

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



**“LA PROTECCIÓN DEL DERECHO A LA FILIACIÓN POR PARTE DEL
ESTADO SALVADOREÑO, DEL NIÑO, NIÑA Y ADOLESCENTE,
CONCEBIDO COMO PRODUCTO DE LAS TECNICAS DE
REPRODUCCION HUMANA ASISTIDA”**

**TRABAJO DE GRADO PARA OBTENER EL GRADO DE LICENCIADOS
EN CIENCIAS JURÍDICAS**

PRESENTADO POR:

RIVERA MELÉNDEZ, MILTON VLADIMIR (RM11085)

ORTIZ JOAQUÍN, CARLOS JOSÉ (OJ09001)

RUMALDO ROSALES, KATHERINNE VANESSA (RR10030)

DOCENTE ASESOR

DRA. SANDRA CAROLINA RENDON RIVERA

CIUDAD UNIVERSITARIA, SAN SALVADOR, JULIO 2018

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR

Maestro Roger Armando Arias Alvarado

RECTOR

Dr. Manuel de Jesús Joya Abrego

VICERRECTOR ACADÉMICO

Ing. Nelson Bernabé Granados Arévalo

VICERRECTOR ADMINISTRATIVO

Lic. Cristóbal Hernán Ríos Benítez

SECRETARIO GENERAL

Lic. Rafael Humberto Peña Marín

FISCAL GENERAL

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES

Dra. Evelyn Beatriz Farfán Mata

DECANA

Dr. José Nicolás Ascencio Hernández

VICEDECANO

Msc. Juan José Castro Galdámez

SECRETARIO

Lic. René Mauricio Mejía Méndez

DIRECTOR DE ESCUELA DE CIENCIAS JURÍDICAS

Licda. Digna Reina Contreras de Cornejo

DIRECTOR DE PROCESOS DE GRADUACIÓN

Licda. María Magdalena Morales

**COORDINADORA DE PROCESO DE GRADUACIÓN DE LA ESCUELA DE
CIENCIAS JURÍDICAS**

TRIBUNAL CALIFICADOR
MSC. DIANA DEL CARMEN MERINO DE SORTO
(PRESIDENTE)

MSC. BICMAR ALEJANDRO CUBIAS RAMÍREZ
(SECRETARIO)

DRA. SANDRA CAROLINA RENDÓN RIVERA
(VOCAL)

INDICE

RESUMEN.....	i
ABREVIATURAS.....	ii
SIGLAS.....	iii
INTRODUCCIÓN.....	iv
CAPÍTULO I	
LA FILIACIÓN Y TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA	
ASISTIDA, EVOLUCIÓN Y AVANCES.....	1
1.0 Generalidades.....	1
1.1 Evolución Historica de la Filiación.....	4
1.1.1 Edad Antigua	4
1.1.2 Epoca Medieval	8
1.1.3 Epoca Comtemporanea	9
1.1.4 Epoca Moderna.....	10
1.1.5 El Salvador	13
1.2.Evolución Historica de las Tecnicas de Reproducción Humana	
Asistida.	17
1.2.1 Epoca Antigua.....	17
1.2.2 Grecia y Roma	17
1.2.3 Epoca Medieval	18
1.2.4 Epoca Comtemporanea	21
1.3. Avances en el régimen jurídico que regula las Técnicas de	
Reproducción Asistida	27

CAPÍTULO II

PROTECCIÓN DEL DERECHO A LA FILIACIÓN DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES PRODUCTO DE LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA, POR PARTE DEL ESTADO SALVADOREÑO.....	30
2.1 Constitución de la Republica de El Salvador.....	30
2.2 Tratados internacionales.....	36
2.2.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos.....	37
2.2.2 Pacto Internacional de Derechos Económicos, sociales y culturales....	37
2.2.3 Convención sobre los Derechos del Niño.....,	39
2.3. Legislación secundaria.....	41
2.3.1 Código de Familia.....	41
2.3.2 Ley Procesal de Familia.....	48
2.3.3 Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia (LEPINA).....	50
2.3.4 Código Penal.....	53
2.3.5 Código de Salud.....	54
2.4. Políticas orientadas a la protección del derecho a la filiación.....	57
2. 5. Programas orientados a la protección de la filiación.....	58

CAPÍTULO III

LA VULNERACIÓN POR PARTE DEL ESTADO SALVADOREÑO AL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO Y ADOLESCENTE CONCEBIDO COMO PRODUCTO DE LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA.....	60
3.1. Protección del Estado.....	60
3.1.1 Doctrina de la protección integral de la niñez.....	63
3.1.2 El interés superior del niño.	66
3.1.3 Vulneración por parte del Estado salvadoreño.....	68

3.2. La filiación.....	72
3.2.1 Definición de filiación.	72
3.2.2. Características.....	78
3.2.3 Clasificación de la filiación.....	79
3.2.3.1 Filiación consanguínea.....	80
3.2.3.2 Filiación Adoptiva.	81
3.2.4 Clasificación de la filiación en El Salvador.....	82
3.3. Las técnicas de reproducción humana asistida.....	83
3.3.1 Clasificación.....	84
3.3.1.1. Inseminación artificial.	85
3.3.1.1.2 Clases de inseminación artificial.	85
3.3.1.2 Fecundación in vitro.	88
3.3.1.2.1 Clases de fecundación in vitro.....	89
3.3.1.3 Maternidad Subrogada.....	90
3.3.1.3.1 Características del contrato de Subrogación.....	92
3.3.1.3.2 Clases de maternidad subrogada.	92

CAPÍTULO IV

LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL EN MATERIA DEL DERECHO A LA FILIACIÓN DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES PRODUCTO DE LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA.....94

4.1. Filiación por Técnicas de Reproducción Humana Asistida.....	96
4.1.1 La Filiación por Técnicas de Reproducción Humana Asistida en el Marco comparado Europeo.....	96
4.1.2 La Filiación por Técnicas de Reproducción Humana Asistida en el Marco comparado norteamericano.....	99

4.1.3 La Filiación por Técnicas de Reproducción Humana Asistida en el Marco legal comparado latinoamericano.....	100
4.2.Regulación de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida.....	106
4.2.1 Marco legal europeo.....	106
4.2.2 Marco legal norteamericano.....	109
4.2.3 Marco legal latinoamericano.....	112
4.3. Otras instituciones jurídicas que derivan de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida.....	116
4.3.1 Paternidad y Verdad Biológica.....	117
4.3.2 Voluntad Procreacional y Maternidad.....	121

CAPÍTULO V

CRITERIOS PARA LA FORMULACIÓN DE MECANISMOS DIRIGIDOS A LA PROTECCIÓN DEL DERECHO A LA FILIACIÓN POR PARTE DEL ESTADO SALVADOREÑO, DEL NIÑO, NIÑA Y ADOLESCENTE, CONCEBIDO COMO PRODUCTO DE LAS TECNICAS DE REPRODUCCION HUMANA ASISTIDA.....	125
5.1 Generalidades.....	125
5.1.1 Objetivo.....	125
5.1.2Hipótesis.....	126
5.1.3 Metodología.....	126
5.2 Análisis de las encuestas.....	127
5.3 Resultados de las entrevistas.....	137
5.4 Análisis de las entrevistas.	142
5.4.1 Análisis Entrevista especial.....	145
CONCLUSIONES.....	147
RECOMENDACIONES.....	150
BIBLIOGRAFIA.....	157

RESUMEN

En el capítulo uno se aborda de una manera generalizada tanto la filiación como las técnicas de reproducción humana asistida, es así que se determinará como se ha venido desarrollando la filiación a través de la historia de una manera generalizada a través de la historia y con los Estados que dieron sus aportes más importantes para el desarrollo de la misma.

En el capítulo dos se detallará la protección del derecho a la filiación por parte del Estado Salvadoreño de los niños, niñas y adolescentes concebidos como producto de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida.

En el capítulo tres se observará como El Salvador ha suscrito marcos legales apegados a la protección de los niños, niñas y adolescentes concebidos como producto de la Técnicas de Reproducción Humana Asistida y como este (El Salvador), ha vulnerado el derecho del mismo; dentro de lo cual se determinará doctrina integral en búsqueda de la protección de los mismos.

En el capítulo cuatro se analizará como el Derecho internacional está regulando la filiación por derivación de Técnicas de Reproducción Humana Asistida y como el Derecho se ve en la necesidad de evolucionar junto con la tecnología; es así que se estudiarán las leyes Europeas, Norteamérica y Latinoamericanas.

En el capítulo cinco se detallará la información de campo en la cual se formulará criterios para la formulación de mecanismos dirigidos a la protección del derecho a la filiación por parte del estado salvadoreño, del niño, niña y adolescente, concebido como producto de las Técnicas de Reproducción humana asistida.

ABREVIATURAS

Art.	Artículo
Cn.	Constitución de El Salvador
CP.	Código Penal
CS.	Código de Salud
D.O.	Diario Oficial
D.L.	Decreto Legislativo
Et. Al.	Otros
Etc.	Etcétera.
FIV.	Fecundación in vitro
Inc.	Inciso.
Ord.	Ordinal.

SIGLAS

CNJ	Consejo Nacional de la Judicatura
CONNA	Consejo Nacional de la Niñez y de la Adolescencia
CSJ	Corte Suprema de Justicia
CSS	Consejo Superior de Salud
ISNA	Instituto Salvadoreño para el Desarrollo Integral de la Niñez y Adolescencia
LEPINA	Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia
ONU	Organización de las Naciones Unidas
PDDH	Procuraduría para la defensa de los derechos humanos
PNPNA	Política Nacional de Protección Integral de la Niñez y
TRHA	Técnicas de Reproducción Humana Asistida de la Adolescencia

INTRODUCCIÓN

La presente investigación constituye un análisis del derecho a la Filiación de la que gozan los niños, niñas y adolescentes que son productos de las Técnicas de Reproducción Asistida, visto desde la perspectiva y el régimen de protección que el Estado de la Republica de El Salvador brinda a través de su ordenamiento legal, instituciones y mecanismos; esta investigación se hace con el objetivo de describir las distintas formas en que el Estado salvadoreño vulnera el derecho a la filiación de estas personas.

El derecho como sistema de normas que regulan las relaciones jurídicas de las personas, debe evitar en lo posible, abstenerse de regular situaciones que conlleven a garantizar derechos fundamentales como lo es el Derecho a la Filiación, al contrario, debe armonizarse y sistematizarse todas aquellas situaciones que los avances científicos brindan, y los mismos desencadenan un sinfín de consecuencias jurídicas.

Para el desarrollo del trabajo se analizan los múltiples cambios que el tema ha experimentado desde sus orígenes y a lo largo de su evolución histórica, desde el punto de vista científico y jurídico. Para que el lector se provea de información necesaria sobre el tema se abordan los conceptos doctrinarios clave de la investigación, como por ejemplo la definición de Técnicas de Reproducción Asistida, su ámbito de aplicación, definiciones dogmáticas de la filiación, etc.

En ese orden de ideas, se analiza el ámbito jurídico aplicable a las Técnicas de Reproducción Asistida en nuestro país, analizando detenidamente la Constitución de La Republica, Tratados Internacionales, Pactos y Convenciones, para finalmente llegar a las leyes secundarias como

nuestro Código de Familia y su Ley Procesal, LEPINA, etc. Además de incluir las políticas orientadas a la protección del derecho a la filiación de los niños, niñas y adolescentes.

Sumado a lo anterior, se muestra el desarrollo y avance que ha tenido la regulación de las técnicas de Reproducción Asistida a nivel mundial y como derecho comparado, donde lo hemos dividido para comprensión del lector en tres marcos: Marco Europeo, Marco Norteamericano y Marco Latinoamericano, para finalmente desembocar en el tratamiento de la temática en la Republica de El Salvador.

Para finalizar la investigación, se consigna un capítulo investigativo de campo en donde buscamos reforzar y fundamentar el carácter teórico de nuestra investigación, esto mediante entrevistas realizadas a autoridades como representantes de la Procuraduría para la defensa de los derechos humanos (PDDH), Consejo Nacional de la niñez y la adolescencia y Jueces de la materia; además para la realización de encuestas se contará con la población consistente en abogados de la Republica de El Salvador, que sean litigantes en el ejercicio de la libre profesión, secretarios de juzgados, procuradores adjuntos, defensores públicos en área de familia entre otros. La muestra utilizada será de cincuenta abogados de la Republica de El Salvador. Finalmente, se plasma una serie de conclusiones y recomendaciones dirigidas a las instituciones eventualmente participes en el proceso de legislación sobre la protección del derecho de filiación de los niños, niñas y adolescentes productos de las técnicas de Reproducción Asistida, con el único objetivo de concederle y ofrecerle al lector una vasta y completa investigación que posterior a su lectura le permita tener al menos una opinión o criterio sobre la vulneración que el Estado de la República de El Salvador comete al no legislar.

CAPITULO I

LA FILIACIÓN Y TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA, EVOLUCIÓN Y AVANCES

El propósito del presente capítulo es ubicar históricamente la importancia de la institución familiar tradicional de la filiación a través de todo su desarrollo cronológico, pero analizado desde la perspectiva de las técnicas de reproducción asistida como principal exponente de modificación, señalando para ello los cambios que dicha temática ha provocado en la época antigua, edad media y la época contemporánea; finalmente se consigna en la investigación del presente capítulo los avances que se han obtenido en el régimen que regula dichas técnicas.

1.0 Generalidades

No se puede comenzar este trabajo sin dejar de advertir que el estatus del embrión humano in vitro es una cuestión controvertida. No es una exageración decir que probablemente nunca habrá acuerdo entre las personas sobre cuando comienza la persona humana, con la gama de posibilidades que van desde la fecundación hasta el nacimiento¹. Desde el inicio de la naturaleza se concibe siempre la reproducción, estos fueron temas que inquietaron al hombre en todas las civilizaciones, en el sentido que la procreación es un proceso ligado a la naturaleza y por ende la fertilidad² porque el hombre es probablemente el único ser con conciencia

¹ Consejo Nacional de la Judicatura, "Fecundación In Vitro", *Ventana Jurídica*, n. 12 (2014): 157.

² Beatriz Boza Dibos. "Los adelantos de la ciencia y la permeabilidad del Derecho. Reflexiones en torno a la reproducción humana asistida" *Revista de la Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica del Perú*, n. 45(1991): 72", nos dice al respecto: "La supervivencia de nuestra especie sobre la faz de la tierra está íntimamente ligada a la procreación de nuevas generaciones. La reproducción de la especie humana es vital en todo orden social.

de poseer una existencia que se inicia en un momento determinado y que está irremediablemente limitada por la muerte, entonces tiene conciencia de que su única posibilidad de proyectarse más allá de su propia realidad, es a través de la reproducción³.

Toda persona por naturaleza nace, crece, se desarrolla y muere; esta persona se socializa y convive dentro de una familia, es por ello que la persona es producto biológico de la concepción, los progenitores de sexos complementarios que lo han engendrado, proporcionándole mediante esa unión, una carga específica de genes que intervienen en su formación como individuo singular y que permiten la perpetuidad, o al menos la continuidad de los caracteres derivados de su tronco común genético; el acto de la procreación se da socialmente dentro de un marco establecido modernamente por el hombre y la mujer, en un estado de derecho y en instituciones familiares tales como: El matrimonio, la unión no matrimonial o de hecho, aunque en la realidad la procreación es un acto que no necesariamente se materializa en dicho vínculo legal, sino que puede darse en uniones libres de pareja estables o no, o bien por contacto sexuales de tipo casual. La filiación es una institución familiar fundamental que afecta a las personas en sus raíces más íntimas, es decir; en su intimidad, personalidad, dignidad entre otros.

Su determinación legal opera, en el ámbito del derecho de familia, como una cuestión previa con una influencia directa y decisiva sobre otros muchos problemas familiares, como regímenes de apellidos,

³ Jorge Cofre Sirvent, "Reproducción asistida y Constitución". En: Teoría y Realidad Constitucional (Nº 7, editorial UNED, México, 2001), 344, explica que las practicas ligadas a las tecnologías de la reproducción asistida constituyen "la última expresión de la vieja tentativa de obtener vado a la mujer".

nacionalidad, entre otros; ya que esto conlleva a sucesiones, cuota de alimentos, etc.

A lo largo de la historia, el derecho se ha ocupado de regular las relaciones entre progenitores⁴ de la generación humana, al contenido de los conocimientos proporcionados por la biología.

Superadas las etapas primitivas donde se ignoraba la función que cumplía el hombre en la reproducción y solo se tenía como relevante de manera jurídica el vínculo de la maternidad, se llegó a la época del derecho romano, el cual sentó las bases jurídicas de la filiación⁵.

El cuestionamiento de la filiación se ocupó de los problemas derivados de la reproducción humana, y de las relaciones existentes entre reproductores y reproducidos al otorgar relevancia al coito, entendido este “*como la introducción del pene en la vagina, o de la recepción del pene por parte de esta*”⁶, ya que, esa era la vía natural, normal, y hasta hace unas décadas, la única forma de inseminar o fecundar el óvulo de la mujer.

Los principales problemas que se presentaban en la determinación de la filiación, tenían su origen en el secretismo de las relaciones sexuales causantes del nacimiento, y en la dificultad para determinar la relación

⁴ Según la Real Academia Española, progenitor: es el ser vivo que origina a otro, en este caso el padre y la madre.

⁵ Margarita de Jesús Gonzales Morales y Maryluz Vanessa Rodríguez Jovel, “Fecundación In Vitro. Límites, Alcances Y Consecuencias Jurídicas”, (Tesis para optar al grado de Licenciatura en Ciencias Jurídicas, Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales, Universidad de El Salvador, San Salvador, El Salvador, 2013), 70.

⁶ Wolf Eicher. *Sexualidad normal y patológica de la mujer*, (Madrid: Editorial Morata, 1978), 49.

concreta que da origen a la gestación y al nacimiento correspondiente. Esta situación justificó el juego de presunciones, restricciones probatorias y otros formalismos jurídicos que han formado parte del derecho de filiación.

A medida que ciertas pruebas biológicas pudieron determinar, con precisión creciente, quién era el hombre causante del embarazo, se dieron cambios en la normativa sobre filiación y sus principios formadores; pero siempre había un elemento común: La necesidad de las relaciones sexuales para la procreación; sobre esta base el derecho romano hasta tiempos recientes ha elaborado esa categoría social, cultural y también jurídica que se conoce con el nombre de filiación y los conceptos de paternidad y maternidad.⁷

De conformidad con lo anterior, se debe ahondar en el análisis histórico para comprender las instituciones que se han desarrollado a través de la historia, y como el Estado en su totalidad ha desempeñado el papel más importante, y es el de garantizar la seguridad jurídica de los sujetos de derecho.

1. 1 Evolución Histórica de la Filiación

1.1.1 Edad antigua

El grupo familiar no solo se asentaba sobre las relaciones individuales, sino; que la relación sexual existía entre todos los hombres y mujeres que integraban una tribu; en consecuencia, se sabía quién era la madre del niño, mas no quién era el padre; esto permite afirmar que en sus

⁷ González, Fecundación In Vitro, 71.

orígenes más remotos, *“la familia tenía un carácter matriarcal, siendo que el hijo solo conocía a la madre, al ser ella quien le alimentaba y criaba”*⁸.

Otro aspecto que existió fue *“la promiscuidad, la cual impidió determinar la paternidad”*⁹. En los matrimonios por raptó, la paternidad se encontraba ya definida, debido a la unión monogámica, lo mismo sucedía en el matrimonio por compra.

La monogamia parece ser la forma más extendida y más usual de la creación de la familia entre la mayor parte de los pueblos.

a) Babilonia

Se permitía que se reconociera a los hijos que un hombre casado había engendrado con su esclava, y tenían derecho a heredar. Si no se le reconocían, perdían el derecho económico, pero la madre y el hijo tenían derecho a la libertad. La filiación respecto de la madre estaba fuera de discusión, siendo previsores de la máxima romana *“mater semper certa est”* o *“la madre es siempre conocida”*¹⁰, es decir, que la relación madre e hijo está directa, inmediata y de fácil determinación, tanto biológica como jurídica, ya que viene de un hecho que le es común y próximo en el tiempo: la gestación y el parto.

En cambio la relación padre e hijo, es indirecta, mediata y conocida por la madre, con quien el progenitor ha tenido la relación sexual de la que

⁸ Ricardo Sánchez Márquez, *Derecho Civil*, 2da. Edición, (México: Editorial Porrúa, 1998), 421.

⁹ *Ibíd.* 422.

¹⁰ Gonzáles, *Fecundación In Vitro*, 73.

ha nacido el hijo, solo por medio de ella puede quedar determinada la paternidad¹¹.

b) Grecia

Los hijos extramatrimoniales fueron excluidos de la comunidad social y no se les permitía casarse con ciudadanos, así también les era prohibido tener derecho a la sucesión, negándoles además a formar parte de los sacrificios¹². Los hijos eran considerados adulterinos o conocidos comúnmente como bastardos, por ser concebidos fuera del matrimonio y por tanto carecían de derechos legales y hereditarios, no eran reconocidos como hijos legítimos sino como hijos naturales¹³.

Los griegos pensaban que la buena salud era la clave para la fecundidad y que la alimentación a base de frutos secos, legumbres y cereales propiciaba la gestación, recomendaban también el uso de afrodisíacos, en cuya composición entraban ingredientes como trompa de elefante, pulmones de buitre o pelos de rabo de mula.

Así, también, la escuela hipocrática y sus tratados médicos daban soluciones también a otros aspectos de la ginecología, por ejemplo la técnica más empleada por la obstetricia griega para el tratamiento de los partos difíciles o complicados era la sucesión; este método consistía sencillamente en agitar enérgicamente a la mujer que estaba dando a luz¹⁴.

¹¹ Francisco Rivero Hernández, “¿Mater Semper certa est? Problemas de la determinación de la maternidad en el ordenamiento español”, . *Anuario de Derecho Civil*, Vol. 1, n. 50 (1997): 6.

¹² Gonzáles, Fecundación In Vitro, 74.

¹³ Esperanza Lucia Álvarez Mendoza. “Normas y reconocimientos jurisprudenciales en la relación de pareja en unión de hecho”. *Saber, ciencia y libertad* (Volumen 6, 2011), 62.

¹⁴ Paco Guijarro, “Reproducción asistida”, *La revista y comunidad líder en reproducción asistida* (Barcelona , 2015), <https://www.reproduccionasistida.org/reproduccion-y-fertilidad-en-el-renacimiento/>

c) Roma

Según la historia del derecho romano, la familia comprendía al padre de familia como el jefe de familia, y sus descendientes estaban sometidos a su autoridad parental absoluta, al igual que la mujer de éste; por lo tanto, la constitución de la familia romana era caracterizada por rasgos dominantes del régimen patriarcal, o dominio del padre o del abuelo paterno; la familia se componía de "cognados", que era un conjunto de personas unidas entre ellas por el parentesco civil, sobresaliendo el "sui juris", entendiéndose este, por personas con autoridad sobre sí mismas y sobre su grupo.¹⁵

Los hijos legítimos estaban bajo la autoridad de su padre o abuelo paterno, al formar parte de la familia civil del padre, a título de "cognados"; en cambio, entre los hijos y la madre solo existía un lazo de parentesco natural de cognación, en primer grado; pero si los hijos nacían "sui juris", eran tratados como un caso accidental entre hombre y mujer, y no tenían un padre cierto, llamándoseles "spurii" o "vulgo concepti", ya que los hijos estaban ligados sólo a la madre y a los familiares maternos, por cognación. De esta forma, los romanos dejaban desprotegidos a los hijos nacidos de una relación extramatrimonial y la paternidad era incierta.¹⁶

Con la palabra *pater* los romanos designaban al progenitor y algunas veces consideraban a los precedentes y ascendentes, así tenemos a Juliano que en Digesto (D.) 50/16/201 nos señala: "Se ha de admitir por justa interpretación, que en la denominación de "hijo", así como respondimos muchas veces que está contenida la de hija de familia, se considera que

¹⁵ Gonzáles, Fecundación In Vitro, 74-75.

¹⁶ Ibid. 75.

también está comprendido el nieto; y entiéndase que con el nombre de “padre” se designa también al abuelo: *lusta interpretatione recipiendum est, ut appellatione filii, sicuti filiam familia contineri saepe respondimus, ita et nepos videatur comprehendi, et patris nomine avus quique demonstrari intellegatur.*¹⁷

1.1.2 Época medieval

En el derecho español, las Siete Partidas¹⁸, era el cuerpo normativo redactado en Castilla entre los años de 1252 a 1284, establecía no obligar a los padres a proporcionar alimentos, pero tampoco se les prohibía, esto era más por consideraciones de piedad.

La obligación de proporcionar alimentos recaía en la madre; además, se negaba el derecho de suceder respecto al padre, pero no respecto a la madre¹⁹. La sociedad de la baja edad media, es decir la sociedad de los primeros años de esta época, era jerárquica y el modelo de paternidad dependía de la clase social. El destino del niño dependía de su padre²⁰.

En esta época, la paternidad era un efecto de la ley y que determinaba por el solo hecho de que la mujer con que el hombre estuviese casado diera a luz un hijo.

¹⁷ Joaquín Alvarado Ch, “La Filiación en el Derecho Romano, Definición y Alcance del Término” *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas Universidad de Carabobo*, n. 5, (2009): 68.

¹⁸ Las Siete Partidas (o simplemente Partidas) es un cuerpo normativo redactado en la Corona de Castilla, durante el reinado de Alfonso X (1252-1284), con el objetivo de conseguir una cierta uniformidad jurídica. Su nombre original era el Libro de las Leyes.

¹⁹ Eugene Petit, *Tratado elemental de Derecho Romano*, 9na. Edición (México: Editorial Época S.A., 1979), 96.

²⁰ Yvonne Knibiehler, *Le rôle des pères à travers l'histoire. Crítica francesa de asuntos sociales*, año 42, noviembre de 1988. (Editado por el Ministerio de trabajo de Francia, 2007). I.S.S.N.00352985.

El padre le transmitía a su hijo un doble patrimonio: El patrimonio de la sangre y el patrimonio del nombre, que le asignaba una identidad en ausencia de toda prueba biológica. La transmisión del nombre del padre tenía diferentes modalidades: se transmitía el apellido y además se le daba al primogénito el mismo nombre que tenía su padre o su abuelo o su padrino²¹. Los padres no solo tenían el poder de reconocer a sus hijos, sino, lo más importante, el poder de no reconocerlos²².

1.1.3 Época contemporánea

Durante la revolución francesa, se estableció la igualdad entre hijos legítimos y naturales (ilegítimos), en la “declaración de los derechos del hombre y del ciudadano”²³ el 26 de agosto de 1789, en su artículo primero enuncia lo siguiente: *Los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos...*²⁴ dando esto como consecuencia a que los hijos legítimos y naturales tenían iguales derechos, no así los hijos adulterinos, los sacrílegos y a los incestuosos. La subordinación de los hijos ya tenía límites.

El Código Civil francés de 1804 o conocido como el Código de Napoleón restableció la desigualdad de los hijos, pero sin llegar al extremo del rigor anterior²⁵, en los artículos 331 al 342, habla sobre la legitimación y reconocimiento de los hijos naturales y establecía que los hijos naturales no

²¹ Elisabeth Roudinesco, *La familia en desorden* (Buenos Aires: Editorial Fondo de Cultura Económica, 2007), 22.

²² Michel Tort, *Fin del dogma paterno* (Buenos Aires: Editorial Paidós Ibérica, 2008), 100.

²³ Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 adoptada por la Asamblea Constituyente francesa del 20 al 26 de agosto de 1789, aceptada por el Rey de Francia el día 5 de octubre de 1789.

²⁴ Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano art. 1. Los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos. (*Las distinciones sociales sólo pueden basarse en la utilidad común*).

²⁵ Gonzáles, Fecundación In Vitro, 78.

podían exigir o reclamar derechos de los hijos legítimos²⁶. Además en el artículo 340 se prohíbe la indagación de la paternidad, esta prohibición se justificaba por diversas razones, entre ellas podemos mencionar que así se prevenían escándalos, se protegía a las familias y sobre todo por la imposibilidad de llegar a una demostración directa de la paternidad.²⁷

1.1.4 Época moderna

A partir de 1990²⁸ la evolución tecnológica comienza a abrir las innovaciones tecnológicas para hacer más factibles la aplicación de las mismas hacia las mujeres actuales. Es así que se desglosa a partir de este momento de dos ramas científicas: por un lado, las técnicas de reproducción asistida (TRA), y por otro, la biología molecular, para dar lugar a una excitante y pionera área biomédica: el diagnóstico genético pre implantación²⁹ (DGP).

Es así que para dicho momento de la época de 1990 se unieron dos ramas científicas las cuales son: La tecnología utilizada en las (técnicas de

²⁶ El Código Civil francés (llamado Código de Napoleón o Código Napoleónico) es uno de los más conocidos códigos civiles del mundo. Denominación oficial que en 1807 se dio hasta entonces llamado Código Civil de los franceses, aprobado por la Ley del 21 de marzo de 1804 y todavía en vigor, aunque con numerosas e importantes reformas. Creado por una comisión a la que le fue encomendada la recopilación de la tradición jurídica francesa, dio como resultado la promulgación del *Code civil des Français* el 21 de marzo de 1804, durante el gobierno de Napoleón Bonaparte. [http://fama2.us.es/fde/Código Napoleón](http://fama2.us.es/fde/Código%20Napoleón).

²⁷ María Encarnación Serna Meroño, *La reforma de la filiación* (Madrid: Editorial Montecorvo, 1985), 62-63.

²⁸ Historia de la infertilidad, La primera unidad de reproducción humana de Venezuela. Fetilab, fundada en 1974. En ese año se logró el primer embarazo en humanos tras biopsia embrionaria pre implantación para determinar el sexo de embriones con riesgo de padecer enfermedades ligadas al sexo.

²⁹ El diagnóstico genético preimplantacional, DGP o PGD de sus siglas en inglés, es en una técnica de prevención que se utiliza en reproducción asistida con la finalidad de detectar anomalías genéticas en los embriones. El primer paso es realizar un ciclo de ICSI para posteriormente hacer un estudio genético de los embriones y poder seleccionar así aquellos que sean genéticamente normales para transferirlos al útero.

reproducción asistida) es la misma que se emplea en la transferencia citoplasmática en humanos, la transferencia nuclear (clonación) en animales, o para conseguir embriones en fase de blastocito y obtener de su masa celular interna células madre embrionarias, y establecer líneas celulares. Uniendo las dos últimas tecnologías se podría llegar a la clonación terapéutica, en la cual embriones clonados serán la fuente de las células madre embrionarias, para la regeneración de distintos tipos celulares y/o tisulares del mismo individuo.

Los avances de esta ciencia han sido tan asombrosos que se ha tenido que redefinir una serie de conceptos médicos y darle una nueva nomenclatura a procedimientos que se han desarrollado de manera vertiginosa, para dar cabida a la gran cantidad de técnicas que se engloban bajo la denominación (técnicas de reproducción asistida).

