicos.

Para efectos de establecer una presunción sobre la filiación en los procesos de reproducción asistida, se debería de agregar al referido artículo el texto siguiente: "*Asimismo se presumen hijos del o la cónyuge o conviviente los hijos nacidos por la aplicación de Técnicas de Reproducción Humana Asistida después del plazo antes señalado, en los casos de fallecimiento o muerte presunta, separación de hecho, siempre y cuando él o la cónyuge o conviviente hubiere prestado su consentimiento previo, libre e informado. No obstante lo anterior, se puede impugnar la paternidad o maternidad por el uso de dichas técnicas*". Con esto se estaría estipulando el parentesco en los casos de concepción asistida, donde existan dudas sobre el vínculo filiatorio, lo que permitirá instaurar de mejor manera los derechos hereditarios de las personas que son producto de la fertilización aludida, respecto del decujus.

## **CAPITULO V**

### **CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES**

El propósito del presente capítulo es para dar a conocer los resultados más importantes que se han hecho a lo largo de la toda la investigación, a través de la formulación de las respectivas conclusiones, las cuales están fundamentadas en los objetivos planteados desde el inicio del actual trabajo de grado. Asimismo, se pretende establecer las posibles soluciones para la problemática jurídica puesta en análisis, por medio de enunciación de recomendaciones para poder establecer la filiación y los derechos sucesorios dentro de la sucesión intestada, de las personas que intervienen en las técnicas de reproducción humana asistida.

#### **5.1 Conclusiones**

Al reconocérsele al Nasciturus la condición de persona y la respectiva titularidad de ciertos derechos fundamentales, la Constitución sin duda, en forma simultánea, le está reconociendo existencia jurídica. Esto permite diferenciar entre el inicio de la existencia legal de la persona (que no puede separarse del momento en el que el constituyente le reconoce derechos y por tanto existencia jurídica, atribuyéndole una personalidad jurídica, aunque sea limitada) y el inicio de la capacidad para ejercer o gozar ciertos derechos civiles. En consecuencia, el reconocimiento de esa existencia jurídica es la que permite que dicho individuo pueda gozar de derechos hereditarios y tener una mayor seguridad jurídica dentro de la sucesión intestada como en la testamentaria.

El artículo 963 del Código Civil de El Salvador le establece capacidad para suceder al Nasciturus únicamente en el caso de la sucesión testada, no así para la intestada; sin embargo, esto ya fue superado con la jurisprudencia de la Sala de Constitucional de El Salvador, en donde básicamente se establece que el concebido pero no nacido es considerado como persona y por lo tanto es un sujeto de derecho de manera limitada, pero en el caso de las facultades hereditarias no aplica restricción alguna, por consiguiente, puede ser considerado parte de la división de un patrimonio dejado por causante intestado. Esto no ocurre con el Concepturus, puesto que aún no existe legislación o sentencia alguna que le otorgue personalidad para ser titular de derechos sucesorios, obligando ello a crear mecanismos para la protección de dichas facultades.

Tanto el Nasciturus como el Concepturus, existe un elemento común en ambos que dificulta la determinación de los derechos sucesorios de las personas producto de las técnicas de reproducción humana asistida, el cual es la falta de personalidad jurídica para heredar en la sucesión intestada. El primero de esos temas ya está resuelto por la jurisprudencia salvadoreña, sin embargo, el otro aun es debatible su posible solución. Pero existe otro aspecto importante que hay que resaltar, el cual también genera dicha dificultad en ambos casos, se trata pues del establecimiento de la filiación en las técnicas antes señaladas, el cual a criterio de estos investigadores es el más relevante para determinar el parentesco entre los nacidos mediante TRHA y los beneficiarios de dichas técnicas, el cual es la base para determinar los derechos hereditarios en la sucesión intestada.

En el caso de la determinación de la filiación de las personas que han nacido mediante alguna de las técnicas de reproducción humana asistida, la voluntad procreacional es la fuente principal de filiación de estas personas;

debido a que únicamente importa la voluntad libremente expresada de estas personas de ser padres y tener los deberes y derechos que conlleva tener un hijo independientemente de que exista o no nexos biológicos entre ellos.