Con ellas, es posible tener hijos sin relaciones sexuales de un padre sin espermatozoides y de una madre sin útero, ovarios, y aun durante la menopausia. Se ha tenido que redefinir el concepto de porqué, como consecuencia de estos avances, existen las siguientes alternativas:

- a) Madre biológica, la que lleva el embarazo.
- b) Madre genética, la que aporta los óvulos.
- c) Madre social, la que cría al niño.
- d) Padre genético, el que aporta los espermatozoides.
- e) Padre social, el que cría al niño.

En su condición más extrema, un niño moderno puede tener 3 madres y 2 padres, cuando se presenta el caso de una pareja infértil que desea un hijo y utiliza los óvulos de una donante (madre genética), que se unen con el

semen de un donante (padre genético) y los embriones que se obtienen son transferidos al útero de una mujer que va a tener al niño (madre biológica).

El producto de esa gestación es entregado a los padres, que contrataron los servicios y que van a criar al niño (madre social y padre social).

Las implicaciones legales, éticas, morales y religiosas de esta revolución son muy complejas, aun en países desarrollados³⁰, donde las leyes se mantienen al día con la evolución de la ciencia, se han presentado problemas para adaptarse a estos cambios, con muchos conflictos legales de maternidad y paternidad.

1.1.5 El Salvador

En el Código Civil vigente desde 1860, y derogado en 1911, publicado 1 de mayo, entrando en vigencia y decretado el 23 de agosto. La paternidad era determinada mediante la presunción "juris tantum" de la concepción dentro del matrimonio, figura jurídica que se ha mantenido hasta este tiempo. En dicho código se clasificaba a los hijos de la siguiente manera: Hijos legítimos e hijos ilegítimos, se le daba la categoría de hijos legítimos a los hijos concebidos durante el matrimonio duradero o putativo de sus padres, e

³⁰ Si bien es cierto El Salvador es considerado como un país subdesarrollado en términos de infraestructura, pero ello no impide el poder implementar las técnicas de reproducción asistida en nuestro país es así que con la vanguardia y los proyectos post-modern de la ciencia; se ha adoptado dichas técnicas en nuestro país a través de dos centros legalmente establecidos bajo la dirección del Ministerio de Salud llamados: Centro de Fertilización in Vitro BONIFER, la clínica de fertilización in vitro, pionero en el área de Infertilidad en El Salvador, fue fundada por el Dr. José Roberto Bonilla en 1988, transformándose en 2011 a nivel Centroamericano en el primer Centro de Fertilización in Vitro BONIFER, con tecnología de punta, nuevas técnicas y procedimientos vanguardistas tales como: ICSI: Microinyecciones de espermatozoide al ovulo, PICS: Inyecciones Intracitoplasmáticas fisiológicamente seleccionadas, IMSI: Selección morfológica del mejor espermatozoide, INVO: Técnica de gametos incubados intravaginalmente y REPROMEDIC Centro de fertilidad encargada asimismo de la implementación de las técnicas de reproducción asistida en nuestro país.

ilegítimos a los nacidos sin que los padres se encontraran casados; estos podían legitimarse si después sus padres contraían matrimonio; a su vez, los hijos ilegítimos se clasificaban en naturales y espurios³¹.

Los hijos naturales, eran el fruto de la unión entre parejas de solteros o divorciados, que al momento de la concepción, sus progenitores no estaban unidos legalmente en matrimonio, no obstante estos podían contraer nupcias, a fin de que el padre los reconociera por medio de instrumentos públicos o actos testamentarios. A contrario sensu se llamaba espurios los de dañado ayuntamiento y bastardos. Eran de dañado ayuntamiento los adulterinos, incestuosos y sacrílegos. El hijo adulterino era aquel, que era concebido en adulterio, de mujer y hombre, pero que uno de ellos al menos al tiempo en que se concebía el hijo estuviese casada o casado con otra o con otro; con la excepción que estas dos personas o una de ellas, hubiese contraído matrimonio putativo que respecto a ellas produzca efectos civiles. Los hijos incestuosos y estos eran los concebidos entre padres que eran parientes uno con otro en la línea recta de consanguinidad o afinidad, el concebido entre padres de los cuales el uno se hallaba con el otro, en el segundo grado transversal de consanguinidad o afinidad, el concebido entre padres de los cuales el uno era hermano de un ascendiente del otro. Asimismo se encontraban los hijos sacrílego eran los concebidos entre padres de los cuales alguno era clérigo de órdenes mayores (obispos, cardenales entre otros) o persona ligada por voto solemne de castidad en orden religiosa, reconocida por la Iglesia Católica motivo por el cual los hijos espurios eran llamados también ilegítimos.

³¹ Anita Calderón de Buitrago, *Manual de Derecho de Familia*, 3ra Edición (El Salvador: Centro de Información de Justicia, 1996), 464-465. Específicamente podemos encontrar esta información en el Título XII, artículos 267 y siguientes del Código Civil derogado en mención.

El art. 37 del Código Civil de 1860, reconocía a los hijos naturales, eran aquellos que al tiempo de la concepción, podían sus padres casarse con sus madres sin dispensas, con tal que el padre los reconociera por instrumento público o en acto testamentario. El artículo 283 N° 3 del referido cuerpo legal, regulaba que el hijo que naciera durante el rapto podía ser reconocido, si se lograba probar que los hechos se consumaron durante la realización del rapto.

Asimismo el Art. 288 del mismo cuerpo legal, regulaba el reconocimiento de los hijos y se hacía de manera voluntaria, pero solo operaba para cierta clase de hijos, ya que los incestuosos, adulterinos y sacrílegos no podían ser reconocidos por sus padres como hijos naturales por ser producto de una relación prohibida, a los que se les nombraba de daño ayuntamiento, por esta razón no podían obtener la categoría de hijo.

Según Justo Fernández López se llamaba *espurios*³² a los hijos de daño ayuntamiento y a los bastardos. Los de daño ayuntamiento a su vez se clasificaban en adulterinos, incestuosos y sacrílegos. El adulterino era aquel que era concebido en adulterio de mujer y hombre, pero que uno de ellos al momento de la concepción estuviese casado. Los hijos incestuosos eran los concebidos entre parientes, en línea recta de consanguinidad, los hijos sacrílegos eran los concebidos entre padres, de los cuales alguno de ellos era clérigo de orden mayor, entre estos; arzobispos, cardenales, entre otros, o personas ligadas por voto solemne de castidad en orden religiosa, reconocida por la Iglesia Católica.³³ El hijo espurio era ilegítimo, no había sido reconocido de manera voluntaria por su padre, con las

³² Diccionario panhispánico de dudas (Editorial Santillana, Madrid, 2005), 273. Según nuestro código civil derogado en mención, en su Título XIV el hijo espurio es aquel hijo ilegítimo no reconocido solemnemente.

³³ Gonzáles, Fecundación In Vitro, 78-79.

formalidades legales. Cuando el hijo natural era reconocido de manera legal, se le otorgaban derechos como reclamar alimentos, derecho a la crianza y al cuidado personal; los hijos de daño ayuntamiento, al no ser reconocidos como hijos naturales, pero en caso que el padre los reconociera mediante escritura pública o en acto testamentario solemne, les pertenecía el derecho de reclamar alimentos al igual que el hijo bastardo; sin embargo, a este último se le reconocía el derecho para solicitar que su padre lo reconociera como hijo legítimo, para que éste le proporcionara gastos de alimentación.³⁴

El procedimiento para el reconocimiento del hijo espurio consistía en citar en dos ocasiones al supuesto padre; si a los dos citatorios esa persona no se apersonaba ante el Juez, se tenía por reconocido al hijo; pero si el supuesto padre negaba su paternidad, le quedaba al hijo el derecho de indagar su paternidad, por cualquiera de los medios siguientes: por escrito u otros actos judiciales, por ejemplo, que el padre podía reconocerlo como hijo suyo mediante acto testamentario ante sus herederos, los cuales debían declarar de manera judicial tal situación; otra causa que permitía investigar la paternidad era cuando se había efectuado un rapto, y la concepción hubiera tenido lugar cuando la mujer raptada tuviera en poder del raptor, a efectos sólo de pedir alimentos³⁵.

Con la vigencia del código de familia salvadoreño en 1994, se equipararon en igualdad de condiciones a los hijos sin distinción de su origen, desapareciendo la separación entre hijos legítimos e ilegítimos que contemplaba el Código Civil de 1860, en el artículo 4 del código de familia enuncia los principios rectores, siendo uno de ellos “la igualdad de los hijos”, es decir eliminando todo tipo de discriminación basada en sexo o en la

³⁴ Gonzales, Fecundación In Vitro, 78

³⁵ *Ibíd.* 78-79.

filiación³⁶, ya que la nueva normativa deroga el Código Civil, en todo lo concerniente a la familia.

Así, también, en la exposición de motivos del anteproyecto del Código de Familia en el artículo 134 menciona lo siguiente: *“que la filiación puede ser por consanguinidad sin calificación alguna o por adopción y que ambas surten los mismos efectos legales.”*³⁷, entendiéndose al decir sin calificación alguna que en dicha disposición pondrían a aquellos niños, niñas y adolescentes producto de fecundación asistida o de las técnicas de reproducción humana asistida, pero esto no se concretó, ya que en el código de familia no se incorporó, por lo que no se reguló; en la actualidad, se discuten los derechos de estos niños, sobre todo el derecho a la filiación *niños, niñas y adolescentes* producto de las técnicas de reproducción humana asistida, que desarrollaremos más adelante.

1.2 Evolución histórica de las técnicas de reproducción humana asistida

1.2.1. Época antigua

No hay unanimidad en cuanto al origen histórico de la utilización de las técnicas de reproducción asistida entre seres vivos (no humanos), sin embargo se dice que fueron los pueblos babilónicos y arábigos quienes hallaron en los vegetales el método de reproducción sin copula, es decir, que lograron polinizar artificialmente palmeras para conseguir mayor producción de dátiles o frutos obtenidos de la palmera datilera.³⁸.

³⁶ Documento base y exposición de motivos del Código de Familia de El Salvador. (Comisión coordinadora para el sector de justicia, Tomo II, 1994), 359.

³⁷ *Ibíd.* 535.

³⁸ Ramón de Veciana Batlle, *La Eutelelegenecia ante el Derecho Canónico*, 3ra Edición, (Barcelona: Editorial Bosh, 1996), 57.

1.2.2 Grecia y Roma

La medicina occidental encuentra sus primeras bases en Grecia, en aquel momento probablemente ya circulaban textos médicos, pero son muy poco los conceptos médicos pre-hipocráticos. Además, el cambio realmente importante vino con la escuela de Hipócrates, que nació alrededor del año 460 AC en la isla de Cos, él quiso romper con la medicina que se estaba practicando en su tiempo, la cual estaba más cercana a la magia que a un sistema de observación, y de construir un sistema médico³⁹.

En cuanto a Roma uno de los grandes ginecólogos y obstetras de la antigüedad fue sin duda Sorano de Efeso, de origen griego, se formó en la Escuela de Alejandría y practicó la medicina en Roma en tiempos de Trajano y Adriano. Sorano fue el primero en proporcionar una formación real y estructurada a las “comadronas”, es decir mujeres que se encargan del cuidado de la salud de las mujeres durante el embarazo, de la asistencia⁴⁰; recibían enseñanza sobre anatomía, fisiología y ginecológicas⁴¹.

1.2.3 Época medieval

En esta época la procreación se consideraba tan necesaria, que de hecho Santo Tomas de Aquino, considerado el mayor teólogo cristiano del siglo trece, influyó sobre el pensamiento medieval, al decir: *“la naturaleza busca la generación de descendientes para preservar el bien de las*

³⁹ Jaime Mendiola, et al. “Esterilidad y Reproducción Asistida: una perspectiva histórica”. *Revista iberoamericana de fertilidad*, (Volumen 22, N° 1, España, febrero de 2005), 17.

⁴⁰ Manuel Jesús García Martínez y Antonio Claret García Martínez. “Las funciones de la matrona en el mundo antiguo y medieval. Una mirada desde la historia”. *Matronas Profesión* N° 1, España, (2005), 11.

⁴¹ Mendiola, *Esterilidad y reproducción asistida*, 17.

*especies*⁴². Los médicos en la edad media utilizaron distintas fórmulas para diagnosticar el origen de la infertilidad, una de éstas, inspirada en los egipcios y adoptada por el médico valenciano Arnau de Villanova, consistía en insertar un diente de ajo en la vagina, si el olor llegaba hasta la boca de la mujer entonces era fértil⁴³.

Una vez se había establecido el diagnóstico, la causa de la infertilidad debía buscarse, para Arnau de Villanova podía ser la obesidad, decía que la grasa asfixia la semilla del hombre, otra causa era el excesivo calor o humedad, porque las altas temperaturas de humedad en la madre podían asfixiar el espermatozoides que recibe, *“cuando está muy caliente la madre recibe la semilla y la quema con lo que no puede concebir”*, otra causa, una desproporción de los órganos genitales podía ser una causa de infertilidad, debido a un orificio del útero demasiado estrecho, abierto o grande⁴⁴.

A mediados del siglo XIII se inician las prácticas en los pueblos árabes específicamente en el año de 1322, los primeros métodos artificiales de fecundación, buscando la mejora genéticamente de sus caballos. La inseminación artificial fue la primera técnica que se practicó; aunque no existen pruebas que lo demuestren, se dice que los Árabes la realizaron por primera vez cuando fecundaron una yegua con semen de un hermoso caballo perteneciente a un jefe enemigo de su tribu⁴⁵.

⁴² Lucrecio Jaramillo Vélez. “La ley en Santo Tomas de Aquino”. *Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*. Editorial Universidad Pontificia Bolivariana, Vol. 2, N° 5-6, (1957), 49.

⁴³ Mendiola, *Esterilidad y reproducción asistida*, 17.

⁴⁴ Mendiola, *Esterilidad y reproducción asistida*, 17. La posición del médico y teólogo Arnau de Villanova, es muy errada hoy en día, ya que las causas de infertilidad pueden radicar tanto en el hombre como en la mujer o en ambos que los dos tengan problemas para la fertilización e incluso, en algunos casos, la causa puede llegar a ser inexplicable.

⁴⁵ Rosa Angélica Hernández Euceda, Baltazar de Jesús Hernández Méndez y Linda Jesica Lobo Flores. “La filiación en las técnicas de reproducción humana asistida y su regulación jurídica”. (Tesis para optar al grado de licenciatura en ciencias jurídicas, facultad de jurisprudencia y ciencias Sociales. Universidad de El Salvador, San Salvador, El Salvador, 2003), 39.

Aproximadamente, entre los años 1424 y 1474 se intentó inseminar artificialmente a Juana de Portugal, esposa de Enrique IV de Castilla (conocido en su época como “El Impotente”⁴⁶), se dice que la técnica reproductiva relativamente nueva en aquellos años, fue utilizada por el físico judío Samaya; con ello comenzaron una serie de procesos sumamente humillantes para la reina Juana, este procedimiento debía coincidir con sus períodos fértiles y exponer sus partes íntimas ante Samaya y sus ayudantes, que obtenían semen del rey Enrique y lo introducían en el cuerpo de la reina utilizando una canula⁴⁷ de oro, algunos historiadores afirman que la inseminación tuvo éxito y que logro quedar embarazada y tener una hija, pero otros dicen que ese embarazo fue producto de una relación adúltera, al haber engañado a su esposo ⁴⁸.

En el año 1782 el monje Italiano Lázaro Spaallanzani, realizó importantes experimentos en este campo especialmente con animales

⁴⁶ Gaudy Yusseth Salguero Moran Indi Dolores Meybel Peres y Leda Yvone Reyes De Aguirre. “Problemática jurídica derivada de los avances científicos en la fertilización humana asistida en la legislación salvadoreña”. (Tesis para optar al grado de licenciada en ciencias jurídicas, facultad de ciencias jurídicas y ciencias sociales, Universidad politécnica de El Salvador, El Salvador, 2004), 2.

⁴⁷ Tubo corto de goma u otro material que se aplica a diversos aparatos médicos y de laboratorio, como el que se emplea en medicina para evacuar o introducir líquidos en el cuerpo.

⁴⁸ Almudena de Arteaga, *La Beltraneja. El pecado oculto de Isabel la católica* (Madrid: Editorial la esfera de los libros, 2002), 65-66. Si bien es cierto en dichos años durante los imperios monárquicos que existían en dicha época debían mantener sus dinastías siempre en la vanguardia de pertenecer a una sola familia y es por ello que el Rey Enrique IV decide contraer matrimonio con Juana de Portugal (1439-1475), desde un primer momento se cuestionó en toda la ciudad de dicha época, tanto así que se llegó a cuestionar sobre la relación amorosa y afectiva que debía existir uno al otro. Fueron pasando los años y la tan deseada descendencia, vital para la continuidad de la dinastía, no llegaba; una decena de años antes, en 1451, el cardenal Eneas Silvio Piccolomini, obispo de Siena y futuro Papa Pio II, consignó en sus memorias la existencia un método que hoy en día podríamos denominar de inseminación artificial usado por médicos judíos para conseguir el embarazo en la mujer sin la que existiera juntura física con un hombre, las prácticas tuvieron éxito y, tras siete años de matrimonio, la reina había logrado quedarse embarazada.

inferiores, posteriormente amplió sus planes y logró éxito al inseminar una perra con semen de un macho de su misma especie. Este fue propiamente el comienzo de la inseminación artificial en las especies animales.⁴⁹

Uno de los centros de este progreso científico fue en Italia, allí trabajaron brillantes anatomistas como Vesalio (1514-1564) o Leonardo da Vinci (1452-1519), los cuales, gracias a la observación y a las disecciones, proporcionaron unos nuevos cimientos a esta ciencia. Vesalio publicó en 1543 su conocido “*Humani Corporis Fabrica*”, el cual incluye secciones anatómicas de los órganos genitales femeninos. Nueve años después, uno de sus discípulos llamado Bartolomeo Eustachio dibujó el útero y sus vasos y recomendaba a los maridos que tras el acto sexual metieran el dedo en la vagina para favorecer la concepción. Este fue el ancestro de la idea de inseminación artificial⁵⁰.

1.2.4 Época contemporánea

En lo que la utilización humana se refiere, y a pesar de algunos pintorescos precedentes, parece que se inició en 1785 cuando Thouret, logro fecundar a una mujer estéril, mediante una inyección intravaginal de líquido seminal recogido de una jeringuilla de estaño 41; en 1791 el inglés John Hunter inseminó a la esposa de un comerciante de Londres que padecía una hipospadias con anomalía congénita del pené del marido. En el año de 1884, en Filadelfia, se logró el primer embarazo con la primera inseminación artificial a una mujer con semen distinto al de su cónyuge. El tratamiento lo realizó el doctor Pancoast, quien después de varias revisiones para tratar de

⁴⁹Hernán Gómez Piedrahita. *Problemas jurídicos de la inseminación artificial y la fecundación extrauterina en seres humanos*, (Bogotá, Colombia: Editorial Liberia del profesional, 1984), 1-2.

⁵⁰ Morice P. et al., History of infertility. (Hum Reproduction Update 1995), 497-504.

determinar las causas de infertilidad de la paciente, encontró que el problema no era la infertilidad de ella, sino de su esposo, quien no producía semen.⁵¹ Ante este hallazgo: *“Pancoast llamó a la mujer con la excusa de que deseaba examinarla otra vez. La acostó en la mesa, alrededor de la que también estaban seis jóvenes estudiantes de medicina, y le administro cloroformo para anestésicarla. Después le introdujo semen procedente de uno de los estudiantes en el útero, y después lo taponó con gasa. La mujer nunca fue informada de lo que le había pasado, ni siquiera cuando nueve meses después de que tuvo un hijo.”*⁵²

En el año 1870, cuando por medio del biólogo y sacerdote italiano Lázari Spanella, realiza de manera exitosa la fecundación de una perra con el producto que se obtuvo de un perro; en el cual evidencio que no podía existir vida alguna sin el contacto directo entre los gérmenes tanto masculino como femenino; en el año 1883 Girault realizó en Francia diez casos exitosos de inseminación artificial; en 1884 Pancost realizó la primera Inseminación con fecundación empleando semen de donante; en 1886 el ginecólogo Mario Sims obtuvo un logro de 55 intentos, inyectando directamente el esperma en el útero. En Estados Unidos en el año de 1945 se dieron 25,000 nacimientos por el mismo método, desde entonces el nuevo método fecundante ha ido difundiéndose lentamente⁵³.

En el año 1920 se empieza a analizar el esperma y en la década de los 40 se instala en Estados Unidos los bancos de semen como por ejemplo el banco **Cryobank**, en el Estado de California siendo de destacar el envío

⁵¹Rocío Mayrelle Quincosa Márquez. “Análisis sobre la importancia de legislar la reproducción asistida en México”. (Tesis para obtener el grado de maestro en Derecho del área civil. Diciembre 2010), 1-2.

⁵² Quincosa, *Análisis sobre la importancia de legislar la reproducción asistida en México*, 2.

⁵³Hernández, *La Filiación en las Técnicas de Reproducción Humana Asistida*, 39-40.

desde el pacífico durante la segunda guerra mundial, y la guerra de Corea es donde afianza esta práctica. Muchas mujeres de combatientes norteamericanas van hacer inseminadas con el semen de su marido.

Así como la iniciativa de algunos particulares como el llamado “Banco de Semen Nóbel” (aquí está el ejemplo) iniciativa del excelentísimo millonario californiano Robert Graham y que fue un rotundo fracaso, primero por la escasez del “nóbel” participantes y luego porque los niños de los superdotados no han sido lo que el promotor esperaba⁵⁴.

Un antecedente más revelador se registra en el año de 1930, cuando el zoólogo británico, Gregory Picus, “logró la activación artificial de un óvulo no fecundado con una coneja y el primer parto de un conejo vivo sin padre”⁵⁵.

En el año 1949 comenzaron los trabajos de los científicos relacionados con la técnica de reproducción in vitro; y de la fecundación in vitro con transferencia de embriones, y se descubre que la glicerina puede ser usada para congelar esperma, sin embargo no fue hasta el año de 1953 cuando un estadounidense, de apellido Sherman, obtuvo exitosamente embarazos con semen congelado⁵⁶.

Los trabajos con gametos humanos comenzaron en la segunda mitad de la década de los años sesenta por el científico Robert Edwards, quien era genetista del laboratorio de fisiología de la Universidad de Cambridge, su

⁵⁴ Cristóbal Francisco Fabrega Ruiz, *Biología y filiación* (Granada, España, editorial comares, 1999), 72-74.

⁵⁵ Eduardo Zannoni. *Inseminación artificial y fecundación extrauterina*, (Buenos Aires: Editorial ASTREA, 1978), 21.

⁵⁶ Terra Ziporyn. “Inquietudes médicos-sociales sobre la reproducción humana artificial” (Revista Chilena de Derecho, Vol. 13, 1986), 289-290.

experimentos comenzaron cultivando ovocitos humanos⁵⁷. A finales de los sesenta y en la década de los setenta en colaboración con el científico Steptoe⁵⁸ se publicaron los resultados de una investigación sobre reducción de ovocitos humanos y su posterior fecundación in vitro⁵⁹.

En el año 1979 nació la inglesa Louise Brown, el primer humano fruto de una fecundación artificial in vitro; con lo que inició la era de los llamados "bebés de probeta"⁶⁰. "*Louise Brown nació en Inglaterra, fruto del esfuerzo de los médicos Patrick Steptoe, ginecólogo del Oldham General Hospital, y Robert Edwards, fisiólogo de la Universidad de Cambridge. Sus padres habían intentado durante años tener un hijo pero una obstrucción en las trompas de falopio de su madre lo impedía*"⁶¹. El caso de Louis Brown es el primer caso que trascendía a la opinión pública, y que para muchos supone el arranque de la discusión sobre las técnicas de reproducción humana asistida.

El nacimiento de Zoe Leyland el 28 de marzo de 1984 en el Queen Victoria Medical Center, en Melbourne (Australia), fue una concepción derivada de la transferencia de embriones crio preservados, constituye tras el nacimiento de Louise Brown en 1978, un segundo hito histórico en la medicina de la reproducción. Gracias al trabajo de los doctores Alan

⁵⁷ Célula germinal femenina que está en proceso de convertirse en un óvulo maduro. <http://www.pgdcem.com/terminologia/ovocito.html>

⁵⁸ Oscar Herrero Felipe. "Semblanzas de los premios nobel 2010 en: fisiología y medicina fertilización in vitro". *Revista 100cias@uned* (Nº11, editorial facultad de ciencias de la uned, España, 2011), 98. <http://e-spacio.uned.es:8080/fedora/get/bibliuned:revista100cias-2011-numero4ne/demo:Collection/view>. Cabe destacar que Patrick Stepoe, fue galardonado con el premio Nobel en fisiología y medicina por el desarrollo de la técnica de fecundación in vitro.

⁵⁹ Salguero, Problemática jurídica derivada de los avances científicos en la fertilización humana asistida, 3.

⁶⁰ Roberto Garzón Jiménez, "Reproducción asistida", *Revista Mexicana de Derecho*, n. 9º, (2007): 99-100.

⁶¹ José Miguel Serrano Ruiz-Calderón, *25 años del primer niño probeta* (Madrid: Editorial Aceprensa 2003), 1-2.

Trounson y Carl Wood, tras la estimulación folicular a la madre de Zoe (una neozelandesa de 33 años de edad), se obtuvieron 11 embriones que fueron criados preservados utilizando un nuevo tipo de congelador de velocidad controlada fabricado en Londres por la empresa Planer PLC. Uno de esos embriones congelados se convirtió en Zoe, quien pesó alrededor de 2.5 kilos (5 lbs) al nacimiento⁶².

En el contexto científico, debe evocarse el ensayo que, a mediados del siglo pasado, realizó, en la Universidad de Bolonia, el biólogo Danielle Petrucci, quien “logró el desarrollo de embriones in vitro, uno de los cuales se mantuvo vivo durante casi sesenta días en un tubo de ensayo y cuya evolución fue, incluso, filmada”⁶³; debido a ello se logra en 1978 anunciar a través de los medios publicitarios el nacimiento de Louise Brown, primer bebé logrado en Inglaterra por fecundación in vitro (FIV) y traslado de embrión (TE). Desde entonces han sido numerosos los nacimientos por este método y las clínicas especializadas se han multiplicado por el mundo.

En el año 1983, nace en Inglaterra Clare Fareswam, primer bebé gestado in vitro por un matrimonio mixto: una inglesa rubia y un jamaicano negro. En 1984, dos casos llamaron la atención de la opinión pública. El primero fue el nacimiento de la niña australiana Zoe Leyland, el 13 de mayo, a partir de un embrión que había permanecido congelado durante dos meses. El segundo, conocido como affair Parpalaix, llevó al Tribunal de Grande Instance de Créteil a resolver favorablemente, por sentencia del 1º

⁶² Dr. Isidoro Bruna Catalán y Dr. Fernando Prados Mondéjar. *¿Transferencia embrionaria en fresco o diferida?* (Unidad de medicina de la reproducción, Hospital universitario, Madrid Montepríncipe), 1-2.

⁶³ Zannoni, *Inseminación artificial y fecundación extrauterina*, 21. Pero, no es sino hasta el año de 1978, cuando en el Oldham Hospital de Gran Bretaña, nace Louise Brown, el primer ser humano que fue concebido fuera del seno materno, mediante la fecundación de un óvulo de su madre, lograda en la probeta de un laboratorio.

de agosto, la demanda de la viuda Corine Parpalaix a que se le entregara el semen depositado de su esposo para su inseminación. Intentada la inseminación post mortem, fracasó; de igual forma en dicho año nacieron en Barcelona, España, los primeros gemelos fecundados en laboratorio; asimismo nace en California Doron Blake, primer niño procreado con semen de un donante premio nobel.⁶⁴

Probablemente, el caso más comentado haya sido el de Baby M. Como se sabe, el 6 de febrero de 1985 se celebró un contrato de maternidad subrogada⁶⁵ (suplente o sustituta) entre la señora Whitehead, su esposo y el señor Stern, padre natural o biológico. La señora Whitehead fue inseminada artificialmente con el semen del señor Stern procreando una niña que nació el 27 de marzo de 1986.

El Tribunal resuelve el 31 de mayo de 1987 que el contrato es válido, beneficiando así al padre biológico. Sin embargo, ante la apelación presentada por la señora Whitehead, el Tribunal Supremo del Estado de New Jersey resolvió el 3 de febrero de 1988 revocando unánimemente, casi en su totalidad, la decisión del Tribunal inferior. En consecuencia, se declaró que la madre subrogada -biológica y gestante- era la madre legal de la criatura. A su vez, la adopción de ésta por el señor Stern se declaró inválida e ineficaz⁶⁶.

Es así que a grandes rasgos la tecnología avanzaba a grandes escalas, el 7 de febrero de 1986 nacieron en Argentina, Pablo y Eliana Delaporte, primeros mellizos gestados in vitro, desde su nacimiento, las

⁶⁴ Zannoni, *Inseminación artificial y fecundación extrauterina*, 22.

⁶⁵ Es la sustitución del estado o calidad de madre, dándosele aquí al concepto de madre la connotación de mujer gestante.

⁶⁶ Rodolfo Vásquez, *Bioética y Derecho*, (Alicante: Biblioteca virtual Miguel de Cervantes, 2005), 457.

técnicas de fertilización fueron perfeccionándose y también hubo grandes avances en genética que permitieron detectar anomalías en los embriones antes de ser transferidos al útero materno.⁶⁷

Por ello, la normatividad jurídica de la filiación, desde el Derecho Romano, parte del derecho natural del nacimiento, producto de la copula sexual entre hombre y mujer. Al mismo tiempo para los casos en que la pareja no puede concebir un niño, los ordenamientos no han previsto la institución de la adopción, para asegurar al menor la posibilidad de crecer dentro de una familia. Hoy en día, las denominadas técnicas de fecundación asistida han venido a romper el molde clásico de la filiación, al originar un vínculo paterno filial sin recurso a la copula natural, llegando en varios casos a conseguir un hijo en un laboratorio humano.

Así los hechos, no debe extrañar que a partir de los primeros éxitos obtenidos por inseminación artificial, los avances alcanzados y las perspectivas de futuro sean asombrosos⁶⁸, la infertilidad es sinónimo de separación en las parejas, y será siempre será un tema de atención en el plano social, psicológico, médico y hoy en día jurídico, en cambio la fertilidad

⁶⁷ Fabián Cataldo, La fecundación "In vitro" en el mundo. La semana. (Año X – junio de 87, Buenos Aires), 8.

⁶⁸ Por mencionar sólo algunos de estos avances: la separación de los espermatozoides más activos en un intento de asegurar que sólo los más saludables lleguen a fecundar el óvulo; el rompimiento de la capa externa del óvulo por medios químicos reduciendo así el número de espermatozoides de calidad que se precisan para conseguir la fecundación; la transferencia intratubárica de gametos (TIG); la congelación y descongelación de óvulos y embriones por largos períodos de tiempo; la microcirugía que trae como resultado idénticos gemelos o trillizos; la clonación de embriones que posibilitaría una descendencia numerosa e idéntica; la inyección de material genético una vez identificadas las secuencias de DNA asociadas con varias enfermedades genéticas; la utilización médica del tejido fetal y la transferencia de células de un embrión de 2 ó 3 semanas a niños a adultos que padecen alguna anomalía que afecta las funciones vitales del cuerpo: el trasplante de ovarios como otro recurso para superar la esterilidad; la placenta artificial para mantener con vida fetos expulsados por aborto espontáneo cuando tiene diez semanas, etc.

es símbolo de continuidad de la raza humana, por ello las técnicas de reproducción humana asistida están permitiendo cambios en la sociedad, que traerán un impacto social en los próximos años.

1.3 Avances en el régimen jurídico que regula las técnicas de reproducción asistida

Sentadas las bases anteriormente la familia es la primera institución en que entra en contacto todo ser humano, pues aún antes del nacimiento vive en primera persona el efecto de la relación materno-filial. De tal suerte que, desde el inicio de la existencia humana, las funciones prodigadas por la familia respecto de sus miembros son insustituibles y fundamentales.

En ese sentido e históricamente hablando el Estado tiene la obligación fundamental de proteger la familia a la que pertenece todo ser humano bajo su jurisdicción; ya que, aquella es la comunidad que responderá de manera satisfactoria ante sus requerimientos como persona humana en todo el transcurso de su existencia, y ésta protección no sólo beneficia al ser humano como individuo (aislado) sino que, primordialmente, representa una garantía para el Estado de alcanzar sus objetivos respecto de la consecución del bien común, por ello en el presente trabajo de investigación veremos cómo el Estado a través de la historia ha buscado proteger las nuevas relaciones paterno-filiales que nacen producto de las técnicas de reproducción asistida.

Sentadas las bases históricas de los temas que nos corresponden, podemos acotar que diversos regímenes jurídicos han tutelado, a través de la historia, la aplicación de las técnicas de reproducción asistida, ante la aparición de éstas en la década de los 70's; no obstante recordemos que

dichas técnicas representaban nuevas posibilidades de solución al problema de la esterilidad y muy pronto en casi todos los países desarrollados se observó la necesidad de abordar su regulación, y como respuesta a esa necesidad se promulgaron diversas leyes, especialmente en el ámbito europeo y latinoamericano. Cabe aclarar que el avance no ha sido únicamente científico, sino también un avance jurídico.

La regulación de la tecnología reproductiva en los países europeos se lleva a cabo de diversas formas, no siempre de manera respetuosa con la dignidad del embrión humano: legislación específica con o sin sanciones penales correspondientes; reglamentación de tipo administrativo; recomendaciones de tipo médico-ético emitidas por asociaciones de profesionales médicos; comités o consejos nacionales éticos de composición multidisciplinar.

En las leyes europeas sobre reproducción asistida es prácticamente unánime el rechazo de la maternidad de sustitución, la creación de híbridos, la clonación y la manipulación genética, así como la aceptación del derecho del donante de semen al anonimato. Existe diferentes tipos de regulación legal en materia de reproducción asistida algunos se rigen por recomendaciones de tipo médico-ético emitidas por instituciones de profesionales médicos, otros por decretos y normativas.

Por último, existen países que tienen una legislación específica vigente sobre las técnicas de reproducción asistida y/o experimentación embrionaria, como es el caso de Suecia.⁶⁹

⁶⁹ María Luisa Vega Gutiérrez, Pelegrín Martínez Baza y Javier Vega, *Reproducción asistida en la comunidad europea: legislación y aspectos bioéticos*. (España: Editorial Valladolid secretariado de publicaciones, 1993), 22.

CAPITULO II

PROTECCIÓN DEL DERECHO A LA FILIACIÓN DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES, PRODUCTO DE LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA, POR PARTE DEL ESTADO SALVADOREÑO

En el ordenamiento jurídico salvadoreño, a pesar de la diversidad de legislación existente, hay una carencia en este ámbito de la regulación jurídica del derecho a la filiación de los niños, niñas y adolescentes concebidos como producto de las técnicas de reproducción humana asistida, en el presente apartado se citaran las disposiciones en la cuales se podría aplicar en estos casos específicos, además de jurisprudencia que puede ayudar a darle una salida alterna a esta problemática, aun existiendo vacíos legales en la legislación de la República de El Salvador. Así también se observara y analizara que políticas y programas ha establecido el Estado salvadoreño, para darles protección a estas personas.

2.1 Constitución de la República de El Salvador

Para enmarcar las técnicas de reproducción humana asistida, es necesario primero establecer el nivel macro que debe imperar en todos los Estados y, en El Salvador la Constitución de la República⁷⁰, esencialmente el artículo uno: *“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...”*, se entiende que se reconoce el derecho de los niños y niñas y adolescentes a la protección y

⁷⁰ Decreto constituyente No. 38, del 15 de diciembre de 1983, publicado en el Diario Oficial No. 234, Tomo No. 281.

desarrollo integral por parte del Estado, y no solo de esa protección, sino de tomar las medidas, programas y políticas necesarias para completar ese fin del Estado.

En la sentencia emitida por la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia se menciona lo siguiente: *“realizadas las precisiones anteriores, es menester acotar que el carácter esencial e imprescindible de la vida humana, como condición necesaria para el desarrollo de la personalidad y de las capacidades, así como para el disfrute de los bienes, ha hecho posible su reconocimiento a nivel nacional e internacional como derecho fundamental, merecedor de una especial protección por parte de los Estados”*⁷¹; es decir que la palabra “persona humana” es un requisito para que pueda gozar de todos los derechos fundamentales reconocidos y sobre todo para poder ser amparado por la protección del Estado. En la segunda parte del artículo uno que reza lo siguiente: *“...asimismo reconoce como persona humana a todo ser humano desde el instante de la concepción. En consecuencia, es obligación del Estado asegurar a los habitantes de la República, el goce de la libertad, la salud, la cultura, el bienestar económico y la justicia social”*. En cuanto al término “concepción” la Constitución no hace diferencia en la forma en la que fueron concebidos, tal puede ser el caso de la inseminación artificial o la inseminación in vitro, sino simplemente al concepto de concepción⁷², sin hacer ninguna diferencia.

⁷¹ Resolución 310-2013 de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia: San Salvador, a las ocho horas con treinta minutos del día veintiocho de mayo de dos mil trece. Proceso de amparo.

⁷² Según la Real Academia de la lengua española concepción se define como “acción y efecto de concebir” que a su vez en biología, se trata de la fusión de dos células sexuales para dar lugar a la célula cigoto, donde se encuentra la unión de los cromosomas del hombre (o el macho) y la mujer (hembra). En este sentido, la idea de concepción es sinónimo de fecundación, no necesariamente proveniente de relación sexo-coital. <http://www.rae.es/diccionario-panhispanico-de-dudas/definiciones>.

En el año dos mil once, fue promovido en la Sala de lo Constitucional, Proceso de Inconstitucionalidad por el ciudadano Víctor Cristóbal Díaz Espinal, en el cual solicitaba fuera declarada la inconstitucionalidad del art. 72 inc. 1º del Código Civil, que data desde el año 1859, publicado en 1860, por la contradicción con el art. 1 inc. 2º, de la Constitución, la sala al admitir la demanda, determinó que para efectos de resolver sobre la pretensión, existía una conexión entre el contenido del artículo impugnado y el del art. 75 Código Civil.

El Artículo 72, inciso primero reza lo siguiente: “La existencia legal de toda persona principia al nacer, esto es, al separarse completamente de su madre”; en cambio el artículo 1 inciso segundo de la Constitución de la República de El Salvador establece que: “El Salvador reconoce a la persona humana como el origen y el fin de la actividad del Estado, que está organizado para la consecución de la justicia, de la seguridad jurídica y del bien común. Asimismo reconoce como persona humana a todo ser humano desde el instante de la concepción”.

La Sala de lo Constitucional, estableció que el ser humano desde la concepción y hasta antes del nacimiento es sujeto de derecho o tiene personalidad jurídica, lo cual es una 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.

“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, de manera que es un contrasentido que la ley secundaria postergue

y condicione la atribución de la “existencia legal” a la ocurrencia del nacimiento...”⁷³

En la sentencia emitida por la sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, a las trece horas con cincuenta minutos del quince de febrero de dos mil diecisiete declaró que los artículos 72 y 75 del Código Civil contradicen el art. 1 inc. 2º de la Constitución, en cuanto a que este reconoce la existencia jurídica de la persona desde el instante de la concepción, mientras algunas expresiones de los artículos que fueron examinados admiten dicha existencia hasta que ocurre el nacimiento. Por ello, tal como lo ordena el art. 249 Cn., las expresiones de los arts. 72 y 75 del Código Civil que condicionan la existencia legal al hecho del nacimiento y que de ese modo contienen la incompatibilidad mencionada, fueron derogadas por la entrada en vigencia de la reforma constitucional que agregó el actual inc. 2º al art. 1 de la Constitución.

De esta decisión de la Sala, se confirma la protección a los derechos del ser humano, desde el instante de ser concebido, sin existir distinciones en la forma en que fue concebido, simplemente por ser persona, protegiendo así el derecho a la filiación, derecho fundamental de los niños, niñas y adolescentes concebidos por medio de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida.

En relación con el sentido del concepto dignidad de la persona humana, la Sala de lo Constitucional en su sentencia de 26-VIII-1998, Inc. 4-97, considerando III 1 a, ha afirmado que "es claro que la dignidad de la persona humana –cuyo respeto es, según el preámbulo constitucional,

⁷³ Sentencia número 22-2017, dictada por la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador, en fecha 15 de febrero de 2017.

elemento integrante de la base sobre la cual se erigen los fundamentos de la convivencia nacional–, comprende la afirmación positiva del pleno desarrollo de la personalidad de cada individuo".

Esto conlleva a una relación con el artículo tres de la misma Constitución sobre la igualdad en las personas, *“todas las personas son iguales ante la ley...”*; en este caso sin distinción de raza, sexo, religión hasta se podría decir sin distinción en la forma en que son concebidos los seres humanos, en la misma línea de ideas la Sala de lo Constitucional afirma que : *“la igualdad puede proyectarse como principio constitucional y derecho fundamental..., en virtud del principio de igualdad, el Estado en sus actividades de aplicación, creación y ejecución de la ley está obligado a garantizar a todas las personas, en condiciones similares, un trato equivalente”*⁷⁴; es decir que a los niños y adolescentes concebidos mediante las técnicas de reproducción humana asistida, al igual que las personas concebidas por métodos tradicionales (relaciones sexo – coitales), están protegidos mediante el principio de igualdad establecido en la Constitución, por ello el Estado está facultado y sobretodo obligado a crear las leyes especiales y las políticas necesarias en materia de filiación para proteger los derechos de estos y cumplir con ese derecho fundamental desde el momento de su concepción.

Pero por otra parte, considerando el punto fundamental de la igualdad, dice la Sala de lo Constitucional: “aunque parezca paradójico, la igualdad

⁷⁴ Sentencia de amparo, Sala de lo Constitucional, de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador, número de referencia: 389-2007, del día nueve de marzo del año 2011. Aunque, específicamente, a la igualdad también la ha relacionado con la equidad: "La igualdad nace de la estructura y conformación de dos conceptos universalmente conocidos, a saber: la equidad y la justicia; conceptos que en su conjunto constituyen la piedra angular sobre la que descansa, o sobre la que debe descansar, la actividad jurisdiccional".

puede traducirse en la exigencia de diferenciación; es decir, en el trato diferenciado de circunstancias o situaciones aparentemente semejantes, pero que requieren una regulación jurídica distinta. Esta exigencia de diferenciación entraña el no considerar la igualdad en sentido estático, sino dinámico.”⁷⁵

También se sostiene que la igualdad y la diferencia de los supuestos de hecho dependen de criterios valorativos sobre propiedades o condiciones relevantes, determinadas por el legislador según el contexto de la regulación, siempre que esos criterios sean aceptables como una justificación objetiva y razonable para la equiparación o distinción efectuada⁷⁶.

El simple hecho de llegar a establecer la paternidad el Estado como ente regulador de un territorio determinado deberá establecer la filiación que el niño, niña y adolescente tenga con relación al padre progenitor. De igual forma el artículo 32 de nuestra carta magna menciona que: “la familia es la base fundamental de la sociedad” si bien es cierto que así lo reza, deberá de versar en las leyes secundarias cuando se trate de técnicas de reproducción humana asistida en el cual se buscará consignar aquellos parámetros cuando se trate de establecer estas técnicas en la práctica dentro del cual buscará garantizar la base de la familia dentro de la sociedad.

Asimismo el artículo 34 inciso último de la Constitución establece: “La ley determinará los deberes del Estado y creará las instituciones para la protección de la maternidad y de la infancia” estableciendo los tratados que

⁷⁵ Sentencia de 8-IV-2003, Inc. 28- 2002, considerando IV.

⁷⁶ Sentencias de amparo 29-IV-2013, Inc. 18-2008; y de 12- XI-2014, 31-2011. Así, es claro que los principios de libertad e igualdad, así como sus manifestaciones concretas, se incluyen en –o derivan de– la justicia, por lo cual deben considerarse como concreciones de dicho valor.

se deberán establecer cuando se traten de técnicas que llegase a adoptar el Estado si llegase a la consecuencia de regular dicha figura jurídica.

El contexto en donde se sitúa a nivel constitucional, las técnicas de reproducción humana asistida de una manera tácita se sitúa precisamente en el artículo 36 inciso 4° de nuestra carta magna en el cual regula “La ley determinará asimismo las formas de investigar y establecer la paternidad”.⁷⁷

En virtud de lo anterior, se debe aclarar que la regulación sobre el tema es insuficiente y demuestra carencia sobre la protección que ejerce el Estado salvadoreño al derecho a la filiación de las técnicas de reproducción humana asistida a través de la constitución de la República.

2.2. Tratados internacionales

El Salvador ha ratificado Convenciones, Pactos y Tratados Internacionales, teniendo el cuidado de que las disposiciones contenidas en esos instrumentos legales no contraríen la Constitución de la república, y en caso de conflicto entre el tratado y la ley, prevalecerá el tratado.⁷⁸

En el contenido de estos tratados se reconocen los derechos del niño entre ellos el de gozar de las relaciones filiales con sus padres; sin hacer

⁷⁷ La Sala considera que en contra del concepto tradicional de filiación pueden formularse dos objeciones fundamentales; la primera, porque únicamente se refiere a la filiación por naturaleza, pues la adopción constituye una creación legal; y la segunda, porque el mismo goza de un carácter provisional, conforme a la nueva realidad científica que se presenta en el derecho de familia. Sentencia 1055. Cámara de Familia San Salvador.

Sala de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia: San Salvador, a las once horas y cuarenta minutos del veintidós de septiembre de dos mil tres.

⁷⁸ Así lo establece el artículo 144 de la Constitución de la Republica de El Salvador. Decreto Constituyente No. 38, del 15 de diciembre de 1983, publicado en el Diario Oficial No. 234, tomo No. 28.

distinción de raza, sexo, religión o del tipo de filiación de la cual provenga; es así establecerá en orden cronológico de ratificación:

2.2.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos⁷⁹

La “Convención Americana sobre Derechos Humanos”, en el artículo 17 numeral 5 reconoce iguales derechos a los hijos nacidos fuera de matrimonio como a los nacidos dentro del mismo, pero en el Artículo 19, donde se establecen los derechos del niño, establece que: “todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado.”, en la convención lo hace de una manera muy generalizada, porque habla de tomar medidas de protección, podemos decir que es una protección integral, en todos los aspectos que fuesen posibles, en este caso los niños, niñas y adolescentes necesitan tener una seguridad jurídica, en el derecho a su filiación, y en este caso una protección al derecho de filiación de los niños concebidos mediante las técnicas de reproducción humana asistida.

2.2.2 Pacto internacional de Derechos económicos, sociales y culturales

Los derechos económicos, sociales y culturales se consideran derechos de igualdad material por medio de los cuales se pretende alcanzar la satisfacción de las necesidades básicas de las personas y el máximo nivel posible de vida digna.

Por su parte, los derechos civiles y políticos persiguen la protección de los seres humanos contra los abusos de autoridad del gobierno en aspectos

⁷⁹ Pacto de San José Costa Rica, suscrita en San José, Costa Rica, el 22 de Noviembre de 1969 y ratificada por Decreto Legislativo de fecha 15 de junio de 1978, el cual entró en vigencia el 18 de junio del mismo año.

relativos a la integridad personal, a cualquier ámbito de la libertad y a la existencia de la legalidad y garantías específicas en procedimientos administrativos y judiciales. Ambos grupos han sido proclamados como los derechos humanos básicos; en la Conferencia Mundial de Derechos Humanos, celebrada en Viena en 1993, se estableció su universalidad, indivisibilidad, interdependencia e interrelación, así como la obligación de otorgarles el mismo peso y consideración⁸⁰.

El 23 de noviembre de 1979 entró en vigencia en El Salvador el “Pacto internacional de Derechos económicos, sociales y culturales⁸¹”. En el artículo 10 de esta convención versa sobre el derecho a la más amplia protección y asistencia a la familia, como consecuencia en la cual ya no limitan el término filiación, solo a las relaciones entre padres e hijos originadas por la existencia del vínculo sanguíneo; quedando incluidos, aunque no de forma expresa, los niños cuyo vínculo filial se originó con la adopción.

Además, en la misma disposición se obliga los Estados partes a que adopten medidas especiales para la protección y consecuencia en el cumplimiento de estos derechos, además, dichas medidas deben ir orientadas a eliminar cualquier discriminación en razón de la filiación, en este caso a los niños y adolescentes concebidos por medio de las TRHA, por el principio de igualdad establecido en la constitución de El Salvador, se tuvo que haber tomado medidas, políticas y programas para cumplir con este convenio.

⁸⁰ Pacto internacional de Derechos económicos, sociales y culturales y su protocolo facultativo, (Comisión Nacional de los Derechos Humanos, México, 2012). 6.

⁸¹ Art. 10 N^o 3. “Los Estados parte en el presente pacto reconoce que: se deben adoptar medidas especiales de protección y asistencia a favor de todos los niños y adolescentes, sin discriminación alguna por razón de filiación o cualquier otra condición...”

2.2.3 Convención sobre los Derechos del Niño⁸²

El 9 de mayo de 1990 entra en vigencia la “Convención sobre los Derechos del Niño”. De las cosas más importantes que en esta convención se realizó es el reconocimiento expreso del sistema de adopción como fuente originaria de relaciones filiales. La Convención sobre los Derechos del Niño, aprobada mediante ley de la república número 7184 del 18 de julio de 1990.

Dentro del cual dispone en el inciso primero del artículo 7: *“el niño será registrado inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde este a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidados por ellos...”*⁸³

Es importante indicar que los Artículos 16.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; 17.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José, Costa Rica); IV de la Declaración

⁸² Ratificada por El Salvador el 27 de abril de 1990.

⁸³ Este punto presenta dos circunstancias por las cuales debe analizarse de forma tal que al no haber resoluciones de tal índole por medio de la Convención de los Derecho del niño nos lleva a deducir que: 1. Si estamos en presencia realmente de un derecho subjetivo, es decir, ante una facultad que la norma jurídica como tal le reconoce o atribuye a un sujeto de exigir de otro un determinado comportamiento cuya denominación es la prestación; a contrario sensu, si este es un imperativo protegido por el Derecho. 2. Si la familia que se alude de manera tacita es aquella basada en el matrimonio de los padres, o las uniones no matrimoniales a las cuales es posible llegar a formar a formar una familia; y es que incluso se ve la necesidad de que en este punto la discusión se da porque si solo la mujer queda comprendida como tal en el hecho de formar una familia como tal por medio de las técnicas de reproducción humana asistida; tanto así que se discute por medio de la doctrina el término “mujer sola” del mismo hecho que esta estaría procreando un hijo sin su padre dentro del cual se discute si se podría llegar a vulnerar el derecho constitucional del principio de la protección de la familia y es de tal forma que se le podría llamar a dicha familia como la familia unilinear o monoparental. Cuestionamiento por determinada parte de la doctrina se reúsan a la aplicación del término “procrear” en el sentido que esta debe verse limitada no por el hecho de que como tal se limita a que las prácticas llevadas a cabo se deberán de llevar a cabo siempre y cuando se dé la existencia de un padre para así llegar a subsanar el principio constitucional, y los demás derechos accesorios que como sujeto de derecho le son otorgados.

Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, entre otros, reconocen el derecho humano a fundar familia. Aquel esquema que entendía que fundar familia se limitaba a casarse o darse en casamiento, en los inicios del siglo XXI ha sido superado, ya no es concebible entender la idea de fundar familia estrictamente como un acto jurídico familiar, este es, el matrimonio a pesar que es un deber del Estado fomentarlo; sino que el derecho a fundar familia comprende el derecho a procrear o reproducirse.

Entonces, en este tópico convergen las ideas de derecho subjetivo (derecho humano a fundar familia) y el goce del derecho a la salud, entendiendo a ésta no como la ausencia de enfermedades (dimensión negativa), sino como el disfrute del mayor bienestar físico, psíquico y moral (dimensión positiva).

Así, por ejemplo, en Argentina no se afirma simplemente del derecho a la salud, sino de un Derecho a la salud, dentro del cual se comprende el Derecho a la salud genésica⁸⁴, que incluye el uso de las técnicas de procreación asistida o técnicas de reproducción humana asistida (TRHA).

Las TRHA permiten la concreción de un proyecto familiar, para aquellas personas que naturalmente no pueden ser padres (simple procreación) o que jurídicamente, por medio de una ficción legal (adopción), no lo quieren lograr⁸⁵.

⁸⁴ Esto significa que la mujer y el hombre están en libertad para decidir si desean reproducirse, de qué forma desean hacerlo y en qué momento.

⁸⁵ Marisa S. Aisenberg. "El tratamiento legal y jurisprudencial de reproducción humana asistida en Argentina", *Revista de Derecho privado* (2012): 55. En países de avanzada el concepto holístico de **salud genésica** es un elemento esencial de la calidad de vida, tanto para los hombres y los niños, como para las mujeres. Eso implica que se conciben correctamente los servicios primarios de **salud** que se ofrecen a la población.

2.3 Legislación secundaria

2.3.1 Código de Familia

El Código de Familia vino a abolir dichas distinciones de hijos legítimos e ilegítimos, que eran bien marcadas por los padres en la antigüedad, una de ellas ha sido la definición de filiación que nos brinda el Código, en el cual no aparecen estas diferencias, más bien se trata de afirmar con ello el acogimiento del principio de igualdad de los hijos ante la Ley. Con la incorporación de la filiación en el Código de Familia se cumple el precepto constitucional de incluir en la legislación secundaria el principio de igualdad de los derechos de los hijos, eliminando la discriminación de la filiación.⁸⁶ La legislación especial de familia, desde su vigencia en El Salvador se ha concebido a la familia como una institución mucho más amplia que las concepciones acogidas tradicionalmente, es de asumir que esto es reflejo del fenómeno de sometimiento de la familia salvadoreña a las constantes convulsiones sociales experimentados por el país con el transcurso de los años, los cuales han obligado al replanteamiento de la regulación incluso en la ley secundaria pertinente, pues se ha superado la imagen de la familia nuclear, formada por padre, madre e hijos, para dar paso a un núcleo social conformado por personas que guardan afinidad por encima de los vínculos exclusivamente sanguíneos⁸⁷.

El artículo 2⁸⁸ establece la definición de una familia: *“La familia es el grupo social permanente, constituido por el matrimonio, la unión no*

⁸⁶Hernández, La filiación en las técnicas de reproducción humana asistida, 16.

⁸⁷ Raúl Eduardo Miranda Luna y Roberto Enrique Rodríguez Meléndez, “Bioética y Derecho de familia: Problemas actuales sobre la filiación y responsabilidad”, *ECA Estudios centroamericanos*, Vol. LV, n. 224, (2000): 21. <http://www.jurisprudencia.gob.sv/Documentos/Boveda/D/4/2010-2019/2010/11/89C2F.PDF>

⁸⁸ Código de Familia de El Salvador, D.C. No. 677, del 11 de octubre de 1993, D.O. No. 231, Tomo 321, del 13 de diciembre de 1993.

matrimonial o el parentesco.”, es decir que al modificarse la exposición de lo que significa familia en nuestra legislación, y siguiendo los principios que inspiraron el establecimiento de este marco legal, resaltando el hecho que es el Estado quien se ha impuesto la obligación de fomentar y proteger la unidad de la familia, la igualdad de derechos del hombre y la mujer, y sobre todo la igualdad de derechos de los hijos.

Posteriormente en el artículo 133 del Código de Familia⁸⁹, se da paso a la definición de la Filiación, y se define como: *“el vínculo de familia existente entre el hijo y sus padres. Respecto del padre se denomina paternidad y respecto a la madre, maternidad”*; en este caso hablamos de un vínculo, es decir una atadura o un ligamen, que los padres tienen con los hijos, y esto para darle potestad al Estado para establecer formas para obligar a los padres a que asuman la paternidad, maternidad y el cuidado de sus hijos; y que en este sentido no se les vulneren derechos fundamentales como el de tener un nombre, un apellido, padre, madre y una familia.

La clasificación de la filiación que actualmente establece el Código de Familia en el art 134, *“la filiación puede ser por consanguinidad o adopción”* como se mencionaba en el capítulo anterior, deja fuera de la misma a los niños concebidos por medio de las técnicas de reproducción humana asistida, y aunque se considere que es una de las legislaciones de avanzada en el sentido de la igualdad con la que se tratan a los hijos, no deja de discriminar a los denominados niños de laboratorio, lo que se puede criticar es que no regula la filiación originada por las TRHA⁹⁰, dejando en inseguridad jurídica a los niños producto de estas. *“Esto que se consideraba*

⁸⁹ Gonzáles, Fecundación In Vitro, 31.

⁹⁰ Entiéndase por: técnicas de reproducción humana asistida.

un axioma hasta hace pocos años; hoy, no lo es frente a los efectos de la adopción, y de las técnicas de reproducción humana asistida".⁹¹ Recordemos que el Derecho como ciencia tiene la característica de ser evolutivo, y es por ello que consideramos que ha esta fecha el Código de Familia de la Republica de El Salvador no cumple con esta característica.

La cámara de familia de la sección del centro de San Salvador sostiene referente a la clasificación de la filiación de la siguiente forma: "*en opinión de la Cámara sentenciadora, el Art. 134 C. F. no dice que las únicas fuentes de filiación sean la consanguinidad y la adopción, ya que "... este precepto señala en forma amplia que la filiación puede ser por consanguinidad o por adopción*". Entonces, debería entenderse que el artículo debe comprenderse de forma amplia, y que la filiación producto de las TRHA, está también incluida en la disposición, porque para la Cámara la voluntad de procrear es fuente de filiación, y podría tomarse como acertado el planteamiento del juez y haberse aplicado a futuras sentencias.⁹²

Cabe mencionar, que aunque la Sala de Civil de la Corte Suprema de Justicia, reafirmó y ratificó este criterio en la sentencia venida en Casación con referencia 1055, también señalo que "ciertamente las complejas cuestiones científicas, filosóficas y religiosas que suscita el empleo de las técnicas de reproducción asistida, escapan como tales a la competencia de este tribunal casacional; sin embargo tampoco se debe desconocer que entre nosotros se han sostenido las siguientes razones para su regulación: a) la no

⁹¹Roberto Suarez Franco. *Derecho de familia*, Tomo II, 3ª Edición (Bogotá: Editorial Temis S.A., 1999), 3.

⁹² Sentencia con número de referencia 1055, emitida por Cámara de Familia de la sección del centro, San Salvador, revisada en Casación por la Sala de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia a las once horas y cuarenta minutos del veintidós de septiembre de dos mil tres. La cámara sentenciadora hace énfasis en que existen otros modos de generar filiación.

discriminación por razón del nacimiento, ya que todo niño o niña tiene derecho a conocer a sus padres, lo que exige establecer los mecanismos legales de determinación de la filiación para quien haya sido engendrado por medio de estas técnicas; b) que la diferencia más importante entre la procreación natural y asistida, se encuentra únicamente en ese hecho original, por lo que no hay ningún tipo de conflicto, ni dificultad insalvable para que exista una regulación unitaria en el Derecho de familia, que las asimile, y, c) que no se trata de tomar partido con relación a la práctica de las técnicas de reproducción humana asistida, sino de la determinación de filiación del ser humano nacido mediante dichos procedimientos”.

La filiación de los hijos nacidos por la aplicación de las técnicas de reproducción humana asistida, es un problema muy controvertido, el cual ha quedado fuera de muchas legislaciones, entre ellas la nuestra, que solo reconocen como fuentes de la filiación la consanguinidad y la adopción. Pero esta situación no siempre fue así, ya que en el año 1990, al crearse el anteproyecto del Código de Familia, en el artículo 143 del documento base, establecía: “*En los casos de fecundación asistida la filiación se determinará conforme una ley especial*”, se daba la pauta de creación de esa ley especial, pero nunca se llevó a cabo porque esta disposición fue eliminada del Código de Familia al ser publicada en el año 1994.

El día 20 y 21 de noviembre de 1990, se realizaron mesas de trabajo para analizar el Anteproyecto al Código de Familia, denominada “Análisis del Anteproyecto del Código de Familia” por medio del Centro de Investigaciones Tecnológicas y Científicas (CENITEC); para dicho momento se pensaba su regulación en nuestro Estado, a la mesa numero dos les correspondía el tema: “Aspectos Sustantivos: Los hijos”, donde se versaba el tema de la filiación, el análisis y la recomendación que dio la mesa fue que mejorará la

redacción de este tan delicado artículo, sobre todo en el sentido de que el mismo puede comprender formas diferentes de fecundación que podrían darse en el futuro,⁹³.