El contrato de maternidad subrogada podrá ser utilizado no como una fuente de filiación, pero sí como una forma de determinarla, en aquellos casos en que no exista un procedimiento legal u otro método para establecer el vínculo en mención. Por lo tanto, por medio de ese instrumento, se protegen y garantizan los derechos sucesorios de las personas concebidas por medio de la maternidad subrogada, aunque no exista un nexo biológico de la persona en gestación con el de cujus, pues éste con solo haber consentido dicha técnica de reproducción asistida en vida, tácitamente estaba reconociendo a un hijo, el cual pasará a ser su heredero.

En la maternidad subrogada o sustituta la filiación se puede determinar mediante el certificado de nacimiento y en su defecto, mediante el contrato que ampara dicha técnica. Ese parentesco que se está estableciendo es de gran importancia para la sucesión intestada, puesto que de él depende que las personas concebidas por técnicas de reproducción humana asistida gocen de los derechos hereditarios que por ley les corresponde, pues solo mediante dicho vínculo es que se pueden fijar quienes son los herederos del causante.

No basta que exista en contrato de maternidad subrogada para justificar la calidad de heredero, se necesita además verificar un elemento dentro de dicho instrumento para hacerlo valer en un proceso sucesoral, se trata pues del consentimiento otorgado por las partes, el cual no debe de dejar dudas al momento de autorizar el convenio antes señalado, es decir, debe estar libre de vicios, tales como la fuerza, el error y el dolo

Tanto en la inseminación post-mortem como en la maternidad subrogada, con el consentimiento libre e informado se está constituyendo la voluntad procreacional por parte de los interesados de dichas técnicas, la cual es la herramienta jurídica que establece la filiación para la inseminación asistida cuando no exista otra forma de acreditar, y una vez instaurado tal vínculo se pueden determinar los derechos hereditarios en la sucesión intestada de aquellas personas procreadas mediante las técnicas de reproducción humana asistida. Esto también es aplicable tanto para la inseminación homóloga como también para la heteróloga, pero sobre todo para esta última, ya que en la primera la relación filial se puede comprobar mediante una prueba de ADN.

El acuerdo para la inseminación asistida se formalice mediante escritura matriz, por medio de la figura de un contrato especial para tal efecto, debiendo ser formulado por un notario público, el cual reflejará el consentimiento informado de aquellas personas que participen en el proceso reproductivo, es decir, los beneficiarios de las técnicas y de los donantes si los hubieren, los cuales aceptarán las condiciones concretas para cada caso en particular, debiendo firmar cada uno de ellos el convenio para que éste surta sus efectos.

En la procreación homóloga, heteróloga y maternidad subrogada o sustituta, la interrupción de la aplicación de las aludidas técnicas se puede realizar en cualquier momento hasta antes de que la mujer sea preñada, por lo tanto, una vez la fémina sea fertilizada, no se podrá revocar el consentimiento y se tendrá como padre o madre biológica de la criatura que nazca, a aquella persona que consintió tal fecundación. Para que la renuncia de la práctica de cualquier inseminación asistida tenga validez, deberá también formalizarse por escrito, ante notario y mediante escritura matriz.

Es importante reglamentar por lo menos en la legislación civil y familiar de El Salvador los efectos jurídicos que conllevan las técnicas de reproducción asistida en la sucesión intestada, y no dejar que las consecuencias de tipo legal deban plasmarse en un contrato privado, sino que se debe concretar en la normativa jurídica, la forma de comprobar la filiación y el procedimiento sucesorio que se debe seguir en este tipo de realidades, por lo tanto, el legislador debe de dotar al juez de herramientas legales que le permitan garantizar y proteger los intereses en la sucesión intestada, de todos aquellos que participan en la inseminación homóloga, heteróloga, post-mortem y maternidad subrogada o sustituta, en especial los del Nasciturus y Concepturus.