En países como Argentina, aunque carece de ley si cuenta con casos jurisprudenciales, el primero de ellos que colocó sobre el escenario judicial este problema, fue una sentencia judicial del 26 junio del 2013 del Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil⁹⁴, el caso de un matrimonio que solicitó una autorización para inscribir el nacimiento de su hija, que fue concebida mediante fertilización in vitro con subrogación uterina. Relataron

⁹³ Es menester decir que dicha Comisión en cuanto su funcionamiento en este punto solo se limitó a decir que debía ser analizado más a profundidad para su regulación y no así dotando su aporte para un eventual momento llegar a ser reguladas, de tal manera que la ley debe contener: 1- Primeramente la Ley debe contener específicamente términos de manera precisa y entendible los términos médicos para la comprensión jurídica-técnica. 2- Para evitar una reforma constitucional que exprese las Técnicas de Reproducción Asistida realizar una ley tuviese algunas declaraciones previas que son pilares fundamentales de las TRHA que la haría compaginar y ser armónica con la norma primaria y demás leyes de la República. 3- Debería crearse una institución Gubernamental basada en el artículo 68 en cuanto a la autorización de especialistas, régimen jurídico al sometimiento de estos y además dentro de la misma una Comisión de Reproducción Asistida encargada de monitorear los Centros ficticios que prestan sus servicios a la población. 3- Debería dicha ley regular el tema de los registros de donantes, los hijos nacidos producto de las TRHA, así como la institución obligada a llevar tales registros, por ejemplo, la comisión mencionada en el número tres de este apartado, o bien, el Ministerio de Salud de El Salvador o el Registro del Estado Familiar. 4- Deberán regularse las condiciones de las personas que requieran implementar las TRHA con fines procreativos, es decir, que el empleo de dichas técnicas se verifiquen cuando hayan posibilidades razonables de éxito y no supongan riesgos de algún tipo a la salud de la mujer y su descendencia. 5- Debería delimitar el régimen de los donantes, o sea, la naturaleza del contrato de donación de gametos y pre-embriones, la gratuidad de éste, las formalidades y confidencialidad de dicho acto contractual. 6- Para efectos filiatorios, sería preciso que en la ley se exprese claramente que las TRHA generan filiación respecto de los que expresaron inequívocamente su voluntad pro-creacional, y que no la genera el donante anónimo de esperma; es en este punto que surge el mayor problema en la actualidad en nuestro país.7- Sería preciso señalar en tal norma, la posibilidad o no, de la llamada “Gestación por Sustitución”, que no es más que lo que comúnmente se conoce como “Ventre de Alquiler” o “madre de Alquiler”, es decir, aquel contrato por medio del cual una mujer, mediando o no precio, permite su embarazo “in vitro” con el esperma de un hombre casado o en convivencia, y luego renunciar a su maternidad biológica a favor de la mujer pareja de aquel, entregando por supuesto, a la criatura.

⁹⁴ Eleonora Lamm, *“Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres”*, (Barcelona: Editorial Universitat de Barcelona, 2014), 106.

que, luego de dos embarazos que no llegaron a término, la mujer debió someterse a la extirpación de su útero; motivo por el cual no les quedó otra opción que acudir a dicha técnica, con la colaboración de una amiga que prestó su vientre, para cumplir su objetivo de ser padres. El juez admitió lo solicitado. Los argumentos del fallo del juez fueron los siguientes:

1. Un menor nacido mediante la técnica de fertilización in vitro con subrogación uterina debe ser inscrito como hijo de quienes aportaron el material genético para su concepción, pues debe valorarse fundamentalmente la fuente que deriva de la voluntad de éstos de convertirse en padres del nacido y la correspondencia biológica que existe entre ellos, en tanto ello es lo que más responde al interés superior del niño.⁹⁵

2 - Tratándose de un caso de concepción mediante fertilización in vitro con subrogación uterina, el elemento determinante de la filiación es la “voluntad pro-creacional”, que importa la intención de querer engendrar un hijo con material biológico propio, aunque acudiendo a la portación del embrión en el vientre de un tercero para su gestación y alumbramiento posterior.

3 - La gestación por sustitución importa comprender la existencia de una disociación entre la maternidad genética, la maternidad gestacional y la maternidad social, originada por el acceso a técnicas de reproducción humana asistida por parte de quienes pretenden construir un vínculo parental.

⁹⁵ Lamm, *Gestación por sustitución*, 107.

4 - Ante la ausencia de una legislación específica que regule las cuestiones inherentes al acceso a la maternidad mediante gestación por sustitución, corresponde aplicar, para resolver los conflictos que se susciten, la normativa general de fondo.⁹⁶

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

La aplicación de estas técnicas hace surgir por lo menos dos concepciones de padre y tres de madre. Respecto de la paternidad, aparecen, el padre genético por ser quien aporte el espermatozoides para la fecundación, otra figura que es el padre social, siendo aquel que desea asumir todas las responsabilidades respecto al menor, cumpliendo su rol de padre, este último puede ser el marido o concubino de la madre o un varón soltero que desea tener hijos, para lo cual utiliza los servicios de una mujer que aporte los gametos femeninos y lleve a término el embarazo y sin fines comerciales, para luego entregárselo. Con relación a la maternidad, podemos hablar de tres figuras: la madre social: la que es reconocida por la sociedad y por la ley como tal; la madre genética que es la que aporte los óvulos para la fecundación y la madre biológica que es cuando la mujer permite que en su útero se desarrolle el embarazo hasta el alumbramiento

⁹⁶ Lamm, *Gestación por sustitución*, 108.

sin haber aportado el óvulo y sin tener el deseo de ser madre; pero mientras en nuestra legislación prevalezca como fuente originaria para determinar la paternidad el nexo genético y para determinar la maternidad el nexo biológico.⁹⁷

2.3.2 Ley Procesal de Familia

En la Ley Procesal de Familia⁹⁸, en el capítulo cinco de disposiciones especiales, en la sección cuarta denominada “Filiación”, se enmarca el proceso de investigación de paternidad o maternidad, la exención del trámite, la resolución y el reconocimiento provocado. El artículo 140 de la Ley Procesal de Familia, se refiere a aspectos relativos a la investigación de la filiación, y es necesario aclarar que a solicitud de parte o de oficio, el Juez ordenará que se practiquen las pruebas científicas necesarias al hijo, a sus ascendientes y a terceros, para reconocer de manera pericial, las características antropográficas, hereditarias y biológicas del hijo y del presunto padre.

La negativa del padre o de su representante legal a someterse a la práctica de exámenes, debe ser evaluada por el Juez de acuerdo a las reglas de la sana crítica. *“Sin embargo, dicha disposición debe interpretarse en el sentido que la valoración de la pruebas debe ser armónica con respecto a los*

⁹⁷Hernández, La filiación en las técnicas de reproducción humana asistida, 17-18.

⁹⁸ Ley Procesal de Familia, D.L N° 133, del 14 de septiembre de 1994, D.O N° 173, Tomo N° 324, publicado el 20 de septiembre de 1994. En su artículo 140 menciona “En los procesos de investigación de la paternidad o de la maternidad, el Juez a solicitud de parte o de oficio, ordenará que se practiquen las pruebas científicas necesarias al hijo y a sus ascendientes y a terceros para reconocer pericialmente las características antropomórficas, hereditarias y biológicas del hijo y de su presunto padre o madre. La negativa de la parte o de su representante legal, en su caso, a la práctica de estos exámenes, deberá ser apreciada por el Juez de acuerdo a las reglas de la sana crítica. Cuando se trate de demandar a un menor de edad, éste podrá comparecer personalmente al proceso y nombrar apoderado.”

derechos del demandado".⁹⁹ El artículo 141 de la citada ley, hace referencia a que en cualquier estado del proceso en que se produzca el reconocimiento del hijo conforme a lo establecido en la Ley; el juez fallará al pronunciar la sentencia correspondiente, lo cual, en ningún caso, restringe las facultades del Juez de Familia de investigar de oficio la verdad, en beneficio del interés superior del menor, ya que debe confirmar o desmentirlo manifestado por las partes, si esto fuere procedente a partir de la naturaleza, complejidad o circunstancia del caso.

El artículo 142 del mismo código, establece que el Juez, al decidir sobre la filiación, se pronunciará además sobre el ejercicio de la autoridad parental, la custodia y los alimentos cuando fuere el caso. *"...lo cual es muy importante ya que es parte de la necesidad de protección integral que tiene el menor, en función del interés del mismo"*.¹⁰⁰ El artículo 143 de la Ley Procesal de Familia, establece el procedimiento a seguir en caso del reconocimiento provocado; se cita dentro del plazo de 3 días hábiles al supuesto padre a audiencia para que reconozca o no la paternidad a él atribuida; si este se negare a declarar, o declare de forma evasiva, o se negare a practicar la prueba científica que ordena el Juez, se tendrá por reconocida la paternidad. *"Consiste en la manifestación del padre ante el juez, al aceptarla paternidad a él atribuida, o bien, negándola, para cuyo efecto ha sido necesario que sea citado de manera previa por el juez de familia, a través del procedimiento señalado en el artículo 146 del Código de Familia, donde opera una presunción legal de paternidad, y salvaguarda el derecho de impugnarla."*¹⁰¹

⁹⁹ González, *Fecundación in vitro*, 98.

¹⁰⁰ *Ibid.* 98-99.

¹⁰¹ *Ibid.* 96. En el artículo 146 de la Ley Procesal de Familia se contempla: "El Juez al ejercer control jurisdiccional sobre todas las medidas de protección que ordene o ejecute el Instituto Salvadoreño de Protección al Menor podrá confirmarlas, modificarlas, revocarlas o hacerlas cesar.

Pero, aunque exista un procedimiento para determinar la filiación, los niños y adolescentes, nacidos como producto de las técnicas de reproducción humana asistida, se encontrarán en una inseguridad jurídica, con relación al establecimiento de a quién debe de considerársele padre legal o madre legal, según sea la técnica utilizada, y por tanto ¿de quién serán las obligaciones de brindarle alimentos, cuidado, educación y todas aquellas obligaciones y derechos que se desprenden de las relaciones filiales?. Llama poderosamente la atención ¿de qué forma el Estado Salvadoreño protege el derecho a la filiación de estas personas?

2.3.3 Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia (LEPINA)

La Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia¹⁰² en adelante LEPINA nace a la vida jurídica con el propósito de darle protección a la niña, niño y adolescente, si bien es cierto inculca dentro del mismo ya no como objetivo solo el niño y niña sino también el hecho de que el adolescente se le debe proteger como tal.

En lo sustantivo de la ley, precisamente en el considerando número IV nos establece: *“Que las niñas, niños y adolescentes, nacen e inician su vida como seres completamente dependientes y sujetos plenos de derechos... ya que es obligación del Estado, brindar la seguridad y certeza jurídica que toda niña, niño y adolescente necesita para su pleno desarrollo”*.

Se observa que tiene el mismo enfoque que ha establecido la Constitución, como analizábamos anteriormente, lo que se buscaba al

¹⁰² Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, D.L N° 839, D.O N° 68, publicado el 16 de abril de 2009.

implementar esta Ley era garantizar el ejercicio y disfrute pleno de los Derechos y facilitar el cumplimiento de los deberes de toda niña, niño y adolescente en El Salvador.

De manera que cuando se aborda el tema de “la protección del derecho a la filiación por parte del Estado salvadoreño, del niño, niña y adolescente, concebido como producto de las técnicas de reproducción humana asistida” la LEPINA intenta velar porque no se violenten los derechos constitucionales y como persona humana tienen estos.

En el artículo 11 de dicha ley, se establece el principio de igualdad, de la no discriminación y de la equidad, establece que todo niño niña y adolescente es igual ante la ley y que no puede realizarse ninguna distinción en cuanto a la filiación, se debería de entender que también los niños concebidos mediante las TRHA, son iguales ante la ley. Así la equidad y justicia se hacen parte integral del principio de no discriminación y, ambas figuras serán de aplicación garantista en y a través de los medios o mecanismos de protección a derechos colectivos o difusos, o a derechos individualmente considerados, según sea el caso¹⁰³. ¿Qué pasaría entonces si en la Republica de El Salvador se concibiera una persona como producto de las técnicas de reproducción humana asistida? Ciertamente la ley en mención tendría aplicación en el caso concreto, materializando la previsibilidad del derecho, lo cual significa que este debe siempre prever situaciones, de tal suerte que la LEPINA es un mecanismo legal poderoso en cuanto a la protección de la filiación en personas producto de la TRHA respecta.

¹⁰³ Yuri Emilio Buaiz Valera, *Ley de protección integral de la niñez y adolescencia (LEPINA) comentada*, (Libro Primero, Editorial Concejo Nacional de la Judicatura, 2013), 142-143.

Asimismo la LEPINA en su artículo 74 define la identificación que debe tener todo niño, niña y adolescente y nos dice: El nacimiento de una persona debe ser inscrito de forma inmediata y gratuita en el Registro del Estado Familiar. Es obligación del Estado garantizar que las personas recién nacidas sean identificadas oportunamente.

El Estado garantizará el Derecho a la identificación mediante el servicio del Registro del Estado Familiar con procedimientos ágiles y sencillos para la inscripción de los nacimientos, los cuales deberán fundamentarse en las disposiciones de los siguientes artículos.

Asimismo, adoptará medidas específicas para facilitar la inscripción de las niñas, niños y adolescentes que no lo hayan sido oportunamente. Aunado a ello el derecho a la identidad que todo menor de edad tiene específicamente cuando se trata de técnicas de reproducción humana asistida versa sobre la idea de la identificación que todo niño, niña y adolescente que deberá tener frente a la sociedad.

En el artículo 78, se establece que sin importar el origen de su filiación el niño y adolescente tiene el derecho a conocer a su madre y padre y ser criados por ellos, aunque muchas veces los hijos no pueden ser criados por sus padres, depende de la situación familiar en la que se encuentre; en este apartado tenemos un elemento muy importante que abre el camino a la protección del derecho a la filiación de los niños y adolescentes concebido como producto de las TRHA, porque se consigna en la Ley “sin importar el origen”, dando paso a que la filiación además de ser consanguínea, adoptiva, podrá ser también producto de las técnicas de reproducción humana asistida, aunque siempre será lo más necesario establecer una ley especial que regule esta situación.

2.3.4 Código Penal

Las técnicas de inseminación artificial en la legislación salvadoreña, han sido reguladas por primera vez en el Código Penal vigente desde mil novecientos noventa y ocho, a través de un nuevo delito denominado la inseminación artificial no consentida, ilícito relativo a la libertad; en el capítulo tercero referente a la inseminación artificial, en el artículo ciento cincuenta y seis del Código¹⁰⁴, se establece que: *“el que inseminare artificialmente a una mujer será sancionado con prisión de dos a cuatro años”*. *“El que inseminare a mujer menor de catorce años, será sancionado con prisión de tres a seis años.”*¹⁰⁵

Esta figura delictiva novedosa tiene como base para su comisión ejecutar una inseminación sin consentimiento de la persona objeto de intervención médica, es decir, “el bien jurídico protegido es la libertad de obrar en un aspecto muy concreto el cual es la decisión de obrar en torno la realización de las técnicas de reproducción asistida consistente en la inseminación artificial. El sujeto activo está constituido por personas con suficiente formación y conocimiento para realizar una inseminación artificial, mientras que el sujeto pasivo puede ser exclusivamente una mujer, la cual, si es soltera y menor de catorce años dará lugar a la aplicación de la penalidad agravada prevista en la parte final del artículo”.¹⁰⁶

¹⁰⁴ Código Penal, Decreto Legislativo No. 310 de fecha 24 de marzo de 2010, publicado en el Diario Oficial No. 64, Tomo 387 de fecha 09 de abril de 2010. El elemento más importante es la voluntad de someterse a las técnicas de reproducción humana asistida.

¹⁰⁵ En este segundo inciso la conducta es punible aunque se cuente con el consentimiento de la mujer, pues el que hace atípica la conducta debe provenir de mujer mayor de edad y en plenitud de sus facultades y careciendo de vicios de la voluntad.

¹⁰⁶ Francisco Moreno Carrasco y Luis Rueda García, *Código penal comentado*, Tomo 1 (El Salvador: Editorial Consejo Nacional de la Judicatura, 2003), 592-594.

Asimismo, regula el delito de inseminación artificial fraudulenta en el artículo 157 el cual establece: *“el que alterar fundamentalmente las condiciones pactadas para ejecutar una inseminación artificial o lograre el consentimiento mediante engaño o falsa promesa, será sancionado con prisión de dos meses a dos años”*.

El cual tiene como objetivo sancionar a los sujetos que realicen los actos que tengan como finalidad conseguir el consentimiento de una mujer en forma fraudulenta para efecto de ejecutar en ella una inseminación artificial.

Por lo que puede observarse en la legislación penal, sí previo las probables consecuencia que se podrían derivar de la práctica de la inseminación artificial, dejando abierto la posibilidad de que las personas pueden acudir a una inseminación artificial ya sea homóloga o heteróloga siempre y cuando exista el consentimiento de los sujetos y cómo podemos notar, el derecho penal funciona cuando todo lo demás falla.

2.3.5 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.

En ese sentido, el artículo 1 de la Constitución, establece que desarrollará los principios constitucionales relacionados con la salud pública y la asistencia social, asimismo las normas de organización, funcionamiento y facultades del Consejo Superior de Salud, del Ministerio de Salud Pública y

Asistencia Social. Estas instituciones son los entes encargados según lo establece el artículo 14 literal "o"¹⁰⁷, en colaborar con el órgano ejecutivo en los ramos correspondientes y organismos de vigilancia respectivos, en la elaboración de leyes y reglamentos relacionados con la salud. 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. Asimismo, la creación, organización y funcionamiento de las instituciones receptores de material genético a utilizar en las mismas, está regulado en el literal "d" del mencionado artículo. La medicina convencional distingue diversas acepciones para determinados casos relacionados con el nuevo ser que se encuentra en el vientre materno, sobre todo con las nuevas aplicaciones de técnicas de fecundación artificial.

- a) Embrión extrauterino y embarazo extrauterino: Es aquel formado en el laboratorio mediante fecundación "in vitro" y que es trasplantado al útero de la mujer antes de los 14 días después de la fecundación al vientre materno, aunque también antes de este plazo, es congelado y mantenido en esa situación hasta que sea implantado; sin embargo, embarazo ectópico¹⁰⁸ (E.E.) se define como, la implantación del óvulo fecundado fuera de la cavidad uterina.
- b) Embrión anidado en la mujer: la fecundación se realiza ya sea por vía natural o artificial, en una trompa de falopio, desde donde el cigoto se dirige a la cavidad uterina, implantándose en su mucosa; durante este recorrido el cigoto empieza a dividirse dando lugar a un embrión que

¹⁰⁷ Código de Salud, Decreto Legislativo número 955, de 28 de abril de 1988, Diario Oficial número 86, Tomo número 299, de 11 de mayo de 1988.

¹⁰⁸ Mohamed Addi, José Santiago Cuadri Artacho y José Antonio Navarro Repiso. "Embarazo ectópico", apartado postal 595.3, <http://www.medynet.com/usuarios/jraguilar/Manual%20de%20urgencias%20y%20Emergencias/embecto.pdf>

se encuentra en un saco membranoso denominado vulgarmente como bolsa de las aguas, o denominado en términos médicos como saco amniótico, el cual está formada por dos membranas muy resistentes, el que el feto se desarrolla.¹⁰⁹

- c) Feto humano: la biología reserva el nombre de feto para la fase más avanzada del desarrollo embrionario, designando con este término al embrión con apariencia humana y sus órganos formados (ya que durante la vida fetal no se forman órganos o tejidos nuevos, sino que se produce la maduración de los ya existentes), preparándole para asegurar su viabilidad y autonomía después del nacimiento.

Se trata ya de una fase avanzada del desarrollo embriológico que va desde la finalización de la organogénesis hasta el momento del nacimiento y suele comenzar al tercer mes de embarazo.¹¹⁰

2.4 Políticas orientadas a la protección del derecho a la filiación

El Consejo Nacional de la Niñez y de la Adolescencia (CONNA), como ente rector en materia de niñez y adolescencia, sienta las bases sobre las cuales han de construirse nuevas estrategias de desarrollo que contribuyan con la mejora de las condiciones de vida de las niñas, niños y adolescentes, y en tal sentido el cumplimiento de sus derechos. La Política Nacional de Protección Integral de la Niñez y de la Adolescencia, (PNPNA) dichas políticas elaboradas por el CONNA, hace expreso el acuerdo social de

¹⁰⁹ Según lo establecido por la Asociación Argentina de Banco de Tejidos (AABT). <http://www.aabtweb.org/membrana.html>. Es decir, donde se encuentra flotando el nuevo ser.

¹¹⁰ Gastón Federico Blasi. "Análisis médico, jurídico y filosófico sobre el status del nasciturus en el ordenamiento positivo argentino: Investigaciones en Ciencias Jurídicas y Sociales, *Ley, razón y justicia*, Vol. VIII, n. 11 (2007): 5. www.revistapersona.com.ar/Persona45/45Blasi.htm

establecer con prioridad un conjunto sistemático de objetivos y directrices de naturaleza pública, cuya finalidad es garantizar el pleno goce de los derechos de niñas, niños y adolescentes, a través del cumplimiento de las obligaciones que corresponden al Estado, a las familias y a la sociedad.¹¹¹

En las políticas establecidas se mencionan políticas orientadas a la consecución de los Derechos de supervivencia y crecimiento integral, Derechos de protección, Derechos al desarrollo, Derechos de participación, entre otros¹¹², así también sobre las estrategias y las líneas de acción que deben ser tomadas para su consecución. Lastimosamente en todas estas políticas no se encuentran ninguna dirigida a la protección del Derecho a la filiación de los niños niñas y adolescentes concebidos como productos de las TRHA, lo más relacionado que se puede encontrar es la línea de acción número 3.2.3 sobre el Derecho al desarrollo que dice lo siguiente: *“promover y garantizar el Derecho que tienen los niños, niñas y adolescentes a mantener relaciones personales con su padre y su madre”*¹¹³. Es lo único que establecen estas políticas, que niños mantengan un vínculo con sus padres.

El hecho de que no existan políticas para proteger el Derecho a la filiación, y sobre todo el Derecho a la filiación de los niños concebidos mediante las TRHA, es una de las consecuencias que conlleva a no tener una regulación específica en esta materia, ya que las políticas como medidas estatales.

¹¹¹ Política Nacional de Protección Integral de la Niñez y de la Adolescencia. Encontrado en: http://www.conna.gob.sv/?page_id=1349

¹¹² Dichas políticas están siendo desarrolladas a partir del año 2013 hasta el año 2023, período en el cual podrá ser revisada o ajustada en alguno de sus objetivos y directrices por mandato del Consejo Nacional de la Niñez y de la Adolescencia, CONNA, cumpliendo con los procesos de participación y consulta establecidos en la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, LEPINA.

¹¹³ PNPNA, 85. Encontrado en: http://www.conna.gob.sv/?page_id=1349

Quieren lograr el cumplimiento de las legislaciones, para obtener el bienestar común de la persona como fin del Estado, pero sino existe una Ley entonces no podrá existir una políticas orientadas a ejercer protección adecuada, de tal manera que el Estado vulnera gravemente el derecho objeto de la presente investigación.

2.5 Programas orientados a la protección de la filiación

Existen programas para la protección de la niñez y adolescencia en El Salvador, por medio de la política nacional de atención integral de la niñez. Podemos citar programas como “También soy Persona”, del Instituto Salvadoreño para el Desarrollo Integral de la Niñez y Adolescencia (ISNA); programas de salud, programas de protección y atención de la niñez y adolescencia migrante, campañas como “Por Ser Niña”, de Plan El Salvador; “No te indigna”, de la propia Unicef, entre otros.

En materia de filiación en El Salvador no existen programas para proteger el derecho a la filiación, mucho menos programas sobre el derecho a la filiación de los niños, niñas y adolescentes concebidos como producto de las TRHA, estos programas son completamente nulos, lo cual es lógico, como se comentó en el apartado anterior, al no existir Leyes específicas orientadas a la protección de la filiación, no pueden existir políticas, y nos lleva a la inexistencia de programas dirigidos al desarrollo de estos niños, niñas y adolescentes en El Salvador.

Si bien es cierto que aunque El Salvador no marche a pasos agigantados en tecnología no quiere decir que las técnicas de reproducción humanas asistida no se van a implementar en el mismo; de lo anterior podemos comentar que hasta la fecha, las administraciones

gubernamentales anteriores a la actual no han determinado programas para la implementación de dichas investigaciones científicas como lo son las Técnicas de Reproducción Humana Asistida, y si lo han hecho estas no han sido de forma expresa y definitiva sino de una forma desinteresada y efímera, quedando el Estado Salvadoreño ante una inminente deuda científica, tecnológica y por ende Jurídica.

CAPITULO III

**LA VULNERACIÓN POR PARTE DEL ESTADO SALVADOREÑO AL
INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO Y ADOLESCENTE CONCEBIDO COMO
PRODUCTO DE LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA
ASISTIDA**

En el presente capítulo se determinará de una manera generalizada como el Estado de El Salvador está vulnerando el interés superior del niño, niña y adolescente concebido como producto de las técnicas de reproducción humana asistida, es así que se detallará las instituciones en materia de filiación y la clasificación de las técnicas de reproducción en búsqueda del interés superior del menor.

3.1 Protección del Estado

El Estado es la forma de organización política, dotada de poder soberano e independiente, que integra la población de un territorio, hace referencia a la organización social, política, coercitiva y económica, conformada por un conjunto de instituciones que tienen el poder de regular la vida en sociedad. Cada Estado trae consigo un fin o una finalidad, que es lograr el bien común de sus habitantes. La única forma en la cual el Estado puede llevar a cabo su fin, es cumpliendo su deber de protección, por ello el Estado se obliga a tomar o realizar disposiciones y medidas para que sea eficaz dicha protección.¹¹⁴

¹¹⁴ Juan David Mateu Alonso y Diego Sánchez, *Filosofía, Poder y Estado: legitimidad y gobierno* (España: Editorial Anaya Educación, 2015), 251. La finalidad del Estado Salvadoreño, en cuanto al bien común, es lograr que cada niño, niña y adolescente, cuya filiación sea por consanguinidad, adopción o por adopción, es que sean protegidos en cuanto a su derecho a la filiación sin ninguna distinción.

El Estado salvadoreño, a través del artículo uno de la Constitución de la República reconoce a la persona humana como su origen y su fin, es decir “según esta concepción (...) el Estado (...) tendrá sentido sólo como un medio puesto al servicio de la persona humana (...), como un instrumento para la realización de los fines de ésta (...)”¹¹⁵

En ese mismo orden de ideas, la Constitución establece en el citado artículo uno que reconoce como persona humana a todo ser humano desde el momento de la concepción, siendo que la concepción es la fusión de dos células sexuales para dar lugar a la célula cigoto y la misma se implanta en el útero dando vida a un nuevo ser, como se expuso en capítulos anteriores. La jurisprudencia constitucional ha clarificado el *sentido personalista de los fines del Estado*: "de modo figurado la Constitución habla de los fines del Estado (...), [ya que] estos ‘fines’ estatales sólo pueden tener como último objetivo la realización de los fines éticos de la persona humana; por tanto, los órganos estatales no deben perder de vista que su actividad siempre debe orientarse a la realización de la persona humana, tanto en su dimensión individual como social, sin anteponer a este objetivo supremo, supuestos ‘fines’ de la colectividad como conjunto orgánico, o del Estado como ente superior a aquélla, pues en este caso su actuación devendría en inconstitucional por vulnerar el artículo 1 de la Ley Primaria¹¹⁶, y es en virtud de estos preceptos, que el Estado salvadoreño debe reglar la filiación por técnicas de reproducción asistida, como respuesta a la protección que debe garantizarse a los niños, niñas y adolescentes productos de las mismas.

¹¹⁵ Sentencia de 19-VII-1996, inc. 1-92, considerando IV 1.

¹¹⁶ Sentencia de 19-VII-1996, inc. 1-92, considerando IV 4. En otras palabras, la persona humana es el principio, el medio y el fin del Estado.

La historia nos muestra que las cualidades o propiedades que definen a una persona o a un ser humano no son inherentes o absolutas, sino que son un producto de la motivación humana, y se relacionan con el logro de propósitos humanos o sociales. Por ejemplo, antes de 1869, la Iglesia Católica definía que la vida de una persona comenzaba con lo que en inglés se denomina “quickenning” (en español: animación, cuando se sienten los movimientos del feto), pero a la luz de un mejor conocimiento de la biología reproductiva, ese año modificó ese criterio y consideró que la vida comienza con la concepción. Concepción fue una analogía del embarazo, que se entiende médicamente como la implantación embrionaria en la pared uterina. No obstante, con el desarrollo más reciente de las técnicas de reproducción humana asistida esto es aplicado por algunos defensores religiosos para referirse a la fecundación.

Desde el punto de vista médico, hay que distinguir entre fertilización y concepción. La fertilización es un paso en el camino de la concepción. Muchos óvulos se fertilizan pero pocos embarazos son concebidos. El acto de la concepción o el acto de concebir el embarazo se presenta con la transferencia del embrión y la posterior implantación de ese embrión en el útero de la mujer dentro del par de días siguientes y con la prueba de embarazo positiva aproximadamente dos semanas después. El acto de concebir en este caso se considera como el acto de lograr un embarazo. Por lo tanto, la concepción ocurre a partir de la transferencia de embriones.

En pocas palabras, hay dos etapas fundamentales en el proceso biológico después de la relación sexual: i) El primero es la fertilización; esto tiene lugar después de que los espermatozoides del hombre y el óvulo de la mujer se han unido...ii) La otra etapa clave es la implantación; esto se produce después de que el óvulo fertilizado se ha movido hacia el interior del

vientre materno. Se trata de un proceso por el que el óvulo fertilizado se adhiere físicamente a la pared del útero. El proceso no se inicia hasta, como muy pronto, unos cuatro días después del comienzo de la fertilización. Recién en ese momento se puede hablar de embarazo, consecuentemente, recién en ese momento se produce la concepción.¹¹⁷

De lo expuesto, se desprende que en ambos supuestos, por naturaleza y por técnicas de producción asistida, la persona comienza en un mismo momento: cuando comienza el embarazo; y esto se produce en el momento de la concepción, cuando el óvulo fecundado se adhiere a las paredes del útero.

3.1.1. Doctrina de la protección integral de la niñez

La protección integral de la niñez presenta dos aspectos fundamentales: la protección social y la protección jurídica. Se afirma que la protección social es una función política porque debe ser impulsada desde la Administración Pública, la cual mediante programas tendientes al bienestar de la niñez debe crear las condiciones requeridas para su pleno desarrollo biológico, psicológico y social.

En este sentido, la Administración Pública debe implementar los mecanismos legales y estructurales que permitan la satisfacción de los derechos fundamentales de la niñez, preocupándose por favorecer su desarrollo en el ámbito familiar y consecuentemente, mejorando las condiciones de salud, educación, recreación y trabajo, en los casos y

¹¹⁷ Consejo Nacional de la Judicatura, “Ventana Jurídica No. 12”, (Enero – Junio 2014): 162-163.

condiciones en que el desempeño laboral de los niños y niñas es legalmente permitido.¹¹⁸

Como se menciona anteriormente, la Administración Pública, a través de actos administrativos, debe propiciar todas las condiciones para el desarrollo de la niñez, o como lo dice la Sala de lo Constitucional en la resolución de sobreseimiento de 10- XII-1997, amparo 19-G-94, considerando 1 que: “para comprender a cabalidad la naturaleza de los actos administrativos, debe partirse del hecho que la actividad administrativa del Estado está compuesta por una serie de actuaciones, mediante las cuales se busca cumplir con sus fines primordiales, consagrados en el art. 1 Cn. Cuando tales actuaciones consisten en actos que determinan situaciones jurídicas concretas se habla de acto administrativo.” La protección integral de los derechos de los niños constituye un enfoque amplio, ya que cada Estado debe continuamente, asegurar nuevos y mejores niveles de reconocimiento y así también formas de hacerlos efectivos de los derechos de la niñez. Por esta razón, deben de tomarse en cuenta todos los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos, no solo aquellos que específicamente están dirigidos a la protección del sector infantil.