## **5.2 Recomendaciones**

De las técnicas de reproducción humana asistida la que menos trae problemas jurídicos es la inseminación homóloga, debido a que los sujetos que intervienen son pareja, es decir se utiliza el material genérico del mismo esposo, y en caso de que este no quisiera reconocer el niño, es muy fácil la comprobación de la paternidad a través, de una prueba de ADN, con lo que se puede deducir que en este apartado se pueden relacionar las leyes tanto Civiles como familiares ya existentes en el país; pero es necesario que exista una regulación específica que aborden todos los problemas que se han planteado en esta investigación; dicha regulación es la correspondientes reformas a la Constitución, Código Civil y Código de Familia, para que en una Ley Especial sobre Técnicas d Reproducción Humana Asistida se aborden lo correspondiente a cada técnica de reproducción asistida, para su correcta implementación en El Salvador.

Un aspecto que es compartido tanto por la Inseminación Homóloga y la Heteróloga, es que en ambas es necesario el consentimiento expreso y de forma escrita de la pareja, para poder seguir a la realización del procedimiento, consentimiento que servirá para dar paso a la filiación de ese nuevo ser humano con sus padres; que de igual forma es algo que va muy vinculado con la teoría de la voluntad procreacional, el cual es el aspecto determinante para poder establecer ese nexo entre las personas que se someten a estos tipos de técnicas de reproducción humana asistida y la nueva vida resultante de ese procedimiento, por ello es menester que se incluya la voluntad procreacional como el tercer tipo de filiación reconocido en El Salvador, para que de esta manera se tenga seguridad jurídica de que esos derechos hereditarios a los cuales pueden acceder los hijos,

Se recomienda un diálogo entre jueces, magistrados y la Asamblea Legislativa con la finalidad de implementar una Ley que permita la reglamentación de las TRHA así como los derechos del concebido por las mismas, sobretodo en la inseminación post mortem y establecer como de la misma la voluntad procreación al y el consentimiento de las partes, en el caso del padre, este deberá quedar plasmado en escritura pública, lo cual permite una solución efectiva ante este problema jurídico.

Es necesario impulsar diálogos, capacitaciones y debates tanto en las Instituciones concernientes al tema y con los Jueces de familia y civil, logrando un mayor conocimiento del tema y así lograr una correcta y congruente aplicación de la Ley cuando se presenten situaciones jurídicas relacionadas con la implementación de las TRHA, lo cual permitirá elaborar reformas a la Legislación Salvadoreña, como la Constitución de la República, Código de Familia y el Código Civil tomando en cuenta los avances científicos y su influencia dentro de la sociedad.

## BIBLIOGRAFIA

### LIBROS

Abello, Julieta, *Filiación en el Derecho de Familia*, Consejo Superior de la judicatura, Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, Colombia 2007.

Barros Errasuriz, Alfredo, *Curso de Derecho Civil*, Cuarta Edición, Editorial Nacimiento, Santiago, Chile, 1933.

Benítez Ortuzar, Ignacio Francisco, *Genética Humana en el Tercer Milenio, Aspectos Éticos y Jurídicos*, Universidad Internacional de Andalucía, Ediciones Akal, S.A, Madrid, España, 2002.

Blasco Gasco, Francisco, *Instituciones del Derecho Civil*, Derecho de Sucesiones, Editorial Tirant Lo Blanch, 2013, España.

Borda, Guillermo Antonio, *Manual de Derecho Civil Parte General*, Décimo Octava Edición Actualizada, Editorial Perrot, Buenos Aires, Argentina, 1996.

Bustamante Oyague, Leonardo at el., *El Derecho de Sucesiones en Iberoamérica: Tensiones y Restos*, Editorial Zavalía, Buenos Aires, Argentina, 2010.

Elorriaga de Bonis, Fabián, *Derecho Sucesorio*, Segunda Edición, Editorial Abeledo Perrot, Santiago de Chile, 2010.

Flores Ávalos, Elvia Lucía, *Derechos de los sujetos que participan en la reproducción asistida*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de México, 2012.

Font Martín, Andrés, *Sucesiones*, Edición corregida, ampliada y actualizada, Editorial Estudios, Buenos Aires, Argentina, 2007.

Gómez de la Torre Vargas, Maricruz, “*La fecundación In Vitro y La Filiación*”, Editorial jurídica de Chile, Tomo 2, Chile, 1993.

Gumucio, Juan, *Procreación Asistida. Análisis a la Luz de la Legislación Chilena*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Chile, 1997.

Hurtado, Ollver Xavier, *El Derecho a la Vida, Muerte, Procreación Humana, Fecundación in vitro, Clonación, Eutanasia y Suicidio Asistido. Problemas éticos, legales y religiosos*, Editorial Porrúa, México, 1999.

Magin Ferrer, Francisco Alberto y Medina, Graciela, *Código Civil Comentado de Argentina, Sucesiones*, Tomo II, Arts. 3539 – 3874, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, Argentina, 2003.

Maffia, Jorge Omar, *Manual de Derecho Sucesorio*, Tomo I y II, 4ª Edición, Editorial Depalma, Buenos Aires, Argentina, 1993.

Martínez García, Manuel Ángel, *Las Disposiciones Patrimoniales y las Personas Físicas no Nacidas: El Nasciturus, el Concepturus y los Bienes Destinados a Ellos*.

Muñoz de la Fuente, Yèneri, *Memoria: La Fecundación In Vitro Post Mortem*, Universidad de Barcelona, 2010.

Pérez Contreras, María de Monserrat, *Derecho de Familia y Sucesiones*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Autónoma de México, 2010.

Rojina Villegas, Rafael, *Compendio De Derecho Civil II Bienes, Derechos Reales Y Sucesiones*, Cuadragésimoprimera Edición, Editorial Porrúa, México, 2008.

Romero Carrillo, Roberto, *Nociones de Derecho Hereditario*, 2ª Edición Revisada y aumentada, San Salvador, El Salvador, C.A, 1998.

Sepúlveda Cerliani, Alejandro, *Derecho Sucesorio, Derecho Civil IV*, Chile, 2007.

Siperman, Arnoldo, *Los Principios Generales del Derecho Sucesorio y el Trámite del Juicio Sucesorio*, Ediciones La Flores, Buenos Aires, Argentina, 2000.

Treviño Gracia, Ricardo, *La Persona y Sus Atributos*, Impreso en Ciudad Universitaria San Nicolás de la Garza, Universidad Autónoma de Nuevo León, México, 2002.

Vodanovic Haklicka, Antonio, *Manual de Derecho Civil: Parte Preliminar y General*, Editorial Jurídica ConoSur Ltda. , Santiago de Chile, 2001.

Zannoni, Eduardo Antonio, *Manual de derecho de las sucesiones*, 4ª Edición Actualizada y Ampliada, Editorial Astrea, Buenos Aires, Argentina, 1999.

## TESIS

Awad Cucalon, María Inés, *“Aspectos Jurídicos en las Técnicas de Reproducción Humana Asistida en Colombia”* Trabajo de grado para obtener al Título de Licenciado en Ciencias Jurídicas, Bogotá, Colombia, Pontificia Universidad Javeriana. 2001.

Curia Castro, Eva Carolina, *“El Estatus Jurídico del Embrión Humano”*, trabajo de grado para optar al Título de licenciada en ciencias jurídicas, Universidad de Chile.

De La Paz Bonilla, Elia et al., *“Perspectivas Jurídicas de la Inseminación Artificial en el Derecho de Familia”*; Trabajo de grado obtener el Título de Licenciado en Ciencias Jurídicas, Universidad de El Salvador, 2003.

Duhalde Natalia Soledad, *“El Derecho a la Identidad e Igualdad del recién Nacido Mediante TRHA, en el Marco del Proyecto del Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, Trabajo de grado para obtener el Título de Licenciado en Ciencias Jurídicas, Universidad FASTA, Argentina.*

Guardado Ayala, Loidy Loana y Anzora Mejía, William Joel, *“Los Derechos de la Persona No Nacida de Conformidad a la Legislación Salvadoreña”*, Trabajo de grado para obtener el Título de Licenciado en Ciencias Jurídicas, Universidad de El Salvador, 2013.

Haydée Rojas, Josefina, *“Fecundación Asistida Port Mortem”*, Trabajo de grado para obtener el Título de Licenciada en Ciencias Jurídicas, Universidad Abierta Interamericana, Argentina, año 2007.