El jurista y experto en derechos de la infancia, Emilio García Méndez, intenta dar una definición de la doctrina de la protección integral, y nos dice lo siguiente: “*con el término Doctrina de la Protección Integral se hace*

¹¹⁸ Hasel Stefany Muñoz Guerrero, Nancy Patricia Ortiz González y Cristela Elizabeth Ramírez Lara. “El Estado de la protección integral de los menores en resguardo, en el Instituto Salvadoreño para el Desarrollo Integral de la Niñez y la Adolescencia ISNA, conforme a la Convención sobre los Derechos del Niño” (trabajo de investigación para obtener el grado de Licenciada en Ciencias Jurídicas, Universidad de El Salvador, El Salvador, 2010), 58. La protección integral no solamente debe buscar el reconocimiento de los derechos de la niñas, sino formular mecanismos para poder cumplir con esos derechos y que no solo queden plasmados en un papel, sino buscar hacerlos realidad.

referencia a un conjunto de instrumentos jurídicos de carácter internacional que expresan un salto cualitativo fundamental en la consideración social de la infancia.¹¹⁹ En este caso sostiene como antecedentes directos, en primer lugar la Declaración de Ginebra sobre los Derechos del Niño, es el primer texto histórico que reconoce la existencia de derechos específicos para las niñas y niños, además de la responsabilidad de las personas adultas sobre su bienestar. Sin embargo, este texto no tenía fuerza vinculante para los Estados¹²⁰.

Posteriormente nace la Declaración de los Derechos del Niño, la cual fue aprobada el 20 de noviembre de 1959, de forma unánime por todos los 78 Estados miembros de la ONU, esta Declaración se integra de un preámbulo y diez principios; en el preámbulo se establece que el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidados especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después de su nacimiento.¹²¹

Subsiguiente a esta Declaración surge la Convención de los Derechos del Niño, fue adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, es un tratado internacional de las Naciones Unidas, a través del cual se enfatiza que los niños tienen los mismos

¹¹⁹ Emilio García Méndez, *Derecho de la infancia adolescencia en américa latina: de la situación irregular a la protección integral*, (Colombia: Ediciones Fórum Pacis, 1994), 191.

¹²⁰ *Declaración de Ginebra sobre los Derechos del Niño*, fue adoptada por la Sociedad de Naciones, predecesora de la Organización de Naciones Unidas, en 1924. Encontrado en: <http://www.humanium.org/es/ginebra-1924/> sitio web de Humanium ONG Internacional. Según las declaraciones de los derechos del niño y la Constitución de la Republica, los derechos de la niñez deben ser reconocidos desde antes de su nacimiento, como un mecanismo que garantice desde su nacimiento hasta su desarrollo personal, pero en nuestro país simplemente no hay mecanismos que ejecuten esos derechos de maneras eficaces.

¹²¹ *Declaración de los Derechos del Niño*. Encontrado en: «Declaración de los Derechos del Niño, 1959» sitio web de Humanium ONG Internacional.

Derechos que los adultos, y se subrayan aquellos derechos que se desprenden de su especial condición de seres humanos que, por no haber alcanzado el pleno desarrollo físico y mental, requieren de protección especial¹²².

Este es el primer tratado vinculante a nivel internacional que reúne en un único texto sus derechos civiles, políticos, sociales, económicos y culturales.

En el artículo tres de esta última Convención, se establece que en todas las medidas que se tomen por parte del Estado, incluyendo instituciones públicas o privadas, se deberá tener en consideración primordial el interés superior del niño, que lo que busca es el bienestar de cada niño.

3.1.2 El interés superior del niño

El expositor Miguel Cillero, resalta que el interés superior del niño no es simplemente un principio jurídico, afirma que es un principio jurídico garantista, en cuanto permite la resolución de conflictos de Derechos y a la vez promueve su protección efectiva, es necesario explicar que el autor es enfático en expresar que gracias a la promulgación de la Convención, ya no es posible afirmar que el interés superior del niño es una concepto indeterminado, debido a que su contenido es precisamente el catálogo explícito de derechos contenidos en la misma Convención.

Miguel Cillero resalta la necesidad de plantear una discusión en relación al interés superior y los demás Derechos de la Convención, debido a

¹²² Convención de los Derechos del Niño. Encontrado en sitio oficial de UNICEF: https://www.unicef.org/spanish/crc/index_30229.html . Siendo un tratado Internacional de 54 artículos que profundiza los derechos del niño, reafirmando la necesidad de proporcionarles.

que el concepto tiene sentido en la medida que las autoridades se encuentran en estricta sujeción en forma y contenido de los Derechos.¹²³

El principio de interés superior del niño tiene por objetivo la promoción y garantía del bienestar de todos los niños. Y ello, según varios aspectos:

- a) El bienestar físico: asegurar la buena salud y el buen desarrollo del niño (salud, alimentación, higiene, protección contra el maltrato y actividades perjudiciales para la salud física del niño, entre otros)¹²⁴.
- b) El bienestar mental: ofrecer al niño la posibilidad de desarrollarse intelectualmente (salud mental, alimentación, educación, protección contra el maltrato y actividades perjudiciales para la salud mental del niño, tiempo libre).
- c) El bienestar social: asegurar al niño la posibilidad de realizarse social y espiritualmente, entre otros aspectos (libertad de expresión, opinión, participación, pensamiento, consciencia, religión, tiempo libre, entre otros).¹²⁵

La protección al niño debe ser provista ante todo por los padres y la comunidad que lo acoge, y luego por el Estado. Como es evidente, el

¹²³ Miguel Cillero, *El Interés Superior del Niño en el Marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño* (Costa Rica: Ponencia presentada en el I Curso Latinoamericano: Derechos de la Niñez y la Adolescencia; Defensa Jurídica y Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, del 30 de agosto a 3 de septiembre de 1999), 8.

¹²⁴ Eugeen Verhellen, *La Convención sobre los Derechos del Niño: Trasfondo, motivos, estrategias, temas principales* (Belgica: Editorial Garant, 2002), 80.

¹²⁵ Verhellen, *La Convención sobre los Derechos del Niño*, 81.

bienestar de cada niño no se puede obtener de la misma manera. Cada niño es un individuo único con necesidades específicas.

Además, sus características individuales (edad, sexo, estado de salud, existencia o no de algún tipo de impedimento, la presencia o ausencia de los padres, el entorno, etc.) van a permitir identificar sus necesidades para asegurar su bienestar.

Para asegurar el bienestar y el interés superior del niño, es asunto de los Estados el establecer un sistema eficaz de protección al niño; los Estados deben ratificar las principales normas internacionales de protección a los Derechos del niño y traspasarlas en su legislación con el fin de crear un sistema de protección eficaz¹²⁶.

3.1.3 Vulneración por parte del Estado salvadoreño

Desde el momento en que el Estado de El Salvador ratificó la Convención de los Derechos del Niño en el año 1990¹²⁷, convirtiendo el texto de dicho instrumento jurídico internacional de carácter vinculante en parte del ordenamiento jurídico nacional, el país asumió un posicionamiento ético y político e insertó en la perspectiva de derechos humanos, en la cual El Salvador reconoce a los niños, niñas y adolescentes como sujetos plenos de derechos y, adopta, en consecuencia, el enfoque orientador de la doctrina de

¹²⁶ Emilia Rivas Lagos, "La evolución del interés superior del niño: hacia una evaluación y determinación objetiva" (Trabajo de Graduación para optar al Grado de Licenciado de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile, Santiago de Chile, 2005), 17.

¹²⁷ La convención sobre los derechos del niño fue firmada el 26 de enero de 1990 y ratificada mediante Decreto N° 487 del 27 de abril de 1990 por el gobierno de El Salvador, lo que la convierte por mandato constitucional, en una ley interna vigente y de superior jerarquía a la ley secundaria. El Artículo 4° Inciso 3° de La Convención sobre los Derechos del Niño, impone a los Estados que han ratificado, la obligación de armonizar la legislación interna con los postulados de la Convención sobre los Derechos del Niño.

la protección integral de los derechos de la niño, niña y la adolescente como paradigma de reflexión y acción¹²⁸

Entonces, si es deber del Estado proteger de forma integral a niños, niñas y adolescentes, ¿dónde queda la protección al derecho de filiación de los niños nacidos producto de las técnicas de reproducción humana asistida?, al ratificar la convención sobre los derechos del niños, se prosiguió a la creación de leyes que atendieran al interés superior del niño para poder ser eficaces, pero como mencionamos anteriormente sobre el Anteproyecto documento base del Código de Familia del año de 1990, se determinaba que estos casos especiales de filiación, serian regulados por medio de una Ley especial, el Código de Familia entro en vigencia en el año 1994 y dicha disposición que se encontraba en el artículo 143 fue retirada sin haberse expresado los motivos.

Veintitrés años después, aún no ha sido formulada esa ley, de tal manera los avances científicos han evolucionado a gran escala, pero las leyes de El Salvador siguen sin progresar, no se está atendiendo a la protección integral del niño, ya que el goza del beneficio de la identidad, por consecuencia saber su origen y conocer a sus padres biológicos si el así lo requiere, pero sin una regulación específica, ¿En qué medida se protege el Derecho a la filiación de los niños, niñas y adolescentes concebidos como producto de las técnicas de reproducción humana asistida?. La medida es casi nula.

Lo anterior, constituye una enorme vulneración de derechos fundamentales de la persona humana, llámese niño, niña y adolescente

¹²⁸ FESPAD. *Convención sobre los derechos del niño y protocolos facultativos: explicados*, (Editorial FESPAD Save the Children, El Salvador, 2002), 2.

producto de las técnicas de reproducción humana asistida, ya que se vulnera el principio de seguridad jurídica constitucional que, a su vez, también conlleva a vulnerar derechos como alimentos¹²⁹, a una identidad¹³⁰, salud mental¹³¹, educación, entre otros; en cuanto a este valor, la Sala de lo Constitucional señala que: "la seguridad jurídica es, desde la perspectiva del derecho constitucional, la condición resultante de la predeterminación, hecha por el ordenamiento jurídico, de los ámbitos de licitud e ilicitud en la actuación de los individuos, lo que implica una garantía para los derechos fundamentales de la persona y una limitación a la arbitrariedad del poder público.

Puede presentarse en dos manifestaciones: la primera, como una exigencia objetiva de regularidad estructural y funcional del sistema jurídico a través de sus normas e instituciones; y en la segunda, en su faceta subjetiva, como certeza del derecho, es decir, como proyección, en las situaciones personales, de la seguridad objetiva, en el sentido que los destinatarios del derecho puedan organizar su conducta presente y programar expectativas

¹²⁹ Art. 247 del Código de Familia.- Son alimentos las prestaciones que permiten satisfacer las necesidades de sustento, habitación, vestido, conservación de la salud y educación del alimentario. Por lo consiguiente, si el Estado del El Salvador no brinda una certeza legal de su derecho de filiación, está vulnerando su derecho.

¹³⁰ El contenido del derecho a la identidad no se agota con el nombre, incluye además el derecho a una nacionalidad, el establecimiento de relaciones familiares y otros; el mismo ahora es reconocido y robustecido en el Art. 73 LEPINA., que a la letra reza: " Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a la identidad y a los elementos que la constituyen, especialmente al nombre, la nacionalidad, a su relación paterna y materna filiales y a la obtención de documentos públicos de identidad de conformidad con la Ley. En ningún caso serán relacionados en los asientos del Registro del Estado Familiar o en los documentos que éstos expidan, situaciones que indiquen el origen de la filiación. Es obligación del Estado crear programas para que las instituciones públicas competentes garanticen la identidad de toda niña, niño y adolescente".

¹³¹ Art. 35 de la Constitución de la Republica de El Salvador.- El Estado protegerá la salud física, mental y moral de los menores, y garantizará el derecho de éstos a la educación y a la asistencia.

para su actuación jurídica futura bajo pautas razonables de previsibilidad"¹³² en la presente investigación se sostiene la segunda manifestación que ha dicho la Sala, al señalar claramente que la seguridad jurídica es la “certeza del derecho”, certeza que los niños, niñas y adolescentes no poseen en virtud no encontrarse regulado en la ley su situación jurídica y relevarlo todo al derecho por integración.

Es menester del Estado salvadoreño legislar la situación jurídica de los niños, niñas y adolescentes productos de las técnicas de reproducción humana asistida, y como lo dice la Cámara de Familia de la Sección del Centro en su sentencia referencia 4-A-2012 de fecha 30/04/2012 “Es obligación del Estado crear programas para que las instituciones públicas competentes garanticen la identidad de toda niña, niño y adolescente.”

Pero cabe destacar que la identidad debe ser verdadera, puesto que para el niño, el permanecer sin su verdadera filiación durante el resto de sus años, estaría violentándose así su derecho de identidad, regulado en los Arts. 3, 7, 8, 27 de la Convención sobre los Derechos del Niño; 18 y 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José); Art. 7 Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; 3, 4 y 6 de la Declaración de los Derechos del Niño.”

Además, agrega en la misma sentencia: “La Convención sobre los Derechos del Niño en su Art. 7.1 reconoce el derecho de identidad y sostiene “El niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y tendrá

¹³² Sentencia de 19-III- 2001, Amp. 305-99, Considerando II 2. Es decir, en la primera faceta se sostiene como el funcionamiento de las instituciones jurídicas consignadas en los diversos ordenamientos jurídicos; y en la segunda faceta, que esas instituciones resuelvan las situaciones personales y particulares que acontecen a cada individuo.

derecho desde que nace a un nombre, a adquirir su nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos."

Por su parte el Art. 8.1 de la citada Convención estatuye: "Los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas." A continuación se detalla a nivel doctrinario sobre la institución de la Filiación y las técnicas de Reproducción Asistida, que en su diversidad permiten que existan nuevos retos a superar por los Estados al momento de regular sobre su régimen filiatorio, y sobretodo el reto que el Estado salvadoreño tiene.

3.2 La filiación

3.2.1 Definición de filiación

La filiación¹³³ es la relación o vínculo que se establece entre una persona y sus progenitores, Inicialmente es un puro hecho biológico que se basa, pues, en el vínculo natural de sangre que se crea cuando una persona ha sido procreada o engendrada por otra¹³⁴. El derecho recoge esta relación y la regula, creando una relación jurídica entre padres e hijos.

Esta relación inmediata del padre o la madre con el hijo toma también los nombres de maternidad o paternidad, cuando se considera por parte del padre o de la madre¹³⁵.

¹³³ Jaime Sanz-Diez de Ulzurrun Escoriaza, "La filiación: contenido y determinación", Revista Judicial de la Escuela de Práctica Jurídica. (Madrid, marzo 2006), 2. Encontrado en: [http://www2.uned.es/escuela-practica-juridica/Documentacion%20Familia%20II%20\(Filiacion%20clases%20y%20determinacion.pdf\).pdf](http://www2.uned.es/escuela-practica-juridica/Documentacion%20Familia%20II%20(Filiacion%20clases%20y%20determinacion.pdf).pdf)

¹³⁴ En palabras más sencillas la filiación es la unión biológica entre padre, madre y el hijo, llevada al plano legal, aunque realmente excede la connotación puramente biológica de la procreación humana al comprender en esta relación jurídica la adopción.

¹³⁵ Para los presentes: la filiación no es más que el vínculo jurídico que entrelaza a los sujetos por el simple hecho de establecer una relación biológica de procreación humana existiendo entre estas la procreación de un niño/a se llega a establecer obligaciones y derechos frente a estos.

El jurista italiano Doménico Barbero define la filiación como: “*El hecho de la generación por el nacimiento de una persona, llamada hijo, de otras dos personas, a quienes se llama progenitores*”, además indica también que es la relación jurídica que media entre progenitores e hijos¹³⁶. Este autor se queda muy escaso, porque no siempre puede existir la relación jurídica entre el progenitor y los hijos; así también Guillermo Cabanellas, define a la filiación como “*procedencia de los hijos respecto a los padres; la descendencia de padres a hijos y también la calidad que uno tiene de hijo con respecto de otra persona que es su padre o madre*”¹³⁷. Estas fueron definiciones del siglo pasado, en la que aún no se concebía, que podían sobrevenir otros tipos de filiación.

Para Roberto Suarez Franco, la palabra filiación “*remonta sus orígenes a la acepción latina filius, filii cuyo significado quiere decir: hijo. Filiación significa que es el descendiente que existe entre dos personas, donde uno es el padre o la otra es la madre*”.¹³⁸ En esta definición solo se refiere a una filiación consanguínea, dada por sangre, ya que se habla de descendientes, no da lugar a una filiación derivada de la adopción o del uso de las técnicas de reproducción humana asistida.

El autor Lacruz entiende que la filiación es la procedencia biológica de un hijo respecto de sus progenitores e indica que, “*en principio, la*

¹³⁶ Calderón de Buitrago, *Manual de Derecho de Familia*, 463. No solo hablamos de una relación física entre padres e hijos, sino de una relación que debe de trascender lo físico y llegar a lo jurídico.

¹³⁷ Guillermo Cabanellas, *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*, Tomo IV, 21ª Edición (Argentina: Editorial Heliasta, 1987), 69. Este tipo de definiciones solo concebían la filiación derivada de la consanguinidad.

¹³⁸ Roberto Suárez Franco, *Derecho de Familia* Tomo II, 3a Edición, (Colombia, Editorial Temis, 1999), 3. Al igual el autor Roberto Suarez solo se refiere a un vínculo de sangre, mas no por técnicas de Reproducción asistida.

*relación jurídica debe coincidir con la realidad biológica. Sin embargo, no siempre existe aquella coincidencia*¹³⁹; cuando se menciona que no siempre la relación jurídica debe de corresponder con la relación biológica, podemos entender que le da a la filiación más lugar para expandirse, y ya no solo como un asunto biológico o adoptivo, sino que puede conllevar a otros ámbitos, se habla de un vínculo o una relación de hecho, dada por la convivencia entre la familia.

El Código de Familia que entro en vigencia en el año 1994, define la filiación de la siguiente forma: *“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”*¹⁴⁰, aquí se habla de un lazo de familia, que hay entre los hijos y los padres, es una denominación amplia, en la cual caben otros tipos de filiación; aunque en la clasificación de la filiación de este código lo reduce a dos.

En el ámbito doctrinario se distingue entre filiación legítima o matrimonial, filiación natural o matrimonial y filiación legítima o de reconocimiento de hijos en las cuales se destacan de la siguiente manera: Filiación legítima o matrimonial: esta teoría se manifestaba de las relaciones directas que nacía de los padres e hijos, de la manera que estos eran llamados como tales, cuando en el matrimonio estos habían sido concebidos dentro del mismo; aun después de haber sido disuelto el vínculo matrimonial

¹³⁹ José Luis Lacruz Berdejo, *Elementos de Derecho Civil: Derecho de Familia* (1era. Edición, Tomo IV, Barcelona, Editorial Boch, 1989), 98. Hoy en día la filiación no puede concebirse que la relación jurídica entre padres e hijos pueda coincidir con la realidad biológica.

¹⁴⁰ Código de Familia de El Salvador, D.C. No. 677, del 11 de octubre de 1993, D.O. No. 231, Tomo 321, del 13 de diciembre de 1993. Artículo 133. La definición del Código de Familia es muy amplia, aunque en su clasificación lastimosamente lo reduce a dos de una forma muy marcada, excluyendo otro tipo de filiaciones o vínculos.

pero si estos fueron concebidos al momento de tener la unión matrimonial siempre eran reconocidos como legítimos.; en cambio la Filiación natural: en este tipo de filiación se establecía el vínculo pero solo por medio de la madre de forma automática; más no así del padre, puesto que la filiación solo se daba si el padre de manera voluntaria o judicial lo reconocía.

Esta práctica atentaba contra la dignidad del niño/a puesto que generaba un estado de inferioridad a los hijos legítimos¹⁴¹. En este caso se daba la posibilidad de que se desglosara por medio de tres acepciones: la simple, la adulterina y la incestuosa¹⁴².

Filiación Legitimada: es la que se explicaba en los casos de los hijos que habiendo sido concebidos antes del matrimonio, nacen durante el mismo o los padres lo reconocen antes de contraer nupcias, durante las mismas o después de ellas. Esta tenía por efectos lograr que los mismos tuvieran iguales derechos independientemente nacieran fuera o dentro del matrimonio¹⁴³.

El término filiación es correlativo a las palabras paternidad y maternidad, expresiones que designan el mismo vínculo que une al padre o a la madre con su hijo. La maternidad y la paternidad constituyen la doble fuente de filiación: consiste la primera en el hecho que una mujer haya tenido un parto y que el hijo que pasa por suyo, sea realmente producto de ese

¹⁴¹ Inferioridad legal y natural.

¹⁴² Filiación Consanguínea: la filiación consanguínea es el vínculo de parentesco que surge de la relación genética entre dos personas, por el sólo hecho de la procreación, incluyendo la reproducción asistida con material genético de ambos padres.

Filiación Adulterina: Cuando el hijo es concebido por la madre estando ésta en matrimonio y el padre es distinto al marido o cuando el padre es casado y la madre no es su esposa.

¹⁴³ María de Montserrat Pérez Contreras, *"Derecho de Familia y Sucesiones (Mexico: Colección Cultura Jurídica, 2000)*, 120 -121. Era una forma de abolir la marcada diferencia entre hijos "legítimos" y "no legítimos".

parto; y la segunda en que un ser haya sido engendrado por el hombre que es considerado como su padre.

Es preciso identificar que el parentesco es un elemento del estado de la persona, lazo que le une a los demás individuos que son parte del mismo grupo familiar, resultando que hay dos clases de parentesco, una en línea recta y otra en línea colateral, el primero puede ser ascendente o descendente, y el segundo que descienden de un progenitor común, tal aclaración del parentesco es válida para hacer énfasis que no hay filiación, entre todos los parientes de una familia. Además es importante dejar en claro que la filiación se deriva del parentesco, pero solamente existe filiación como tal, entre los padres y los hijos.¹⁴⁴

La filiación es un hecho biológico en el que una persona ha sido engendrada o procreada por otra, esa realidad biológica es recogida y regulada a posteriori por el ordenamiento jurídico, que distribuye derechos y obligaciones entre padres e hijos. Como hecho natural, se da en toda persona; como derecho jurídico, solo se da cuando es reconocido por el derecho.

En el ordenamiento jurídico del hecho natural de la generación, deriva dos consecuencias jurídicas: la primera de ellas hace surgir la relación jurídica de filiación entre los sujetos a los que atribuye la condición de padre y el sujeto al que se le atribuye la condición de hijo; la segunda atribuye al

¹⁴⁴ Mario Antonio Alvarado López et al., "El Derecho a la filiación Familiar de los menores de edad que se encuentran en abandono por sus progenitores y la adopción como una alternativa real al interés superior del menor", (Tesis para optar al grado de Licenciatura en Ciencias Jurídicas, Facultad Multidisciplinaria de Occidente, Universidad de El Salvador, Santa Ana, El Salvador, 2011), 19.

nacido un status, que consiste en una determinada forma de estar del individuo en la sociedad a través de su pertenencia a un grupo familiar¹⁴⁵.

La filiación se considera una de las notas del estado de familia, la de mayor jerarquía dentro del parentesco y portadora de las más importantes consecuencias jurídicas. Los derechos y deberes que de ella resultan, conforman el vínculo jurídico que liga al hijo con sus progenitores y a éstos con aquel. Se la conceptúa como el "vínculo jurídico" o el "lazo de parentesco" (el parentesco es una situación jurídica) que une al padre con el hijo¹⁴⁶. La filiación es aquel estado jurídico que la ley asigna a determinada persona, deducido de la relación natural de procreación que la liga a un tercero. La filiación origina lazos de descendencia que existe entre las personas, bajo este aspecto, la filiación es tanto un hecho jurídico, como un hecho natural. Lo primero, porque de ella se derivan consecuencias de derecho y lo segundo, porque existiría en la realidad, no obstante que muchas veces el legislador no le presta su protección, y ella no se encuentra subordinada en su nacimiento a la existencia previa de un lazo jurídico entre los progenitores¹⁴⁷.

3.2.2 Características

La filiación procede de la naturaleza de la ley o de la naturaleza y la ley juntas¹⁴⁸, es decir, que la normativa jurídica retoma el derecho de la filiación, estableciendo derechos y obligaciones formalmente en la

¹⁴⁵ Luis Díez-Picazo y Antonio Gullón, *Sistema de Derecho Civil*, Volumen IV, 5ta. Edición (Madrid: Editorial Tecnos, S.A., 1989), 247.

¹⁴⁶ Julio Lopn Del Caunri, *La Filiación*, Capítulo I, 1era. Edición, (Buenos Aires, 1978), 2.

¹⁴⁷ Manuel Somarriva Undarraga, *La Filiación*, Estudio Doctrinal y de Legislación Comparada, (Chile: Imprenta El Esfuerzo, 1931), 19. La filiación originada de la forma que sea siempre trasciende el ámbito natural, para legar a un ámbito jurídico.

¹⁴⁸ Ambroise Colin, y Henry Capitant, *Derecho civil*, volumen 1, 5ta Edición (Madrid: Editorial Tecnos, 1989), 170-171.

misma, ya sea esta ley primaria o secundaria, pero también surge la filiación, del hecho natural del nacimiento que produce efectos jurídicos predispuestos en las leyes, por lo que es importante identificar la procedencia de la misma, por la aplicación o no del derecho de la filiación en su plano objetivo y real. Las características de la filiación por ser un atributo de la persona humana y un derecho de familia reconocido legalmente, se puede describir de la siguiente manera:

- a. Es inalienable: Esto quiere decir que el derecho de la filiación no es susceptible de transacción alguna¹⁴⁹, en este caso este derecho no puede venderse, cederse o traspasarse de una persona a otra.
- b. Es imprescriptible: Esto significa que el derecho no se extingue con el transcurso del tiempo, vale hacer la aclaración que el surgimiento de tal derecho proviene del hecho biológico de la concepción y que se formaliza con la inscripción del nacimiento en el registro del estado familiar del lugar del acaecimiento del hecho.
- c. Es irrenunciable: por ser un acto unilateral del padre y madre hacia el hijo al momento del reconocimiento, el hijo no puede renunciar a éste, porque nadie puede desprenderse de este derecho, porque es inherente, es decir nace y vive con la persona.
- d. Intransmisible: esto significa que por ser un derecho personalísimo propio de la persona natural este en ningún momento puede

¹⁴⁹ Como por ejemplo no se puede vender, arrendar, transferir, etc.

transmitirse ni donarse a otro, únicamente nace de los ascendentes hacia los descendientes y viceversa.

- e. Es recíproco: entendiéndose que al hijo le nace un derecho de la relación con sus padres, es decir que la relación de padre a hijo aparte de las obligaciones moral, ética y de afecto hacia su descendencia existe una relación jurídica que se denomina filiación, y con respecto del hijo a sus padres se denomina paternidad o maternidad según sea el caso¹⁵⁰.

3.2.3 Clasificación de la filiación

La filiación se clasifica en diversos tratados y doctrinas en general, de manera extensa y esto es atendiendo a la situación real y a las necesidades de la región de la cual es aplicado tal derecho. En El Salvador se clasifica de la siguiente manera: filiación biológica o consanguínea, que es aquella que resulta del hecho material del nacimiento de un menor, dándose una unión biológica entre los hijos y sus padres, este fenómeno natural del nacimiento la legislación salvadoreña lo ha aceptado como un principio de verdad absoluta.¹⁵¹

3.2.3.1 Filiación consanguínea

La filiación consanguínea¹⁵², doctrinariamente se divide a su vez en: matrimonial y no matrimonial, en donde la primera corresponde al individuo

¹⁵⁰ Luis Vásquez López, *Estudio del Código de Familia Salvadoreño*, (El Salvador: Editorial Lis, 2000), 25. Hablamos de un derecho mutuo entre hijos y padres de asistencia.

¹⁵¹ Alvarado, "El Derecho a la Filiación Familiar de los Menores de edad", 21-25.

¹⁵² Al momento de procrear y posterior nacimiento de un ser, surge en el vínculo biológico que une a los padres con el nuevo ser, esto implica que el naciente naturalmente adquiere en su existencia, derecho que tiene que cumplir sus progenitores; este vínculo no necesita de una regulación interviniendo las leyes, más bien surgen las leyes consecuentemente con el incumplimiento al derecho natural o derechos esenciales al humano, de allí que se hace necesario la intervención de las normas jurídicas.

cuyos progenitores están unidos en matrimonio; por ende la filiación no matrimonial es la que pertenece a una persona cuyos padres no están unidos en un vínculo matrimonial, advirtiendo que los derechos y obligaciones de los padres respecto de sus hijos no difieren según exista entre ellos un vínculo matrimonial o no obedeciendo al principio de la igualdad de los hijos reconocidos en la legislación de la República de El Salvador.

Uno de los elementos de la filiación consanguínea es la paternidad, este no es susceptible de una prueba directa e inmediata como la maternidad, ya que la paternidad resulta de la concepción y ésta, a diferencia del parto, no puede establecerse materialmente con el testimonio humano. Sin embargo, la investigación científica ha avanzado en este campo a grado tal que en la actualidad, es posible determinar, con certeza, tanto la paternidad como la no paternidad, y esto es posible por medios científicos.

3.2.3.2 Filiación adoptiva

Filiación adoptiva¹⁵³, es aquella que se establece o resulta como consecuencia de un acto jurídico de la adopción creando en el adoptado lazos de familia puramente legales dejando la subjetividad del amor y afecto para cada individuo en cuestión, es así como el adoptado adquiere derechos y obligaciones idénticos a los de un hijo nacido biológico.

¹⁵³ De conformidad a este tipo de filiación, acarrea al igual que la consanguínea, tanto derecho como deberes para el adoptante y adoptado; es decir que por no existir el vínculo biológico se les va a separar a los adoptados, adoptantes de sus derechos, sin que la misma norma jurídica proteja tal relación familiar para cumplir con el interés superior del menor adoptado en especial y proporcionarle al grupo familiar.

Se entiende por adopción o filiación adoptiva¹⁵⁴ al acto jurídico mediante el cual se crea un vínculo de parentesco entre dos personas, de forma tal que establece entre ellas relaciones análogas o muy similares a las que resultan jurídicamente de la paternidad.

Aquí la relación jurídica de filiación es creada única y estrictamente por el derecho, entre dos personas que no son biológicamente ni por afinidad, progenitor e hijo. Actualmente en El Salvador esta clase de filiación adoptiva puede darse de manera conjunta e individual, por medio de un proceso tras el que queda establecido el vínculo de filiación que ha de producirse dando cumplimiento a todas las garantías jurídicas establecidas en la normativa que resulte aplicable.

3.2.4 Clasificación de la filiación en El Salvador

Según el artículo 134 del código de familia vigente, establece que las clases de la filiación puede ser por consanguinidad o por adopción, pero en el anteproyecto del código del año 1990, en el libro segundo de la filiación y el estado familiar del documento base, enunciaba el artículo 143 sobre la filiación en los casos de fecundación asistida lo siguiente: “En los casos de fecundación asistida la filiación se determinara conforme una ley especial”¹⁵⁵, esto dando la pauta a que se concibiera la filiación en la fecundación asistida como otra clase de filiación, que al final fue suprimida al publicar el código, quedando sin resolver.

¹⁵⁴ Hilda Carolina Rojas Chamorro y Rodrigo Antonio Larrave Castillo. “Análisis de la Figura de la filiación en la Legislación Nicaragüense” (trabajo de seminario de graduación, Universidad de Managua, Nicaragua, 2014), 22.

¹⁵⁵ Anteproyecto del Código de Familia, Comisión Revisora de la Legislación Salvadoreña (Editorial Corte Suprema de Justicia, 1990), 514-515. En cuanto una ley especial que hablara de específicamente de la filiación sobrevenida de las técnicas de reproducción humana asistida, pero al mismo tiempo originándose una discriminación entre los hijos consanguíneos y adoptivos con los concebidos mediante dichas técnicas.

En resolución de fecha 13 de julio de 1995, la Cámara de Familia de la Sección del Centro, interpreto el artículo 134 del código en el siguiente sentido: *"no dice que las únicas fuentes de filiación sean la consanguinidad y la adopción; este precepto señala en forma amplia que la filiación puede ser por consanguinidad o por adopción y no excluye otra forma de establecerla..."*. "Sobre la base de esta interpretación, la Cámara sostiene que la mera voluntad pro-creacional es fuente de filiación..."¹⁵⁶; dando a entender que ese artículo debía entenderse de forma amplia.

Dicha sentencia fue sometida a recurso de Casación, el día 22 de septiembre del año 2003, ante la honorable Sala de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia, quien dijo que era errónea la aplicación de la ley, en sus palabras: *"Propongo que tal interpretación es errónea, supuesto que el artículo 36 constitucional, fracción última, dispone claramente que "La ley determinará asimismo las formas de investigar y establecer la paternidad". Esto establece una reserva de ley específica para la materia de las formas de establecer paternidad (filiación padre- hijo), y excluye por tanto formas no contempladas expresamente por la ley. La interpretación correcta de la disposición es que la filiación sólo es o consanguínea o por adopción..."*¹⁵⁷.

Según lo expresado por la Sala de lo Civil, se debe entender que en el artículo 134 del Código de Familia, no cabe otra clase de filiación, y debe entenderse que las únicas que se reconocen son la filiación consanguínea y

¹⁵⁶ Sentencia 12-95, emitida por la Cámara de Familia de la Sección del Centro, el día trece de julio del año mil novecientos noventa y cinco. Aunque se manifiesta que la voluntad pro creacional es fuente de filiación, se necesita una ley que desarrolle el término a fin que se eviten ambigüedades al momento de aplicar la figura.

¹⁵⁷ Sentencia de Casación 1055, emitida por Sala de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia, el día veintidós de septiembre del año 2003. Para la Sala de lo Civil el artículo 134 excluye por tanto formas no contempladas expresamente por la ley y la interpretación "correcta" de la disposición debería ser que la filiación sólo es o consanguínea o por adopción.

adoptiva, y que por tal motivo debe de existir una ley específica que resuelva la materia de filiación en los casos no contemplados por el código de familia.

3.3. Las técnicas de reproducción humana asistida

En el último siglo los adelantos tecnológicos de la medicina, han dado un gran paso en el tratamiento de los trastornos de reproducción con las nuevas técnicas de concepción o reproducción asistida, surgiendo discusiones jurídicas debido a trascendentales implicaciones éticas, sociales y religiosas. Contrario a la fecundación natural, la asistida abre campo a un gran número de posibilidades para la creación del nuevo ser. El hecho de que ésta se lleve a cabo en un consultorio médico y sea planeada y manipulada, presta solución a los diferentes problemas de infertilidad que puede presentar una pareja.¹⁵⁸ Al momento de expresar que son las técnicas de reproducción, las entenderemos como un conjunto de tecnologías avanzadas para la solución de problemas relacionados con la reproducción humana originada fundamentalmente por la infertilidad¹⁵⁹ y que implican intervención médica.¹⁶⁰

3.3.1 Clasificación

En la actualidad existen diferentes técnicas de reproducción humana asistida, que están disponibles para los que quieran recurrir a ellas, además estas se adaptan a las necesidades propias e individuales de cada pareja.

¹⁵⁸ María Inés Awad Cucalón y Mónica de Narváez Cano, “Aspectos Jurídicos en las Técnicas de Reproducción Asistida Humana en Colombia” (Trabajo de grado para optar al título de abogado, Pontificia Universidad Javeriana, Facultad De Ciencias Jurídicas, Bogotá, 2001), 3.

¹⁵⁹ Es preciso aclarar que algunas personas sin la ayuda de estas técnicas no habrían considerado la posibilidad de ser padres.

¹⁶⁰ Hernández, La Filiación en las Técnicas de Reproducción Humana Asistida, 53.

En este momento alrededor del mundo, se siguen desarrollando nuevos procedimientos, los cuales incrementan las posibilidades de procrear y también se incrementan las opciones y métodos conforme pasa el tiempo. Y es por el avance de la tecnología que estos tratamientos avanzan de forma muy acelerada. Entre las técnicas de reproducción humana asistida más importantes y mayormente conocidas tenemos la Inseminación Artificial, la Fecundación In Vitro y la Maternidad Subrogada, que serán desarrolladas a continuación.

3.3.1.1 Inseminación artificial

La inseminación artificial consiste en depositar espermatozoides en la vagina, en el cuello del útero¹⁶¹ o en el propio útero¹⁶². Se puede definir como el acto médico consistente en la introducción del espermatozoides al órgano genital femenino por procedimientos distintos al coito, con el propósito de la fecundación. En otras palabras, consiste en intentar la fecundación de la mujer por vías distintas de la relación sexual, al introducir el semen obtenido de manera previa mediante masturbación, en el interior del aparato reproductor de la mujer.¹⁶³

La inseminación artificial procede cuando entre la pareja se hace imposible el acceso sexual o uno de ellos padece alguna deficiencia fisiológica, química o física, que no le permite ser fértil, aunque en casos excepcionales se realiza esta técnica en mujeres solteras. La inseminación puede realizarse de varias formas, ya sea con semen fresco o congelado sin

¹⁶¹ Para los presentes, la selección de la forma de depósito es debido a cada caso en particular, en donde existe una precalificación del profesional a realizar dicha técnica, en el cual toma en cuenta factores como calidad del semen, ciclo menstrual, etc.

¹⁶² Gonzáles, Fecundación In Vitro, 31.

¹⁶³ *Ibíd.* 30.

más diferencias que la mayor complejidad derivada del proceso congelación-descongelación.¹⁶⁴

3.3.1.1.2 Clases de inseminación artificial

a) Según el sitio donde se deposite el semen, las técnicas más utilizadas están:

1. Intravaginal: Se deposita el esperma en el fondo de la vagina, mediante una jeringa¹⁶⁵. En este tipo de inseminación artificial, el semen, tal como es eyaculado, es colocado en el fondo de la vagina. Es la técnica de inseminación artificial que se utiliza en los casos de imposibilidad de realizar el coito por parálisis o disfunción sexual.¹⁶⁶

2. Intracervical: El depósito del esperma se hace en contacto con la secreción cervical, para esto se inyecta una cantidad pequeña en el interior del cuello del útero y el resto del esperma queda en una especie de tapón que la mujer retira posteriormente¹⁶⁷. Con esta técnica se permite que la secreción cervical cumpla la función de selección del material seminal que de forma natural está destinada a cumplir¹⁶⁸.

3. Intrauterina: Es la técnica que se realiza cuando existen alteraciones del cuello del útero y de la secreción cervical; el depósito del

¹⁶⁴ Gonzáles, Fecundación In vitro, 33.

¹⁶⁵ Dolores Loyarte y Adriana Esther Rotonda, *Procreación Humana Artificial: Un Desafío Bioético* (Buenos aires: Editorial De Palma, 1995), 109.

¹⁶⁶ Gonzáles, Fecundación In Vitro Limites, 33-34.

¹⁶⁷ Awad, "Aspectos Jurídicos en las Técnicas de Reproducción Asistida Humana en Colombia", 9.

¹⁶⁸ Loyarte, *Procreación Humana Artificial: Un Desafío Bioético*, 109.

esperma se hace en la cavidad uterina¹⁶⁹. Se depositan los espermatozoides en la cavidad uterina. Aquí el proceso tiene mayores complicaciones, ya que puede provocar contracciones uterinas y traer aparejado riesgo de infecciones por bacterias del esperma que no ha sido filtrado por la secreción cervical; en este caso, resultan muy importantes las técnicas de preparación del semen, que tienen por objeto la separación de espermatozoides del plasma seminal y el aislamiento de los espermatozoides más móviles.¹⁷⁰

b) Según la procedencia del semen.

1. Homóloga: Es aquella en la cual se utilizan los gametos del cónyuge o compañero permanente en el proceso de inseminación. Esta técnica es aconsejada a las parejas cuando existan disfunciones sexuales psicológicas u orgánicas que impidan la eyaculación, disfunción eréctil producida por consumo de medicamentos, disfunción vaginal de la esposa, anomalías de moco cervical que no pueden corregirse de ninguna otra manera y baja movilidad del esperma, entre otros¹⁷¹.

2. Heteróloga: Es aquella en la cual se utilizan los gametos de un tercero a los cónyuges o a la pareja estable¹⁷², es decir, de un donante¹⁷³ anónimo¹⁷⁴. *“En el proceso de inseminación; el semen debe ser donado previamente por el tercero en un banco destinado para éste fin. Esta técnica*

¹⁶⁹ Awad, “Aspectos Jurídicos en las Técnicas de Reproducción Asistida Humana en Colombia”, 9.

¹⁷⁰ Loyarte, *Procreación Humana Artificial: Un Desafío Bioético*, 110.

¹⁷¹ *Ibíd.* 10.

¹⁷² *Ibíd.* 11.

¹⁷³ La herencia genética es una lotería y resulta imprevisible e imposible calcular cuales características genéticas heredará el niño o niña, producto de la inseminación artificial.

¹⁷⁴ Mayra Karina Tacuri Pinos, “La Inseminación Artificial Humana: Alcance de la Normativa actualmente vigente en el Ecuador al respecto” (Trabajo de Graduación previo a la obtención del título de Abogado, Universidad del Azuay, Facultad de Jurisprudencia, Escuela de Derecho, Ecuador, 2009) ,19.<http://dspace.uazuay.edu.ec/bitstream/datos/924/1/08003.pdf>.

*es aconsejada cuando existan problemas de esterilidad en alguno de los cónyuges o cuando pueden ser portadores de alguna enfermedad hereditaria”.*¹⁷⁵

En España no se pueden elegir las características del donante ni conocerlo, en Argentina la receptora no posee ningún dato sobre el donante, sólo lo saben los médicos que realizan la inseminación o fertilización in vitro. La elección del donante es un proceso realizado por la clínica de fertilidad o el banco de esperma. En ningún caso el donante puede ser elegido por la o los pacientes que van a recibir la donación.

3.3.1.2 Fecundación in vitro

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

Actualmente la fecundación in vitro, es una de las principales técnicas para superar la esterilidad o infertilidad. Mediante estas técnicas se puede curar cualquier tipo de esterilidad, ya sea en la mujer o en el hombre, o en algunos casos como la esterilidad idiopática o de origen desconocido, es decir, cuando los estudios no revelan nada anormal y el embarazo no se logra¹⁷⁶.

¹⁷⁵ Awad, “Aspectos Jurídicos en las Técnicas de Reproducción Asistida Humana en Colombia”, 11.

¹⁷⁶ G.R. Dohle, T. Diemer, A. Giwercman, A. Jungwirth, Z. Kopa, C. Krausz , “Guía clínica sobre la infertilidad masculina”, Asociación Europea de Urología, (2010), 950.
http://www.aeu.es/UserFiles/13. Guia_clinica_sobre_infertilidad_masculina.pdf

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

Básicamente la fecundación in vitro consiste en reproducir con técnicas de laboratorios, el proceso de fecundación del óvulo que normalmente ocurre en la parte superior de las trompas de Falopio, cuando la dificultad es insuperable, lo cual impide que el fenómeno de la concepción se realice dentro del cuerpo humano¹⁷⁷.

En los casos que procede la técnica la fecundación in vitro, se toma en cuenta la esterilidad, es decir la incapacidad para crear gametos¹⁷⁸ tanto el hombre o la mujer, también la infertilidad, que es la incapacidad para concebir, es decir que no puede retener el embrión en la matriz, y terminan en abortos espontáneos, entre otras causas de infertilidad y esterilidad que existen¹⁷⁹.

3.3.1.2.1 Clases de fecundación in vitro

Este tipo de técnica se clasifica de la siguiente manera:

a) Fecundación in vitro con Gametos Provenientes de la pareja (Homologa), consiste en que le embrión que se implanta en el útero de la mujer, procede de la fecundación del óvulo y el espermatozoide de la pareja

¹⁷⁷ Hernández, La Filiación en las Técnicas de Reproducción Humana Asistida, 57.

¹⁷⁸ Si se trata de una mujer el gameto recibe el nombre e Ovulo, si se trata del hombre recibe el nombre de espermatozoide.

¹⁷⁹ *Ibíd.* 33.

llevada a cabo fuera del vientre materno, en una placa de laboratorio. Se produce la fertilización extracorpórea del óvulo, y se utilizan los gametos propios de la pareja o provenientes de donantes¹⁸⁰; y

b) Fecundación in vitro con semen donado y óvulo de la pareja (heteróloga), es esta la fecundación in vitro se realiza con óvulo de la mujer de la pareja y con semen de un donante (es un tercero y generalmente le exige al médico su anonimato¹⁸¹), siendo el embrión transferido a la mujer para que lleve a cabo la gestación. Este procedimiento se realiza con previo consentimiento del marido o compañero de vida de la mujer y con el consentimiento de ella misma¹⁸² y se utiliza principalmente en el tratamiento de la infertilidad masculina.

3.3.1.3 Maternidad subrogada

En el ámbito del derecho de familia y como consecuencia de la aplicación de estas técnicas de reproducción, ha aparecido una nueva figura contractual con gran difusión sobre todo en Estados Unidos; es la de la madre sustituta o subrogada, es decir, aquella mujer que se ofrece a gestar un hijo por cuenta ajena¹⁸³.

La historia de las madres sustitutas comienza en 1975 en California, Estados Unidos, cuando un periódico de esa ciudad publica un anuncio en el

¹⁸⁰ Soto, *Biogenética Filiación y Delito*, 121.

¹⁸¹ Y como ya lo mencionamos anteriormente, en la mayoría de países las legislaciones les obligan a mantenerse en el anonimato.

¹⁸² Maricruz Gómez de la Torre Vargas, *La Fecundación In Vitro y La Filiación* (Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1993), 129.

¹⁸³ Josefina Haydée Rojas, "Fecundación Asistida Post Mortem" (Trabajo de Graduación para obtener el título de abogada, Universidad Abierta Interamericana, Buenos Aires, Argentina 2007), 57. <http://imgbiblio.vaneduc.edu.ar/fulltext/files/TC077334.pdf>

cual se solicita una mujer para ser inseminada artificialmente, a pedido de una pareja estéril, que por este servicio ofrecerá una remuneración¹⁸⁴. En 1983 en la ciudad de Montpellier, Francia, una mujer gestó un niño para su hermana gemela que padecía esterilidad¹⁸⁵.

Josefina Haydee Rojas define la maternidad subrogada como 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."*¹⁸⁶ Es decir que la maternidad subrogada implica el alquiler de las funciones reproductivas o del organismo de la mujer y la renuncia de sus derechos como madre biológica a favor de la pareja contratante, ora en función del propio contrato de gestación, ora en virtud de la adopción del niño por parte de la mujer o de la pareja contratante¹⁸⁷.

A la maternidad subrogada se le comenzó a conocer como tal desde 1975 aproximadamente. A partir de entonces, han surgido diversas denominaciones, algunas de ellas son: vientre de alquiler, alquiler de útero, arrendamiento de vientre, donación temporaria de útero, gestación por

¹⁸⁴ Jaime Vidal Martínez, *Las Nuevas Formas de Reproducción Humana* (Madrid: Editorial Civitas, 1998), 180.

¹⁸⁵ Julian Guitrón Fuentecilla, *La Genética y el Derecho Familiar* (Revista Tapia, Año VII, N° 36, 1987), 73.

¹⁸⁶ Noel P. Keane y Dennis L. Breo, *The surrogate mother*, (New York: Everest House Editorial Publishers, 1981), 204.

¹⁸⁷ El tema de la subrogación es muy complejo debido a que implica y comprende una gran variedad de elementos e involucra a varias personas en el proceso. En primer lugar, se encuentra la pareja o la persona que desea tener un hijo pero que por algún motivo no puede concebir y desea que alguien más lleve a término el embarazo. En este caso se habla de padres intencionales. En segundo lugar, se ubica a la mujer que está dispuesta a prestar su útero para llevar a cabo el embarazo, ya sea por motivos altruistas o a cambio de una compensación o remuneración económica. A esta mujer se le llama gestante o madre sustituta.

cuenta ajena o por cuenta de otro, madre portadora, maternidad sustituta, maternidad suplente, maternidad de alquiler, madres de alquiler, entre otros.¹⁸⁸

3.3.1.3.1 Características del contrato de subrogación

Dentro de las características de este contrato están: en primer lugar la existencia de un acuerdo o contrato entre un matrimonio y una mujer fértil, que en este caso será la madre subrogada, dicho acuerdo será para que esta procrea y que dé a luz a un niño o niña; así también la madre subrogada, percibirá un beneficio pecuniario por parte de los padres del embrión que está gestando; además la madre subrogada tendrá la obligación de inseminarse con el semen del cónyuge de la mujer contratante o de aceptar la implantación de un embrión formado por fecundación in vitro, con gametos de la pareja o de un miembro de la pareja y donante o de terceros. En cuarto lugar la madre subrogada renuncia a todos los derechos filiales, respecto del niño que ha dado a luz y en último lugar el compromiso de custodia y/o adopción del niño por parte de los cónyuges o la pareja que ha contratado a la madre subrogada (generalmente los padres biológicos¹⁸⁹).

3.3.1.3.2 Clases de maternidad subrogada

Existen dos clases de maternidad subrogada, la diferencia se ubica en la procedencia de los óvulos, siendo las siguientes:

¹⁸⁸ Alma Arámbula Reyes, *Maternidad Subrogada*. Centro de Documentación, Información y Análisis Dirección de Servicios de Investigación y Análisis Subdirección de Política Exterior Maternidad Subrogada, 2008. <http://www.diputados.gob.mx/sedia/sia/spe/SPE-ISS-14-08.pdf>.

¹⁸⁹ Maricruz Gómez de la Torre Vargas. *La fecundación in vitro y la filiación* (Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1993), 205-206.

La maternidad sustituta genética, se presenta cuando una mujer dona sus óvulos y es inseminada de manera artificial con semen de un donante, para que una vez producido el parto, la mujer entregue al niño a una pareja que lo va a criar, previo acuerdo entre las partes. Por lo general, el semen utilizado es del esposo o compañero de vida de la mujer a la cual se le va a entregar el niño. En la mayoría de los casos, esta clase de maternidad es utilizada cuando la mujer es estéril.¹⁹⁰

En cambio, la maternidad sustituta gestacional: En esta clase de maternidad subrogada la mujer gesta un embrión con el que no tiene, ni tendrá ningún vínculo biológico, su óvulo no fue utilizado en el proceso de fecundación, sino que son utilizados el ovulo y el esperma de la pareja. Se realiza por medio de una fecundación in vitro, con el óvulo y el esperma de la pareja y el o los embriones obtenidos se transfieren al útero rentado, es decir de la mujer que prestará su vientre. En este caso la mujer es fértil pero que por alguna razón no puede llevar a término un embarazo.¹⁹¹

¹⁹⁰ Gonzales, Fecundación In Vitro, 40.

¹⁹¹ *Ibíd.* 41.

CAPITULO IV
LEGISLACIÓN INTERNACIONAL EN MATERIA DE DERECHO A LA
FILIACIÓN DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES PRODUCTO DE
LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA

Como se ha venido tratando en los capítulos anteriores, la falta de regulación del derecho a la filiación de los niños, niñas y adolescentes concebidos como producto de las técnicas de reproducción humana asistida genera una amplia vulneración al interés superior del niño y sus derechos conexos; en virtud de ello, el derecho internacional ofrece una amplia gama de posibilidades jurídicas de las cuales derivan derechos y ofrece una regulación más exacta de las instituciones que rodean a la institución de la filiación por TRHA, puede afirmarse entonces que el derecho comparado es la herramienta más eficaz a la hora de enmarcar legalmente todas las circunstancias y consecuencias jurídicas que envuelven la institución que es objeto de la presente investigación. Por ello se ha de analizar como el derecho internacional¹⁹² ha desarrollado las diversas instituciones¹⁹³ que derivan de las TRHA, comparándolas gradualmente.

Según la legislación de El Salvador, específicamente en el artículo 133 del Código de Familia vigente, la filiación se define como: “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.” Y más adelante, en el artículo 134 nuestra Ley reconoce “la filiación puede ser por

¹⁹² No como rama del derecho sino como el sistema de normas de cada país en particular.

¹⁹³ Doctrinariamente conocido como ‘Micro comparación’, y es el estudio específico de ciertas instituciones.

consanguinidad o por adopción”, excluyendo a este momento un importante avance científico como son las TRHA, como fuente de filiación.

La primera controversia jurídica acerca de las técnicas de reproducción humana asistida en nuestro país se dio en enero del año 1995; inicio con la interposición de una demanda de impugnación de paternidad, en la que se alegaba la imposibilidad del hombre para poder engendrar, por razón de haberse practicado años antes del momento de la concepción de la menor una esterilización masculina (vasectomía), sin hacer mención de que el embarazo se había logrado por la práctica de la inseminación artificial con semen de un donante, la cual fue solicitada por la pareja y se había realizado con el consentimiento de ambos. Esta omisión de información fue con el objeto de que el proceso se desarrollara de manera ordinaria; al constatar la imposibilidad del hombre de poder engendrar al momento de la concepción de dicha menor; se concluiría que no era el padre de la menor; si por alguna razón quedara duda de ello y se ordenara la práctica del examen de ADN, el resultado de dicho examen confirmaría que no existe vínculo filial, procediendo el Juez a resolver en favor de la Impugnación de la Paternidad.¹⁹⁴

Luego de analizar cada una de las normas de algunos de los países mencionados, se constata, que nuestro país, en cuanto a la legislación de esta materia, se encuentra se encuentra muy atrasado, en el sentido de que no contamos con una norma expresa, ni sustantiva ni procedimental que regule las situaciones que se originan de la aplicación de las técnicas de reproducción humana asistida. Se puede observar que en que en muchos países esto ya no es un tema extraño, sino que se encuentran a la

¹⁹⁴ Hernández, La filiación en las técnicas de reproducción humana asistida, 92.

vanguardia no solo de la tecnología sino también del derecho. Así también podemos mencionar y asegurar que existe una tendencia clara a la protección de la vida humana desde el momento de la concepción y tutela del interés superior de la niñez y la adolescencia.

4.1 Filiación por técnicas de reproducción humana asistida

4.1.1 La filiación por técnicas de reproducción humana asistida en el marco legal comparado europeo

Otras legislaciones han introducido avances jurídicos importantes a la hora de regular la filiación derivada de las TRHA, como el caso de España, que en 1988 la primera Ley que regulaba las técnicas de reproducción humana asistida en España, la primera en promulgarse entre las legislaciones sobre esta materia desarrolladas en nuestro entorno cultural y geográfico, denominada “Ley 35/1988 del 22 de noviembre”, sobre técnicas de reproducción asistida¹⁹⁵, de la cual podemos comentar que básicamente regulaba procesos clínicos como la preservación de pre-embriones, transferencia, resguardo, tiempo de preservación, entre otras cosas¹⁹⁶. Posteriormente luego de la derogación y apareamiento de muchas leyes derivadas de esta, y en base a importantísimas innovaciones científicas, España se vio en la necesidad de crear la Ley de Reproducción humana asistida de 26 mayo 2006 (Ley 14/2006), en la que desarrolla la filiación sobre los niños y adolescentes concebidos y nacidos mediante las técnicas de reproducción asistida; en su artículo 7 establece: “La filiación de los nacidos con las técnicas de reproducción asistida se regulará por las leyes

¹⁹⁵ Francisco Javier Jiménez Muñoz, *La Reproducción Asistida y su régimen jurídico* (Madrid: Editorial Reus, 2012), 9 -10.

¹⁹⁶ Luis Martínez Calcerrada Gómez, *Ordenación jurídica de la inseminación artificial. Derecho positivo español: precedente a la nueva legalidad. En: La nueva inseminación artificial*, (Madrid: Heliasta, 1989), 169.

civiles, a salvo de las especificaciones establecidas en los tres siguientes artículos”. En este caso en cuanto a la filiación en forma general es regulada por el Código Civil español, en el capítulo V, a partir del artículo 108 y en los aspectos más específicos como determinación e impugnación de paternidad en técnicas de reproducción asistida se regula por la ley especial.¹⁹⁷

Por otra parte, en cuanto a la filiación, Alemania es uno de los países que en caso de la filiación derivada de las técnicas, se le permite al niño concebido por medio de ellas, poder investigar la identidad de su padre biológico, ya que se ha eliminado la figura del anonimato del donante consagrando plenamente el derecho a conocer el propio origen genético, que reconoce a partir de los 18 años el derecho a la información necesaria para la identificación del padre genético.¹⁹⁸

En Suecia existe la Ley sobre Inseminación Nº 1140 de 20 de diciembre de 1984 disponía que la inseminación sólo se realizará bajo la condición de que la mujer esté casada o en relación de concubinato, debiendo en este último caso obtener el consentimiento escrito del hombre y que la inseminación con espermatozoides de hombre diferente al esposo o concubino sólo se realizará en hospital estatal bajo la supervisión de especialista en ginecología y obstetricia.¹⁹⁹ Esta ley que en su artículo 4 garantiza el derecho del niño a conocer, si lo desea, la identidad del donante de semen. En el mismo sentido lo propone como alternativa posible el Informe del grupo de trabajo del Consejo de Europa (CAHBI-GT 87).

¹⁹⁷ Agenda Estatal Boletín Oficial del Estado de España. Encontrado en <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2006-9292>

¹⁹⁸ Mónica Assandri, Adriana Warde y otros, “Derecho a la identidad de los niños/as y adolescentes vs. derecho a la intimidad de los adultos”, ponencia de la Comisión nº 6, Familia: “Identidad y Filiación”, Universidad de Córdoba. Encontrado en: http://jndcbahiablanca2015.com/wp-content/uploads/2015/09/Assandri-y-Otros_DERECHO.pdf

¹⁹⁹ Vega, *Reproducción asistida en la comunidad Europea*, 24 - 25

En el ámbito Italiano, encontramos la protección de la persona humana producto de estas técnicas, de una forma maximizada, ya que el tribunal de Salerno en sentencia 9 enero 2010, en Familia, admitió la posibilidad de utilización de la reproducción asistida a una pareja, cuyos miembros no eran ni estériles ni infértiles, pero que, no obstante, eran portadores sanos de una atrofia muscular espinal que podía ser transmitida al hijo pronunciándose, por vía de urgencia, el Juez realizó una lectura constitucional de la Ley de 2004, de la que dedujo el derecho de los padres a tener un hijo que no estuviera afectado por esta enfermedad y al hijo desarrollarse en un ámbito saludable garantizándole antes de su nacimiento el derecho a la salud y de auto determinarse en las elecciones atinentes a la esfera de la procreación.

En Portugal, por su parte existe Decreto Ley Nº 496/77 de 25 de noviembre de 1977 que regula ciertas relaciones paterno – filiales entre el nacido por Inseminación artificial y el padre, ya que si este último consiente la inseminación no puede negar la paternidad del nacido.²⁰⁰

Por otra parte, países como Bélgica, Bulgaria, Checoslovaquia, Grecia, Hungría, Luxemburgo, Holanda, Portugal, Suecia, Suiza, Inglaterra y muchos otros no menos importantes, incluyen enmiendas en el Código Civil reconociendo la paternidad legal del varón que consintió la inseminación de su mujer con semen de donante, encontrando de esta forma vestigios importantes y formas de protección al derecho de Filiación que el Estado a través de la ley debe proteger y garantizar a los nacidos productos de las técnicas de reproducción asistida.²⁰¹

²⁰⁰ Pedro J. Femenía López, Status jurídico civil del embrión humano, con especial consideración al concebido in Vitro (Alicante, 1997), 17.

²⁰¹ *Ibíd.*

4.1.2 La filiación por técnicas de reproducción humana asistida en el marco legal comparado norteamericano

En el ámbito norteamericano podemos mencionar que Canadá, por medio de la Ley de Familia del Estado de Columbia Británica en Canadá, permite la “pluriparentalidad”²⁰² es decir que el niño pueda tener tres o más progenitores, pero solamente si los progenitores biológicos y los progenitores legales lo someten a un acuerdo previo a la concepción²⁰³.

En cuanto a la maternidad subrogada permitida en este país, la filiación del menor se determina por sentencia judicial, lo que da mayor seguridad a la hora de inscribir al menor. Creando una figura completamente novedosa en el ámbito jurídico no vista en el régimen europeo relativo a las técnicas de reproducción humana asistida.

En Estados Unidos, por su parte no existe una legislación uniforme debido al sistema de organización política. El Código de Regulaciones Federales, que surge en el año de 1988, el cual expone las políticas básicas del gobierno de Estados Unidos para la protección de los seres humanos, en el título 45 llamado Bienestar Público, contiene normas de protección respecto a las investigaciones sobre mujeres embarazadas, fetos y el uso de la fecundación *in vitro*, empieza definiendo al embrión como el producto de la

²⁰² La pluriparentalidad es el reconocimiento de más de dos vínculos filiales, los cuales se salen del principio binario sobre el que se estructura el derecho filial.