Hernández Euceda, Rosa Angélica, et al., *“La filiación en las Técnicas de Reproducción Humana Asistida y su Regulación Jurídica”*, Trabajo de grado para optar al título de Licenciado en Ciencias Jurídicas, Universidad de El Salvador, año 2003.

Lamm, Eleonora, *“El Elemento Volitivo como Determinante de la Filiación Derivada de las Técnicas de Reproducción Asistida”*, Tesis sobre el Programa El Derecho en una Sociedad Globalizada de la Facultad de Derecho, Universidad de Barcelona, España, 2008.

## **LEGISLACIÓN**

### **El Salvador**

Código De Familia, (El Salvador, Decreto Número 677, D.O. N° 231, Tomo N° 321, Publicado el 13 de mayo de 1993)

Código Civil (El Salvador 1860 decreto ejecutivo del 23 de agosto de 1859)

Constitución de la República de El Salvador, (Decreto No 38, D.O No 234, Tomo 281, 16 de diciembre de 1983, Asamblea Legislativa).

Convención Americana de los Derechos Humanos, (Ratificada por Decreto Legislativo Número 5, del 15 de Junio de 1978, publicado en el Diario Oficial Número 113, Tomo 259 del 19 de Julio de 1978, suscrito en San José Costa Rica, el 22 de Noviembre de 1969 en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, OEA).

Convención sobre los Derechos del Niño, (Ratificado por Decreto Legislativo Número 487, del 26 de Abril de 1990, publicado en el Diario Oficial Número 108, Tomo 307 del 09 de Mayo de 1990).

Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, (El Salvador, Decreto Legislativo No. 839 del 26 de marzo de 2009, publicada en el D.O. No. 68, de fecha 16 de abril de 2009).

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, (Ratificado por Decreto Legislativo Número 721, del 18 de Junio de 2011, publicado en el Diario Oficial Número 108, Tomo 391 del 10 de Julio de 2011).

Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, (publicado en el Diario Oficial Número 218, Tomo 265 del 23 de noviembre de 1979, Decreto Legislativo de la Junta Revolucionaria de Gobierno del 23 de noviembre de 1979. Ratificación y Adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 del 16 de Diciembre de 1966).

## **Extranjera**

## **Uruguay**

Ley Nº 19.167. Técnicas De Reproducción Humana Asistida, Publicada en: D.O. 29, Montevideo, Uruguay, noviembre de 2013.

## **España**

Ley 35/1988 de 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Asistida, Publicado en: BOE núm. 282, de 24 de noviembre de 1988, Referencia: BOE-A-1988-27108.

Ley 45/2003 de 21 de noviembre, por la que se modifica la Ley 35/1988 de 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Asistida, Publicado en: BOE núm. 280, de 22 de noviembre de 2003, Referencia: BOE-A-2003-21341.

Ley 14/2006 de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida, Publicado en: BOE núm. 126, de 27 de mayo de 2006, Referencia: BOE-A-2006-9292.

Ley 13/2005, de 1 de julio 2005, por la que se modifica el código civil en materia de contraer matrimonio, Publicado en: BOE, núm. 157, 2 de julio 2005, Referencia: BOE-A-2005-11364.

## **Argentina**

La Ley 26.862, Ley de Reproducción Medicamente Asistida, (Boletín Oficial: 26 de junio de 2013, Buenos Aries, Argentina, 5 de junio de 2013).

Ley 26.742: (sancionada el 9 de mayo de 2012, promulgada el 24 de mayo de 2012 y promulgada en el Boletín Oficial el 24 de mayo de 2012).

## **México**

Código Civil para el Distrito Federal, (Publicado en el Diario Oficial de la Federación el 26 de mayo de 1928).

## **JURISPRUDENCIA**

### **El Salvador**

Cámara de lo Civil De la Primera Sección de Occidente de Santa Ana, *Sentencia de Apelación, Referencia: INC 74-3*, (El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2013).

Cámara de lo Civil De la Tercera Sección del Centro de San Salvador, *Sentencia de Apelación, Referencia: 190-DD-12*, (El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2012).