²⁰³ Sabrina Anabel Silva, “Rompiendo moldes, ampliando derechos. ¿Las técnicas de reproducción humana asistida “monopolizan” la pluriparentalidad?” *Diario DPI Argentina*, n.30, (2017): 10. <https://dpicuantico.com/sitio/wp-content/uploads/2017/07/Sabrina-Anabel-Silva-Civil-Bioetica-y-Derechos-Humanos-11.07.2017.pdf>

concepción desde la implantación hasta la completa separación del feto del cuerpo de su madre.²⁰⁴

4.1.3 La filiación por técnicas de reproducción humana asistida en el marco legal comparado latinoamericano

El primer bebé latinoamericano producto de fertilización in vitro nació en Colombia en 1984. En los siguientes años el uso de ésta y otras técnicas de reproducción asistida (TRA) se expandieron rápidamente en Argentina, Brasil, Colombia y Chile. Como no existía la obligación legal de registrar los resultados y complicaciones de las TRA, no existía una fuente de información fidedigna y con el poder estadístico suficiente para que las parejas infértiles pudieran orientarse por un lado, y los médicos tratantes pudiesen tomar las mejores decisiones por el otro. Es por esto que en 1990 se estableció el Registro Latinoamericano de Reproducción Asistida (RLA), el primer registro voluntario y multinacional del mundo.²⁰⁵

Los países latinoamericanos, a diferencia de los Europeos, carecen de leyes sistemáticas sobre procreación asistida, en la mayoría de los casos solo existen algunos principios generales aplicables a la materia, no obstante esta dispersión normativa, los principios legales existentes se inscriben claramente en la línea de las legislaciones europeas que dan prioridad a la protección de la vida humana embrionaria y al interés del niño²⁰⁶.

²⁰⁴ Párrafo 46.102 al párrafo 46.203 del Código de Regulaciones Federales de los Estados Unidos de América. Encontrado en: <http://www.medicina.uanl.mx/investigacion/wp-content/uploads/2014/07/IG-45CFR46-01.pdf>

²⁰⁵ Dr. Juan Enrique Schwarze y otros, "Reproducción Asistida en Latinoamérica y Chile", Revista médica Clínica Los Condes, Vol. 21, Chile, 2010) Encontrada en: <http://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0716864010705575>

²⁰⁶ Roberto Andorno, Catalina Arias de Ronchietto y otros, *El derecho frente a la procreación artificial*, (Editorial Ábaco, Buenos Aires, 1997), 201-208.

A nivel jurisprudencial, podemos mencionar la decisión tomada en 1999 por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil de Buenos Aires a raíz de la medida cautelar presentada por un abogado para que se protegiera a los embriones congelados existentes en las clínicas de fecundación asistida.²⁰⁷

La Cámara declaró que “el embrión es persona para el Derecho Argentino” sentando un precedente de protección, pero aun así, no se hablaba sobre protección al derecho de filiación.

En abril de 2014 el Registro de las Personas de la ciudad de Mar del Plata, secundado por el Registro Civil de la CABA en julio, reconoció la triple filiación o la denominada pluriparentalidad. Dando la pauta para que el 7 de octubre del año 2014, se promulgara el nuevo Código Civil y Comercial de Argentina, que entro en vigencia a partir del 1 de Agosto del Año 2015, en el cual en su título V, denominado “Filiación”, del libro segundo que establece las relaciones de familia”, en su artículo 558 precisara las fuentes de las filiación: “La filiación puede tener lugar por naturaleza, mediante técnicas de reproducción humana asistida, o por adopción”, estableciendo una fuente filiatoria en igualdad de condiciones y efectos que las otras. Además en su artículo 563, establece el derecho que tiene la persona que ha nacido por medio de la TRHA, “*La información relativa a que la persona ha nacido por el uso de técnicas de reproducción humana asistida con gametos de un tercero debe constar en el correspondiente legajo base para la inscripción del nacimiento*”. Aunque no se agregara el nombre de sus padres biológicos que son anónimos, pero la persona tiene el derecho apersonarse al Centro

²⁰⁷ Catalina Elsa Arias de Ronchietto, *Trascendente fallo de la Cámara Nacional Civil. Censo de ovocitos y embriones crío conservados. Derecho del concebido a su gestación continua e integral en el seno de su madre* (Rosario, Argentina, 2003), 993.

médico en el cual se efectuó la técnica para que le otorguen la información de quienes son sus progenitores biológicos.²⁰⁸

En su artículo 562 se reafirma que los nacidos por las técnicas de reproducción humana asistida son hijos de quien dio a luz, y también del hombre o la mujer que prestó el correspondiente consentimiento previo, informado y libre en el modo que lo indican los 561 del mismo código y siempre que se encuentre debidamente inscripto en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, esto sin importar que ambas personas o una de ellas o en el caso que ninguna haya aportado sus gametos. Esto regulado para no permitir la doble pluriparentalidad, ya que la limitación al doble vínculo en la filiación por TRHA protege y al mismo tiempo fortalece el elemento de la voluntad²⁰⁹.

En Chile por su parte la Ley 19.585 de 1998, que reguló la filiación, introdujo un artículo en el Código Civil, que es relevante en materia de procreación asistida, ya que establece que “el padre y la madre del hijo concebido mediante la aplicación de técnicas de reproducción humana asistida son el hombre y la mujer que se sometieron a ellas”.

Y agrega que “no podrá impugnarse la filiación determinada de acuerdo a la regla precedente, ni reclamarse una distinta”²¹⁰ normas semejantes existen en diversos países de Latinoamérica, pero es esta ley donde encontramos los primeros vestigios latinoamericanos de protección al derecho de filiación de los niños, niñas y adolescentes.

²⁰⁸ Código Civil y Comercial de Argentina, vigente a partir del 1 de agosto de 2015.

²⁰⁹ Adriana Noemí Krasnow, “La filiación por técnicas de reproducción humana asistida en el Código Civil y Comercial argentino. Un avance que permite armonizar la norma con la realidad”, Revista de Derecho Privado, N° 32 (2017), 178

²¹⁰ Artículo 182, Código Civil de Chile.

En Colombia partir de la Constitución de 1991 se habla por primera vez de los hijos procreados a través de medios científicos, brindándoles iguales derechos y deberes que los hijos concebidos naturalmente, pero el constituyente no trata directamente el tema de la reproducción humana asistida, dejando abierta la posibilidad de acudir a estos procedimientos sin profundizar en si en las técnicas de reproducción humana asistida.

Por su parte el artículo 13 de la Constitución Nacional de Colombia consagra: *“Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica”* Y más específicamente el artículo 42 consagra: *“los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica, tienen iguales derechos y deberes”*.

Adicionalmente la ley 29 de 1982 consagra que los hijos legítimos, extramatrimoniales y adoptivos y tendrán iguales derechos y obligaciones. Aunque no lo contempla de manera expresa es entendible que esta igualdad se extiende a los hijos procreados bajo la asistencia científica, ya que hoy en día no existe ningún tipo de discriminación al respecto.²¹¹

Han transcurrido más de 26 años desde cuando la Constitución Política de Colombia de 1991 consagró en el inciso 6 del artículo 42 la igualdad de los derechos y deberes de los hijos procreados con asistencia científica, pero el Congreso no ha legislado sobre el asunto y ha dejado que los conflictos que se han suscitado sean resueltos por los jueces, quienes

²¹¹ Andorno, *El derecho frente a la procreación artificial*. 207.

invariablemente han hecho manifiesta su inconformidad por la falta de legislación específica sobre el tema de reproducción asistida, así como por la falta de adecuación del ordenamiento jurídico, frente a las novedades que presentan las consecuencias de estas técnicas²¹².

Uno de los casos emblemáticos en Colombia fue la sentencia de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, del 28 de febrero de 2013 en la cual el señor Javier Alejandro García Rodríguez contrajo matrimonio en 1998, tiempo después con su cónyuge se vieron en la necesidad de procrear un hijo, situación que no pudo culminarse, porque el señor García tenía bajo recuento de espermatozoides, decidieron con su esposa someterse a un tratamiento de inseminación artificial con los espermatozoides del señor García. Unos meses después su esposa quedó en estado de embarazo sin el haber empezado el tratamiento; su esposa se había realizado el procedimiento de inseminación artificial a sus espaldas, con un donante se semen anónimo.

El señor García entablo una demanda de impugnación de paternidad, esta demanda fue admitida, posteriormente es decretada y practicada la prueba genética de paternidad, en la cual se concluyó que la paternidad del demandante, el señor García, era incompatible con relación al menor. Por lo tanto el Juzgado en sentencia del 10 de diciembre de 2008, declaró que el menor no era hijo del señor García. La Sala afirmó que *“el consentimiento expreso del marido es el fundamento de la filiación; por el contrario, si el marido no brindó su consentimiento al procedimiento de fertilización con semen de un donante, se estima que le asiste el derecho de impugnar la paternidad con el fin de desvirtuar la presunción de la misma”*. Con lo anterior

²¹²Julia Sandra Bernal Crespo. “Reproducción asistida y filiación. Tres casos”. Revista opinión jurídica, Vol. 12 N° 24, (Colombia, 2013), 137.

la Corte concluyó que las decisiones adoptadas no fueron lesivas de los derechos del menor.²¹³

En Perú a pesar de no tener una ley aplicable a este asunto, se han presentado muchos casos, un acontecimiento emblemático fue un caso resuelto por la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema y recaído sobre la Casación N° 3797-2012-Arequipa, todo comenzó por una demanda entablada por el padre de un adolescente de diecisiete años en esa fecha, a efectos de que se practique la prueba de ADN, pues por versiones de conocidos se había enterado de que él no era el padre biológico del adolescente, por su parte la madre que ha sido la demandada formula la excepción de caducidad de la acción, ya que en Perú el termino es de 90 días para impugnar la paternidad. Posteriormente se le realizaron las pruebas de ADN, y resulto que el menor no era su hijo biológico, la prueba de ADN dio resultados negativos, es decir no había compatibilidad, aun así la Sala resolvió que era inimpugnable la paternidad, y no por el hecho de la caducidad de la acción, pues la parte había asumido su paternidad antes de conocer la verdad genética, sino que resolvieron según el principio del interés superior del menor, porque si se daba lugar a la impugnación de la paternidad se vulneraba el derecho a la identidad del menor de 17 años, la sala dijo lo siguiente: *“La paternidad no se fija solo por la verdad genética, pues este constituye únicamente un aspecto de la identidad, que es la estática; mientras que la identidad dinámica es un proyecto continuo más allá de los datos fijos, que es la propia historia del individuo, lo que lo hace idéntico así mismo”*, además la sala menciona que en vez de solucionarle un problema al menor se le quitaría el derecho que ha llevado consigo durante

²¹³ Sentencia de la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Civil. 28 de febrero de 2013. Referencia: 11001-3110-002-2006-0537-01. Esto es un claro ejemplo del desarrollo de la institución de la voluntad procreacional, como se mencionaba en el capítulo tres de la presente investigación.

diecisiete años, aunque se le dejó siempre al menor la decisión de cuando fuese mayor impugnar la paternidad²¹⁴.

En México se distingue entre filiación legítima o matrimonial, filiación natural o extramatrimonial y filiación legitimada o reconocimiento de hijos. La ley no establece distinción alguna entre los derechos derivados de la filiación, cualquiera que sea su origen.

En materia de filiación se habla de la reproducción asistida en los artículos 326 y 329 del Código Civil del Distrito Federal, que mencionan a grandes rasgos que el cónyuge varón no puede impugnar la paternidad de los hijos que durante el matrimonio conciba su cónyuge mediante técnicas de la fecundación asistida, si hubo conocimiento expreso en tales métodos. A diferencia de la mayoría de países Europeos, México no reconoce al donante como progenitor ya que en el párrafo segundo del artículo 293 del Código Civil del Distrito Federal establece que la donación de células germinales que se haga sin el propósito de atribuirse el carácter de progenitor no genera parentesco entre el donante y el hijo producto de la reproducción asistida.

4.2 Regulación de las técnicas de reproducción humana asistida

4.2.1. Marco legal Europeo

En 1988 se promulgó en España la primera ley que regulaba las técnicas de reproducción humana asistida, la primera en promulgarse entre las legislaciones sobre esta materia desarrolladas en nuestro entorno cultural y geográfico, denominada “Ley 35/1988 del 22 de noviembre”, sobre técnicas

²¹⁴ Casación número 3797-2012-Arequipa, emitida por la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de Perú. Claro ejemplo de la protección que brinda el Estado Peruano al derecho a la filiación y la identidad del niño, niña y adolescente producto de las TRHA.

de reproducción asistida²¹⁵, de la cual podemos comentar que básicamente regulaba procesos clínicos como la preservación de pre-embriones, transferencia, resguardo, tiempo de preservación, entre otras cosas.²¹⁶

Dos años después, en diciembre del año 1990 el parlamento alemán aprobó y promulgó la ley número 745/90, la cual sigue vigente hasta la fecha, llamada: Ley sobre protección del embrión humano, la cual sostiene que “hay embrión desde que hay fecundación y susceptibilidad de desarrollo del óvulo fecundado, a partir de la fusión de los núcleos celulares.

El mismo término se aplica a toda célula topipotente²¹⁷ extraída de un embrión, susceptible de dividirse si se reúnen las otras condiciones necesarias, y desarrollarse hasta formar un individuo”²¹⁸. Esta ley no permite otro destino para el óvulo fecundado que no sea su desarrollo gestacional, contempla sanciones penales para quienes fecunden artificialmente un óvulo con un motivo diverso al de producir un embarazo en la mujer que portara al feto.

La ley también castiga la utilización abusiva de embriones humanos, es decir, su venta, traspaso, adquisición o uso para fines que no contribuyan a su conservación. Asimismo se sanciona al que provocase el desarrollo

²¹⁵ Jiménez, *La Reproducción Asistida y su régimen jurídico*, 9 -10.

²¹⁶ Luis Martínez Calcerrada Gómez: *Ordenación jurídica de la inseminación artificial. Derecho positivo español: precedente a la nueva legalidad. En: La nueva inseminación artificial*, (Madrid, 1989): 169

²¹⁷ Ley alemana de protección del embrión, n. 745/90 del 13/12/90. Entiéndase como célula topipotente a una célula que tiene la capacidad de crecer, dividirse y dar lugar a un organismo completo, como las células de la placenta, las que forman las tres capas embrionarias o el cigoto.

²¹⁸ Miguel Gerardo Burstein Augusto. “Los derechos del embrión in vitro frente a la paternidad. Ilegitimidad de las técnicas de reproducción asistida extrauterinas” (Tesis para optar por el grado de magíster, Escuela de postgrado, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2013), 27.

fuera del cuerpo de un pre-embrión con fines diversos a los de provocar un embarazo o a cualquier actividad que no contribuya a su conservación. Además se castiga la elección del sexo del futuro hijo, salvo que tal selección se haya realizado para evitar la transmisión de una enfermedad hereditaria ligada con el sexo. Igualmente reprime la clonación de embriones y la creación de híbridos y quimeras.

En Inglaterra en julio de 1982, cuatro años después del nacimiento de la primera niña fecundada *in vitro*, el gobierno inglés decidió crear una comisión especial para el estudio de la fertilización humana y la embriología, denominada “*Committee of Inquiry into Human Fertilization and Embryology*” a cargo de Mary Warnock.

El informe que emite este Comité, denominado “Informe Warnock”, marca la línea de actuación no sólo en Gran Bretaña, sino en toda Europa, ya que es el primer informe europeo que trata el tema de las técnicas de reproducción humana asistida, entre las pautas más importantes que señala este informe podemos señalar: la donación de gametos masculinos totalmente anónima y el niño nacido como consecuencia de la donación de semen de un tercero, debe ser considerado por Ley como hijo legítimo de su madre y su marido²¹⁹.

Por su parte, el informe “*Human Fertilization and Embryology: a framework for legislation*”²²⁰, reconoce que debe haber algún tipo de protección para el embrión humano desde su fecundación, esta fue una decisión del Parlamento. Dicho informe deriva en la Ley de Fertilización

²¹⁹ Miguel, Burstein. “Los derechos del embrión in vitro frente a la paternidad”. 26.

²²⁰ Informe “*Human Fertilization and Embryology: a framework for legislation*”.
<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1990/37/contents/enacted>

Humana y Embriología de 1991. La Ley sobre fertilización humana y embriología, regula y dispone lo concerniente a los embriones humanos y a cualquier desarrollo posterior de los mismos: y prohíbe ciertas prácticas relativas a embriones y gametos; y así mismo crea el Consejo de Fertilización Humana y Embriología y además dispone que personas han de ser tratadas como padres de un niño.²²¹

Posteriormente en el año 2008, se modifica esta Ley, dando paso a que se incluyera dentro del concepto de embrión a toda vida humana embrionaria, excepto el embrión humano-animal²²², ya que tiene un gran porcentaje de células de un animal y un menor porcentaje de células humanas. Señala también que toda referencia a embrión “incluye al óvulo en proceso de fertilización o bajo otro proceso con capacidad de dar como resultado un embrión humano”²²³

4.2.2. Marco legal Norteamericano

En el año 2011, la biblioteca del Parlamento de Canadá publicó un análisis sobre la actualidad de la legislación de reproducción humana asistida en dicho país. En este documento se hace un breve recuento de los antecedentes relevantes que dieron pie a la regulación de este tema. Dada la relevancia y claridad a continuación se transcriben algunos apartados de

²²¹ Ley de Fertilización Humana y Embriología, de 1 de noviembre de 1990, (07 de abril de 2017). <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/5/2292/81.pdf>

²²² Estos embriones humano-Animal, son embriones híbridos, es un organismo formado por células de diferentes especies, en la mayoría de estos experimentos se ha mezclado material genético humano con material genético de un cerdo, los países que tienen permiso de hacer esto, solo pueden mantenerlos con vida por 4 semanas, ya que se considera un atentado y una ofensa contra el hombre. En muchos países esto es ilegal o prohibido.

²²³ Miguel, Burstein. “Los derechos del embrión in vitro frente a la paternidad”. 27.

dicho documento, aunado a un análisis realizado por las autoras sobre el mismo²²⁴.

En razón de la presión social realizada en Canadá por varios movimientos feministas y de grupos a favor de las técnicas de reproducción asistida, en Octubre de 1989 el gobierno federal de Canadá creó la Comisión Real de Nuevas Tecnologías de Reproducción, encargada en delante de realizar un estudio y análisis sobre estas nuevas tecnologías y las implicaciones que estas presentaban a nivel social, económico, ético y legal. Esta Comisión es también conocida como la Comisión Baird, en razón de la Dra. Patricia Baird era la encargada de dirigirla. Para Noviembre de 1993 la Comisión presentó su informe final, titulado “Proceder con cautela”, en el cuál se recomendaba la prohibición de varias actividades junto con la necesaria regulación de las tecnologías de reproducción asistida con la finalidad de que estas fueran utilizadas y ofrecidas al público de una manera ética y segura²²⁵

Para tratar en parte de calmar las preocupaciones concernientes al tema, las agencias de investigación auxiliadas por el Estado canadiense publicaron en 1998 unas guías que establecían estándares éticos para la investigación en seres humanos; años más tarde, en el 2002, se publicaron las “guías para la investigación en células madre humanas y sus derivados” en las cuáles se detallaban y se analizaban más a fondo estos estándares. Estas guías son constantemente actualizadas para su aplicación por parte de

²²⁴Alejandra Álvarez Kepfer y Michelle Hernández Sanóu. “Vientres de alquiler: Propuesta de reforma del Proyecto de Ley sobre Fecundación In Vitro y Transferencia Embrionaria y creación del Depósito Nacional de Gametos a la luz de la experiencia internacional” (Tesis para optar por el título de Licenciatura en Derecho, Facultad de Derecho Universidad de Costa Rica, 2015) 97,
http://ijj.ucr.ac.cr/sites/default/files/documentos/alejandra_alvarez_kepfer__michelle_hernandez_sanou_tesis_completa.pdf

²²⁵Ibíd. 102.

todas aquellas investigaciones relacionadas con células madre, ya sean de adultos de embriones, financiadas por el Estado²²⁶.

Posteriormente a todos estos acontecimientos, en el ámbito legislativo el Ministro de Salud presentó ante el Parlamento un borrador de lo que podría ser la ley para las técnicas de reproducción asistida. Tal borrador fue presentado en el 2001, y el Comité encargado de los temas del área de Salud presentó un total de 33 recomendaciones sobre la regulación final de tan delicado tema. El proyecto de ley fue presentado en el 2002, para finalmente ser aprobado dos años después bajo el nombre de “Ley de Reproducción Humana Asistida”²²⁷

En Estados Unidos de América a nivel federal, la primera regulación relacionada con la fecundación *in vitro*, tuvo lugar en 1975, con la publicación del informe “Regulaciones Finales para la Procreación de los Seres Humanos Sometidos a Experimentación”, por el Departamento de Salud y Servicios Humanos. En 1980 se creó la “Comisión para el Estado de los Problemas en Medicina e Investigación Biomédica y Conductual”.

En los Estados Unidos no existe una legislación uniforme debido al sistema de organización política, de modo que coexisten numerosos cuerpos normativos en los diferentes Estados que lo conforman, que van desde la gran permisividad de diversas técnicas de fecundación hasta la prohibición y penalización de las mismas figuras en otros estados²²⁸.

²²⁶ Álvarez, Vientres de alquiler: Propuesta de reforma, 102.

²²⁷ *Ibid.* 103.

²²⁸ Burstein, Los derechos del embrión *in vitro* frente a la paternidad, 24.

4.2.3. Marco legal Latinoamericano

En Argentina se han tratado más de 20 proyectos de ley de los cuales únicamente 1 logró ser aprobado por el Senado en Julio de 1997, pero lamentablemente este no fue tratado por la Cámara de Diputados. Los costosos tratamientos, que antes debían ser abonados por las personas que buscaban tener un hijo, ahora serían brindados gratuitamente por las obras sociales, los seguros médicos privados y el sistema de salud público. Así, Argentina se convertía en el primer país de América Latina que garantizaba el acceso ilimitado de sus ciudadanos a un nuevo tipo de derecho: el de la fertilidad²²⁹.

En 1992, el Consejo Federal de Medicina, que es una entidad autárquica con facultades normativas de la práctica médica, adopta la resolución 1358, no obstante carecer de rango legal vigente, es titulada “normas éticas para la utilización de las técnicas de reproducción asistida” y está directamente inspirada en la legislación española de 1988, a tal punto que varias de sus normas son literalmente idénticas. Esta semejanza resulta incluso del uso del término “pre-embrión” para referirse al embrión antes de los 14 días desde la fecundación, término que es empleado también por la legislación española, y que hoy está en desuso por carecer de base científica.

La resolución autoriza tanto las técnicas homologas como las heterólogas, no solo para parejas, sino también para mujeres solas, también está permitida la selección de embriones, el congelamiento de los sobrantes y su destrucción luego de un cierto plazo; se desconoce del hijo a saber la

²²⁹ Posteriormente Ley N° 26.862 de "acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida", sancionada en 2013.

identidad de su padre biológico en el caso de las técnicas de heterólogas; se autoriza la maternidad subrogada, (maternidad de alquiler) cuando es practicada sin fines comerciales, etcétera.

Prácticamente, los únicos límites que se fijan a las técnicas, además de las exigencias del consentimiento informado, son:

- a) Que los procedimientos no deben ser empleados para seleccionar el sexo del hijo, salvo cuando se trate de evitar dolencias ligadas al sexo.
- b) Que “está prohibido fecundar óvulos humanos con cualquier otro fin que la procreación humana”
- c) Que “el número ideal de ovocitos y pre embriones a ser transferidos a la receptora no deben ser superior a cuatro”
- d) Que en caso de embarazo múltiple, “está prohibido el uso de los procedimientos de reducción embrionaria”
- e) Que la donación de gametos debe ser gratuita.²³⁰

En el art. 19 del proyecto de Código Civil y Comercial de Argentina encontramos el tema más destacado de esa ley respecto al tema en mención: el comienzo de la persona humana y la no personalidad del embrión in vitro.

Tan es así, que la redacción del artículo 19 del proyecto de CCYC ha variado en casi todas las etapas por las que ha atravesado, a veces avanzando y mejorando, por último retrocediendo sobre la base de concesiones improcedentes en un estado laico, y se dice improcedentes debido a que el 28/11/2013, tras un largo debate, el proyecto fue aprobado

²³⁰ Andorno, *El derecho frente a la procreación artificial*, 206.

contando con media sanción del senado. No obstante, desafortunadamente, respondiendo a presiones de la Iglesia Católica, inconcebibles en un estado laico, plural y democrático, se acuerda la siguiente redacción:

“La existencia de la persona humana comienza con la concepción.” Y en la Disposición transitoria segunda se establece que “La protección del embrión no implantado será objeto de una ley especial”.

En el código de la Niñez y la Adolescencia de Costa Rica, en su artículo 12 (ley 7739, del 6 de enero de 1998), dispone que “la persona menor de edad tiene el derecho a la vida desde el momento mismo de la concepción”. En 1995 se aprobó una normativa específica, el decreto 24029-S de Regulación de la Procreación Asistida, que sigue, en general, la línea de algunas leyes europeas ya mencionadas, como la alemana o la italiana, en la cual se regulaba la ejecución de práctica y el funcionamiento de la fecundación in vitro (FIV) para parejas conyugales.

Sin embargo, el 13 de marzo de 2000, la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia declaró inconstitucional este Decreto en su voto 2000 – 02306.²³¹

En el 2011 más exactamente en el mes junio, se le venció el plazo dado a Costa Rica por parte de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, dado que el Congreso no aprobó el proyecto de ley sobre la fecundación in vitro, y lo que hizo fue archivarlo, lo cual dio como resultado a que le interpusieran una demanda internacional por el incumplimiento al no

²³¹ Acción de inconstitucionalidad de H.N.D.V. contra el Decreto Ejecutivo No.24029-S, del 3 de febrero de 1995, publicado en La Gaceta No.45 del 3 de marzo de 1995.

legislar sobre el tema en cuestión.²³² En la sentencia número 257 Artavia Murillos y otros (inseminación in vitro) versus Costa Rica de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, dictaminada el 28 de noviembre del 2012, en su fallo se le ordenó a Costa Rica restablecer algún tipo de regulación, que había anulado la decisión de la Sala Constitucional en el año 2000, leída y notificada la sentencia del juez interamericano en diciembre del 2012, Costa Rica se mantuvo un primer año sin acatarla y un segundo en similar situación. En total, transcurrieron más de dos años y medio sin que las autoridades acataran lo dispuesto en la sentencia.

Fue hasta que la Corte Interamericana validara el decreto ejecutivo número 39210-MP-S²³³, adoptado por el Poder Ejecutivo en septiembre del 2015, decretado por el presidente de la República, el Ministro de la Presidencia y el Ministro de Salud, en el cual se restableció el marco legal, con ocasión de una nueva sentencia sobre ejecución del fallo del 2012, la cual fue dictaminada a finales del mes de febrero del 2016. Por otro parte, México, en abril de 1997, legisladores del Estado de Tabasco respondieron a varias de dichas interrogantes a través de la reforma al Código Civil para su Estado. Su intención fue la de hacer de la legislación civil tabasqueña una de las más actuales y modernas del país.

Este código legitima y legaliza la inseminación artificial, la fecundación in vitro y cualquier otro método de reproducción asistida, pero

²³² Jenny Paola Pineda Rubiano y Angela Arevalo Vargas, “Una nueva perspectiva para la Reproducción Asistida en Colombia”, (Tesis de Grado para optar el título de Especialistas en derecho de familia, Facultad de Ciencias Jurídicas, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, Colombia, 2013), 50-51.

²³³Sistema Costarricense de Información Jurídica, Decreto Numero 39210-MP-S , del 10 de septiembre del año 2015, “Autorización para la realización de la técnica de reproducción asistida de Fecundación In Vitro y transferencia embrionaria” Encontrado en: http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?nValor1=1&nValor2=80115

los limita a las parejas casadas y a las que viven públicamente como si fueran marido y mujer, sin tener algún impedimento para contraer matrimonio entre sí.

Dicho código establece la obligatoriedad del consentimiento de ambos miembros de la pareja como condición indispensable para acceder a la asistencia reproductiva y determina que es causal de divorcio la inseminación de la mujer sin el consentimiento de su pareja. También, reconoce la desvinculación de los padres biológicos y los padres legales y diferencia a la madre biológica de la madre substituta o subrogada. En caso de subrogación, considera a la mujer contratante como a madre legal.

El Código Civil para el Estado de Tabasco contempla varios aspectos relevantes indisolubles de la aplicación de las TRA. Sin embargo, esta aproximación legal, sin precedente en dicho país, no contempla otras implicaciones de la reproducción asistida: Inseminación postmortem, el anonimato del donador en la inseminación heterólogas y la disposición de los embriones que exceden a los transferidos en un ciclo²³⁴.

4.3 Otras instituciones jurídicas que derivan de las técnicas de reproducción humana asistida

Las técnicas de reproducción humana asistida, como el mecanismo más novedoso para vencer la infertilidad y resolver la mayoría de problemas genéticos que provienen de esta, ha desencadenado un sinfín de consecuencias y circunstancias jurídicas nuevas, obligando a los sistemas jurídicos del mundo a revisar la legislación aplicable a las mismas, por ello,

²³⁴ Andorno, *El derecho frente a la procreación artificial*, 208.

este apartado se estudiara más a fondo como la legislación internacional ha regulado las diversas instituciones jurídicas derivadas de la aplicación de las técnicas de reproducción humana asistida dentro de un marco de comparación y a la vez comentar como nuestro sistema jurídico podría regularlas en un eventual caso concreto. Las principales instituciones jurídicas que se rompen el orden tradicional del establecimiento de la filiación y que derivan de las TRHA son: El establecimiento de la Paternidad, el principio de la verdad biológica, la voluntad pro creacional y la Maternidad.

4.3.1 Paternidad y verdad biológica

La paternidad es el vínculo de familia existente entre el hijo y su padre²³⁵. El ordenamiento jurídico salvadoreño establece la paternidad por disposición de ley, por reconocimiento voluntario o por declaración judicial.

La ley secundaria de la República de El Salvador no considera establecer paternidad por reconocimiento en cuanto a las técnicas de reproducción humana asistida, es decir, que si el niño, niña o adolescente concebido como producto de estas técnicas desea buscar a su padre biológico tiene entero derecho a hacerlo²³⁶ y posiblemente hasta impugnar la paternidad de quien lo ha reconocido voluntariamente como tal, generando un menoscabo y una incertidumbre dentro de nuestro ordenamiento jurídico.

En cuanto a la jurisprudencia española, recientemente se han emitido dos sentencias de gran relevancia e importancia, en casos muy similares de las cuales se ha dictado doctrina para la resolución de este tipo de casos

²³⁵ Artículo 133 del Código de Familia “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.”

²³⁶ De conformidad al principio de la Verdad Biológica.

sobre el reconocimiento de la paternidad y la impugnación de paternidad, todo este en cuanto al interés superior del menor.

En primer lugar se tiene la sentencia número 441/2016 dictada por la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de España el 30 de junio de 2016, esta sentencia versa sobre el caso de una mujer que tiene una relación extramatrimonial durante dos meses, producto de esa relación queda en estado de embarazo y termina su relación, aun estando embarazada conoce a otro hombre con el cual se une en matrimonio y este decide en un acta otorgada ante el Juez encargado del Registro Civil, reconocer a la menor como hija suya, sabiendo que no lo era; un año después deciden divorciarse, la madre en nombre de la niña, empieza un proceso de impugnación de paternidad en el cual reclamaba la paternidad de quien afirmaba que era el padre biológico y, complementariamente, impugnaba la filiación matrimonial de su ex esposo, que constaba formalmente en el Registro Civil como progenitor.