Sala de lo Constitucional, *Sentencia de Inconstitucionalidad, Referencia 22-2011*, (El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2017).

Sala de lo Civil, *Sentencia de Casación, Referencia: 1055 Ca. Fam. S.S.*, (El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2003).

### **Extranjera**

Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Artavia Murillo y otros (“Fecundación in Vitro”) vs. Costa Rica*, Sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, Ser. C Nº 257, Nov. 28, 2012.

Sala Segunda de Revisión de la Corte Constitucional, *Sentencia de Revisión*, Referencia: T-968/09, M.P. María Victoria Calle (Colombia, Corte Constitucional, 2009)

## REVISTAS

Álvarez Díaz, Jorge Alberto, *“Historia Contemporánea: las Técnicas Complejas de Reproducción Asistida, Ginecología y Obstetricia de México”*. Volumen 75, Nº 5, (2007)

Arámbula Reyes, Alma: *“Maternidad Subrogada”*, Centro de Documentación, Información y Análisis, México D.F, (2008)

Barber Cárcamo, Roncesvalles, *“Reproducción asistida y determinación de la filiación”*. Revista electrónica del Departamento de Derecho de la Universidad de La Rioja REDUR 8, diciembre (2010).

Casas Jiménez, Diego Fernando et al., *“Análisis a partir del Derecho Comparado, Normativa Vigente de España, Doctrina y Proyectos de Ley en Argentina de la Situación Jurídica del Estado Civil y los Efectos Patrimoniales del hijo producto de inseminación artificial post mortem en Colombia”*. Revista Jurídica, Colombia, (2007).

Farnós Amorós, Esther, *“Inscripción en España de la Filiación Derivada del Acceso a la Maternidad Subrogada en California”*. Revista para el Análisis del Derecho, Barcelona, Diciembre (2010).

Garzón Jiménez Roberto, *“Reproducción Asistida”*. Revista Jurídica del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, (2007).

Glasi, Gastón Federico, “¿Cuál es el Estatus Jurídico del Embrión Humano?”. Estudio Multidisciplinario, publicado en Revista Persona, Derecho y Libertad, Editorial Montivesa, Perú, (2009).

Hernández Ramírez, Adriana y Santiago Figueroa, José Luis, “Ley de Maternidad Subrogada del Distrito Federal”. Boletín mexicano de Derecho Comparado, nueva serie, año XLIV, núm. 132, septiembre-diciembre de (2011).

Keane, Breo, “*The Surrogate Mother*”, Everest House Publishers, New York, (1981).

Krasnow, Adriana Noemí, “*La Filiación y sus Fuentes en el Proyecto de Reforma del Código Civil y Comercial 2012 en Argentina*”. Revista para el Análisis del Derecho, Barcelona, Enero (2014).

Kuyumjian de Williams, Patricia, “*Estatuto Jurídico del Embrión en la Argentina*”. IIº Jornadas de Bioética para Sacerdotes 20 de octubre (2004).

Martínez Martínez, Verónica Lidia, “*Maternidad subrogada. Una mirada a su regulación en México*”. en Dikaion, (2015).

Rodríguez Young, Camilo y Martínez Muñoz, Karol Ximena, “*El Contrato de Maternidad Subrogada: La Experiencia Estadounidense*”. Revista de Derecho (Valdivia), Vol. XXV - N° 2 – Diciembre (2012).

Suarez Parada, Ana Lucia, “*Reproducción Humana Asistida Y Filiación En El Derecho de Familia Colombiano*”. Revista Virtual Vía Inveniendi Et Iudicandi, Colombia (2008).

Tamayo Haya, Silvia, "*Hacia un nuevo modelo de filiación basado en la voluntad en las sociedades contemporáneas*". *Revista de Universidad Cantabria*, (2013).

Vásquez, Rodolfo, "*Ética, Derecho y Fecundación*". *Revista Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, No.19. Alicante, Universidad de Alicante, (1993).

## **DICCIONARIOS**

Pérez Porto, Julián y Gardey, Ana, *Diccionario y definiciones*. Publicado: 2009. Actualizado: 2009.