El Pleno de la Sala de lo Civil manifiesta: *“La Sala entiende que la búsqueda de la verdad biológica y el interés del hijo coinciden cuanto es éste el que reclama la filiación, por lo que, en principio, podría entenderse que en una demanda presentada por la madre como representante legal del menor se da esa misma coincidencia de intereses...”* prosiguen: *“Sin embargo, en este caso los hechos probados reflejan la existencia de intereses contrapuestos entre madre e hija: el padre biológico no conoce personalmente a la niña y no hay constancia de que haya contribuido a su sustento ni se haya preocupado por ella; por el contrario, el progenitor registral ha actuado desde el nacimiento como el verdadero padre, cumpliendo con sus obligaciones como tal, y proporcionando él y su familia un entorno de bienestar y de estabilidad emocional y afectiva”.*

La Sala concluye que no está nada claro que el interés superior de la menor, que debe regir decisiones en este tipo sea *cambiar* de padre. A su juicio, la madre ha impulsado la reclamación de filiación por sus desavenencias con el padre oficial, del que se divorció, y no por el interés de la niña. Y resulta que en este caso ese padre oficial ha ofrecido un entorno estable a la niña, frente a un padre biológico que no la quiere reconocer como hija. Además La Sala recuerda que ésta sí podrá exigir, cuando cumpla la mayoría de edad, que se reconozca quién es su padre real²³⁷.

En cuanto a la paternidad y la verdad biológica, a diferencia de El Salvador, Alemania es uno de los países que en caso de la filiación derivada de las técnicas, se le permite al niño concebido por medio de ellas, poder investigar la identidad de su padre biológico, ya que se ha eliminado la figura del anonimato del donante consagrando plenamente el derecho a conocer el propio origen genético, que reconoce a partir de los 18 años el derecho a la información necesaria para la identificación del padre genético²³⁸

La Ley italiana 40/2004 considera la fecundación artificial como un recurso permitido en el caso que no existan otros métodos terapéuticos eficaces para eliminar las causas de infertilidad o esterilidad. La Ley manifiesta, explícitamente, que la procreación médicamente asistida no es un método procreativo alternativo al natural en este sentido la Ley italiana permite únicamente el uso de gametos de la pareja, excluyendo donantes. Limita el acceso a las técnicas de reproducción asistida a parejas de distinto

²³⁷ Sentencia Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de España, con fecha 30 de junio del año dos mil dieciséis. Encontrada en: <https://app.vlex.com/#vid/644652149>

²³⁸ Mónica Assandri, Adriana Warde et al., "Derecho a la identidad de los niños/as y adolescentes vs. Derecho a la intimidad de los adultos", Ponencia de la Comisión número 6, Familia: "Identidad y Filiación", Universidad de Córdoba. http://jndcbahiablanca2015.com/wp-content/uploads/2015/09/Assandri-y-Otros_DERECHO.pdf content/uploads/2015/09/Assandri-y-Otros_DERECHO.pdf

sexo, estables, casadas o uniones de hecho, mayores de edad y en edad potencialmente fértiles, ambos miembros de la pareja deben estar vivos. La ley italiana solo permite la fecundación homóloga por lo que la paternidad legal se corresponde con la biológica, y en el caso que se aplique una técnica heterólogas no se podrá ejercitar la acción de desconocimiento de la paternidad y el mismo depositario del gameto o celular será considerado el padre o madre del menor.

Al igual que Italia, en Francia las técnicas de reproducción asistida están destinadas al hombre y la mujer que acrediten su convivencia por más de dos años. Y como se mencionaba en el apartado anterior solo permite la fecundación homóloga por lo que la paternidad legal se corresponde con la biológica, y en el caso que se aplique una técnica heterólogas no se podrá ejercitar la acción de desconocimiento de la paternidad y el mismo depositario del gameto o celular será considerado el padre o madre del menor. En México, Corresponde mencionar el tratamiento de la cuestión en el Código Proyecto del año 1998. Si bien, hace referencia a la admisión de la inseminación artificial homóloga, en los artículos 543 y 563 brinda una respuesta para la determinación de la maternidad y la paternidad en los supuestos de dación de material genético. Cuando se trata de determinación de la maternidad, se mantiene el criterio de que la maternidad sigue al vientre con independencia de la voluntad procreacional y de la verdad biológica. En cambio, impide que el marido de la madre impugne la paternidad matrimonial, si consintió la práctica con semen de dador (voluntad procreacional).

En El Salvador, como precedente del principio de la verdad biológica se puede mencionar la sentencia referencia 1055 Ca. Fam. S. S. que expresamente manifiesta: “consideramos que el derecho de la niña a

investigar la paternidad, no sería tal si esta sentencia negara la posibilidad de conocer quién es su padre biológico, por lo que debe fijarse la obligación de sus padres en dársela a conocer, de forma apropiada, una vez que alcance la mayoría de edad”. Por otro lado, menciona la sentencia que la paternidad queda establecida por la voluntad procreacional, institución que se analizara en el siguiente apartado.

4.3.2. Voluntad procreacional y maternidad

La filiación se distingue de los demás institutos del derecho de familia por las modificaciones que se producen en el correr del tiempo, las cuales responden a dos variables: cambios sociales e impacto en la biotecnología²³⁹

El sistema filiatorio tradicional, se edificaba sobre la base de la verdad biológica, la cual era entendida como “la coincidencia entre los términos generante y generado de orden natural y padre e hijo de orden legal”²⁴⁰. En estos términos, la determinación del vínculo se regía por una concordancia entre lo jurídico y lo biológico en donde el elemento volitivo carecía de relevancia.

Sin embargo, este principio fue puesto en crisis, ya que el desarrollo de la biotecnología generó una realidad más compleja en la sociedad posmoderna, es a partir de allí que a través del uso de la ciencia y medicina el arte de “fabricar” un niño ya no se limita al encuentro sexual, estamos verdaderamente ante una “revolución reproductiva” que separa radicalmente

²³⁹ Adriana N. Krasnow, *La procreación humana asistida y sus problemas. Un análisis desde la teoría del mundo jurídico en Derecho y complejidad* (Buenos Aires: Editorial Tandil, 2011), 198.

²⁴⁰ María de las Mercedes Ales Uría Acevedo, *Las disociaciones de la maternidad y paternidad a partir de las TRHA. Un análisis comparado del Proyecto de Reforma a partir del derecho comparado* (Buenos Aires: Editorial DFyP, 2013), 2.

la reproducción humana de la sexualidad, de modo que hoy en día es posible la reproducción sin sexo.

Estos cambios han trastocado estructuras del derecho de familia tradicional que antes eran impensadas, dado que es en la procreación asistida en donde el elemento volitivo cobra especial relevancia desplazando, de esta manera, al genético produciéndose una desbiologización de la paternidad. En virtud de ello países como España han aceptado en sus leyes la Voluntad procreacional como una nueva forma de constituir filiación sea la pareja casada o no²⁴¹; pero es inevitable hablar de voluntad procreacional sin hablar de la maternidad subrogada, ya que nos abre las puertas para tocar el tema del reconocimiento de la maternidad.

El derecho comparado, casi unánimemente, se pronuncia sobre el tema, indica que la maternidad del nacido corresponde a la mujer que lo ha gestado, aun cuando se demuestre que le fue implantado un óvulo fecundado de otra mujer, prohibiendo los contratos de la maternidad subrogada, algunos países admiten la celebración de estos contratos de maternidad subrogada, con el previo cumplimiento de ciertos requisitos y procedimientos establecidos. Ante la eventualidad de que surjan conflictos por incumplimiento de los contratos por la negativa de la madre gestante a entregar al nacido, los tribunales han resuelto mediante la aplicación del principio de interés del menor. Así, se le proporciona, en algunos casos, la adopción a la madre comitente; en otros, han determinado la filiación de los

²⁴¹ Artículo 8.2 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida. “Se considera escrito indubitado a los efectos previstos en el artículo 49 de la Ley del Registro Civil el documento extendido ante el centro o servicio autorizado en el que se refleje el consentimiento a la fecundación con contribución de donante prestado por varón no casado con anterioridad a la utilización de las técnicas.”

padres comitentes, reconociendo el derecho de visitas de la madre subrogada (maternidad compartida).

Las legislaciones que desarrollan la figura de la maternidad subrogada en sus ordenamientos jurídicos se agrupan en tres corrientes, la primera de ellas conformada por los países de Australia, Alemania, Austria, Bélgica, Bulgaria, Canadá, Chile, China, Dinamarca, Egipto, España, Francia, Gran Bretaña, Holanda, Italia, Japón, Portugal, Quebec, Suecia, Suiza, Taiwán y Turquía, países que regulan esta figura como nula, la prohíben y en algunos casos, como el de Alemania, fijan sanciones penales para estas prácticas.

La segunda, conformada por algunos estados norteamericanos y Grecia, la admiten a través de un acuerdo escrito entre las personas que desean procrear, validado a través de un tribunal competente que establece la filiación.

En la tercera, conformada por Brasil, Ecuador y El Salvador, no existe un marco regulatorio; la maternidad subrogada puede practicarse sin restricciones, punto donde se considera vulnerado el derecho de filiación de una persona concebido como producto de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida; Brasil la admite sólo si se recurre a un miembro de la familia. Destaca la posición que sugiere el derecho latinoamericano, tal como lo señala Paulo Lôbo cuando afirma que "en el caso de la inseminación artificial homóloga, en Brasil y en la mayoría de países, no se permite el uso instrumental del útero ajeno, sin vínculo de filiación (popularmente conocido como 'vientre de alquiler')"²⁴².

²⁴² Paulo Lobo, *Derecho civil. Familias* (Sao Paulo: Saraiva, 2011), 199. Como lo afirma este autor, en El Salvador no se posee claridad respecto a la aplicación de esta figura biomédica, sin embargo, los efectos jurídicos que esta produce en otros ordenamientos jurídicos como el de Estados Unidos, no serían aplicables al nuestro, la madre sería siempre la que da a luz y el padre quien donó el espermatozoide o quien expresó la voluntad procreacional.

Algunos países permiten la sustitución de maternidad y sus derivaciones cuando se realiza en mujeres emparentadas familiarmente (madre-hija, hermanas, tía-sobrino, primas, cuñadas) y no hay lucro de por medio. La tendencia viene redireccionándose hacia el aspecto afectivo, primando el sentir procreacional, el deseo que tuvo la mujer de gestar para otra. Frente al principio de la verdad biológica, el cual debe imperar, surge el principio voluntad procreacional. Éste parte del reconocimiento y desarrollo del principio del interés superior del niño, y precisamente es nuestra legislación salvadoreña la que debe manifestarse al respecto a efecto que se proteja este principio.

CAPITULO V
CRITERIOS PARA LA FORMULACIÓN DE MECANISMOS DIRIGIDOS A
LA PROTECCIÓN DEL DERECHO A LA FILIACIÓN POR PARTE DEL
ESTADO SALVADOREÑO, DEL NIÑO, NIÑA Y ADOLESCENTE,
CONCEBIDO COMO PRODUCTO DE LAS TECNICAS DE
REPRODUCCION HUMANA ASISTIDA, CONCLUSIONES Y
RECOMENDACIONES

El propósito del presente capítulo es analizar e interpretar los resultados de campo sobre la protección del derecho a la filiación por parte del estado salvadoreño, del niño, niña y adolescente, concebido como producto de las técnicas de reproducción humana asistida; identificar si existe o no vulneración a las garantías constitucionales y al Derecho de Filiación de estos mismos y por último la elaboración de criterios para la formulación de mecanismos dirigidos a la protección del Derecho a la Filiación de los niños, niñas y adolescentes nacidos mediante las técnicas de reproducción asistida.

5.1 Generalidades

5.1.1 Objetivo

Analizar e interpretar los resultados de campo sobre la protección del derecho a la filiación por parte del Estado salvadoreño, del niño, niña y adolescente, concebido como producto de las técnicas de reproducción humana asistida.

5.1.2. Hipótesis

La falta de legislación por parte del Estado salvadoreño, conlleva a que se vulnere el derecho a la filiación de los niños, niñas y adolescentes concebidos como producto de las técnicas de reproducción humana asistida;

además esta falta de regulación permite que se violenten derechos conexos al derecho a la filiación, causando inseguridad jurídica a este sector de la población.

5.1.3 Metodología

Para la realización de la presente investigación se contó con la población consistente en abogados de la Republica de El Salvador, que fuesen litigantes en el ejercicio de la libre profesión, secretarios de juzgados, procuradores adjuntos, defensores públicos en área de familia entre otros, la muestra utilizada es de cincuenta abogados de la Republica de El Salvador.

Respecto a la entrevista las cuales fueron dirigidas a instituciones gubernamentales dedicadas y dirigidas a la protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes de El Salvador.

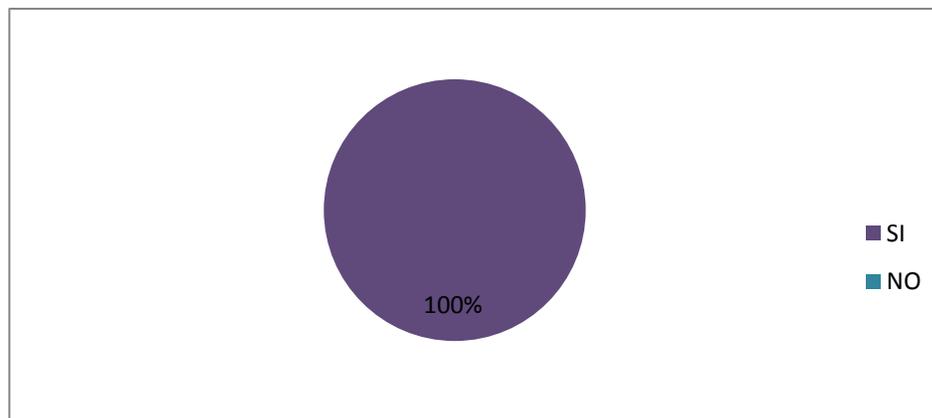
Dichas entrevistas fueron dirigidas a las personas siguientes: Lic. Mauricio Ernesto Urrutia Orellana, Procurador adjunto de la Procuraduría para la defensa de los derechos humanos (PDDH) y Asistente Técnico de la Coordinación de Unidades Juveniles; Licencia Griselda González, Subdirectora de Registro y Vigilancia del Consejo Nacional de la niñez y la adolescencia (CONNA); Licenciado Julio Cesar Chicas, Juez cuarto de familia de San Salvador (juez uno) ; Licenciado Efraín Cruz Franco, Juez cuarto de familia de San Salvador (juez dos) y Licenciada Rommy Erika *Zúniga* Bonilla, Jueza de familia de Soyapango (juez uno). Es requerido acotar que se intentó entrevistar a las encargadas de la Secretaría de Inclusión Social la doctora Vanda Pignato y licenciada Tania Cedillos, por ser este uno de los entes estatales encargados de velar por la inclusión; pero que como grupo investigador no fue posible acceder a sus encargadas o encargados.

5.2. Análisis de las encuestas

El objetivo de las encuestas dirigidas a los profesionales del derecho identificados como unidades de análisis en el presente estudio fue recopilar información del conocimiento que ellos poseen sobre el derecho a la filiación que tienen los niños, niñas y adolescentes que han sido concebidos como productos de las técnicas de reproducción humana asistida, obteniendo lo siguiente:

Preguntas:

1. ¿Conoce el significado del concepto de filiación?



Respuesta	Cantidad	Porcentaje
SI	50	100%
NO	0	0%
TOTAL	50	100%

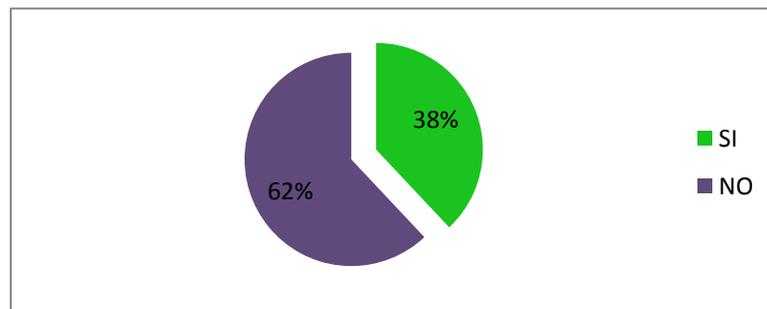
El 100% de encuestados (50 personas) respondió que sí conoce el significado de filiación; de tal suerte que conociendo el punto de partida de la investigación se relacionó para que las demás preguntas pudieran realizarse

a efecto de conocer la temática envuelta en el ámbito de la filiación por técnicas de reproducción humana asistida.

Una vez se ha constatado que los encuestados conocen el significado del concepto de filiación se sientan las bases de la temática, y al respecto, se encamina la encuesta en el sentido principal de nuestra investigación.

En esta pregunta no hubo personas que desconocieran la institución de la filiación ya que manifiestan que tienen la noción general del tema en concreto.

2. ¿Considera usted que la institución de la filiación está debidamente legislada?



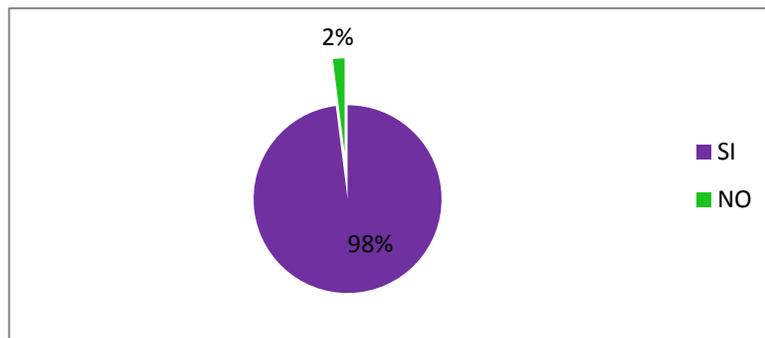
Respuesta	Cantidad	Porcentaje
SI	19	38%
NO	31	62%
TOTAL	50	100%

De 50 personas entrevistadas el 38% considera que la filiación está debidamente legislada en el sentido que como país no estamos para enfrentar otras instituciones que se deriven de las tradicionales o innovadoras, siendo que se encuentran conformes con la legislación actual (derecho por integración) que regula todo el ámbito de filiación.

Por otro lado el 62% restante, que representa treinta y un personas están en desacuerdo por el hecho de que el derecho debe avanzar de la mano con las nuevas tendencias y no vernos superado por otras regiones y por ende sus ordenamientos legales.

De esto cabe mencionar que las personas en desacuerdo manifestaron que el derecho debe ser predictor de los fenómenos jurídicos que se desencadenan de una relación o institución jurídica nueva, y no dejar todo a la casualidad o causalidad jurídica, esto es en palabras más sencillas “que los fenómenos sucedan y después regularlos”.

3. ¿Usted conoce los derechos y obligaciones que genera la filiación?



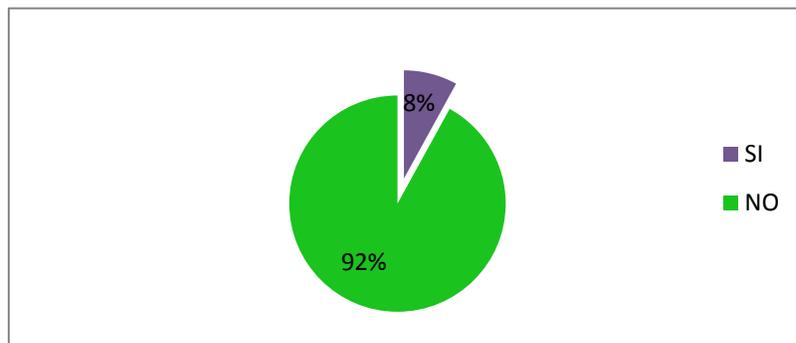
Respuesta	Cantidad	Porcentajes
SI	49	98%
NO	1	2%
TOTAL	50	100%

De los 50 profesionales del derecho encuestados, el 98% (49 personas) conoce los derechos y obligaciones que derivan de la filiación, y un 2% (1 persona) de los encuestados no los conoce por el simple hecho de no dedicarse a la materia de familia o por no considerar que han leído nuevas reformas respecto a la materia.

En otras palabras se puede decir que La filiación es un derecho jurídico que existe entre dos personas donde una es descendiente de la otra, sea por un hecho natural o por un acto jurídico, y de la cual nacen derechos y obligaciones, como el derecho a una cuota alimenticia, al cuidado personal, a una identidad, a la salud mental.

Los encuestados están conscientes de lo importante que es determinar la filiación de una persona porque de ella derivan los derechos que mencionamos en el párrafo anterior.

4. ¿Conoce usted si existe la filiación originada por medio de las técnicas de reproducción humana asistida en El Salvador?



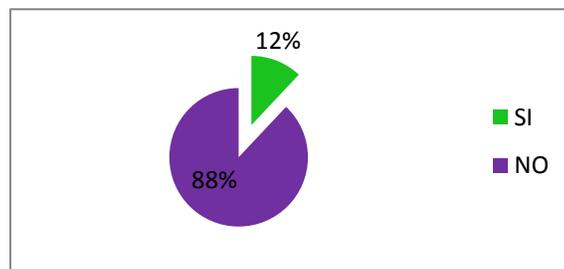
Respuesta	Cantidad	Porcentaje
SI	4	8%
NO	46	92%
TOTAL	50	100%

De un total de 50 encuestados el 92% (46 personas) no saben si las Técnicas de Reproducción Humana Asistida generan filiación en El Salvador, la población encuestada se mostró confundida al respecto debido a que para ellos hay Técnicas que si generan y otras tantas que no lo hacen, por ejemplo, la inseminación artificial del esposo para introducir en su esposa no tiene mayor relevancia jurídica puesto que la filiación sería por

consanguinidad, pero resulta claro que existe una variedad de Técnicas de Reproducción Asistida en las cuales, las células donadas no tienen ningún vínculo biológico con el padre o madre quien expresa su voluntad pro creacional.

Toda esta incertidumbre deviene en falta de regulación, y es por ello que la mayoría de los encuestados mencionaron que no saben si las Técnicas de Reproducción Asistida generan filiación. Por otro lado, el 8% (4 personas) de los encuestados manifestó si saber con certeza que las Técnicas de Reproducción si generan filiación en nuestro país.

5. ¿Conoce usted cómo se resuelve el problema de la filiación de los hijos concebidos como producto de las técnicas de reproducción humana asistida?



Respuesta	Cantidad	Porcentaje
SI	6	12%
NO	44	88%
TOTAL	50	100%

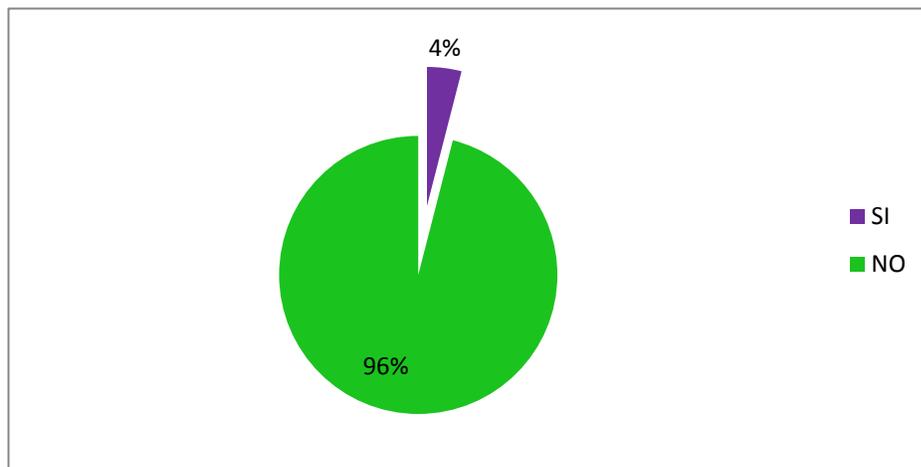
De 50 personas encuestadas un 88% (44 personas) manifestaron no saber cómo se resolvería el problema de la filiación de las Técnicas de Reproducción Asistida; no es de sorprenderse que la falta de regulación genera incertidumbre sobre la aplicabilidad, es decir que el único precedente que ha existido en el país para poder abordar la temática de las técnicas de

reproducción asistida es una sentencia cuya aplicación no es suficiente para la variedad de técnicas que ahora existen en nuestros días y que probablemente se vienen estudiando muchas más.

Al crearse una ley especial de aplicación de las TRA, y una reforma al Código de Familia se estaría brindando una solución al problema y entonces se obtendría un parámetro de aplicación (bajo el principio de legalidad) sobre cómo resolver la temática de las TRA.

Un 12% (6 personas) manifestó que si sabe cómo resolver el problema de la filiación de los hijos concebidos como producto de las técnicas de reproducción humana asistida, y es en virtud del derecho por integración.

6. ¿Conoce usted un caso práctico que resolviera filiación de los hijos concebidos como producto de las técnicas de reproducción humana asistida en nuestro país?



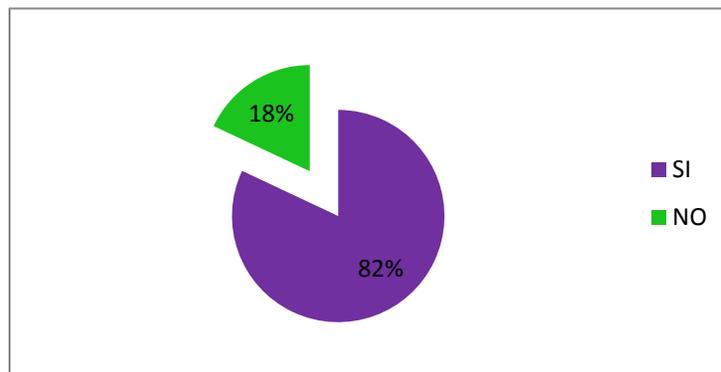
Respuesta	Cantidad	Porcentaje
SI	2	4%
NO	48	96%
TOTAL	50	100%

Del total de 50 profesionales del derecho encuestados, el 96% (48 personas) desconoce algún caso práctico que sea sometido a litigio en nuestro país; es así que solo se limitaron a señalar de alguna u otra forma los entrevistados que conocen el caso de 1996 únicamente.

Resultando que no más del 4% de los encuestados conoce un caso práctico que resolvió la problemática y que se trata de la sentencia 1055 de la Cámara de Familia de San Salvador de 1998.

De lo anterior, se destaca el hecho que los encuestados manifestaron que la sentencia solo resuelve el caso en particular, y es en virtud de ley especial que debe preverse todos los escenarios posibles.

7. ¿Usted considera que los niños, niñas y adolescentes concebidos como producto de las técnicas de reproducción humana asistida, tienen el derecho de conocer a su padre biológico?



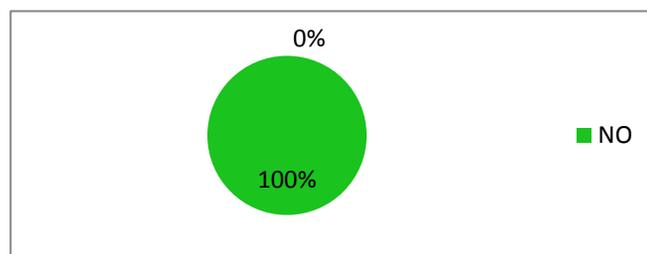
Respuesta	Cantidad	Porcentaje
SI	41	82%
NO	9	18%
TOTAL	50	100%

De 50 personas encuestadas el 82% (41 personas) manifestó que los niños y adolescentes productos de estas técnicas, tienen derecho a conocer a su padre biológico, bajo el principio de la verdad biológica.

Mientras tanto el 18% (9 personas) manifestaron que el niño no puede conocer a su padre biológico puesto que esto pudiera generarle consecuencias psicológicas al no pertenecer (hoy en día) a una familia “tradicional”.

Es inminente la necesidad de una regulación ajustada en este punto ya que se ve la incertidumbre y la situación de menoscabo en la que se encuentra nuestra normativa frente a la discriminación que se pueda dar a largo plazo; con los tratamientos que se realizan día a día en nuestro país incluyendo la falta de programas sociales de sensibilización de la temática.

8. ¿A su criterio el Estado salvadoreño realmente está protegiendo a través de su ordenamiento jurídico el derecho a la filiación de los niños, niñas y adolescentes concebidos como producto de las técnicas de reproducción humana asistida?

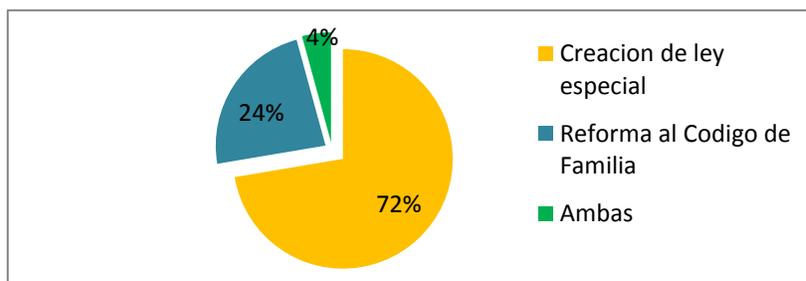


Respuesta	Cantidad	Porcentaje
SI	0	0%
NO	50	100%
TOTAL	50	100%

Se debe considerar que los programas sociales no solo deben ser dirigidos a la población en general sino también a la población vinculada a

ellas, poniendo de manifiesto la realidad biológica que se vive hoy en día. Es evidente el punto de vista de todos los encuestados dado que a partir de la poca información que existe de las Técnicas de Reproducción Asistida como un mecanismo de gestación, y la poca visualización del tema que existe, resulto muy notorio en este punto de vista el resultado dado que nuestro país en el avance científico está innovándose cada vez más y no así nuestra legislación. Es así que el 100% (50 personas) de nuestros encuestados dijeron que no se protegía en virtud de abstenerse el Estado salvadoreño de legislar el precepto legal en nuestra ley secundaria. Es en tal punto de vista donde queda de manifiesto la necesidad de la regulación de dicho precepto; para que no se cometan eventuales arbitrariedades ni vacíos legales que a lo largo del tiempo viene a ser perjudicial para nuestro ordenamiento jurídico y para nuestro Estado Salvadoreño frente a los otros Estados con regulación específica.

9. ¿Considera usted que es necesaria una ley especial que regule el derecho a la filiación de los niños, niñas y adolescentes concebidos mediante las técnicas de reproducción humana asistida o basta con una reforma al código de familia?



Respuesta	Cantidad	Porcentaje
Creación de una ley especial	34	72%
Reforma al Código de Familia	11	24%
Ambas	2	4%
TOTAL	50	100%

De 50 personas encuestadas, el 72% (34 personas) aseguró que es necesaria la creación de una Ley especial, que regule aparte las técnicas de reproducción humana asistida y la filiación de los niños niñas y adolescentes concebidos por medio de estas técnicas, según ellos la ley debe contener los requisitos de aplicación, condiciones y circunstancias o supuestos jurídicos.

Un 24% (11 personas) afirman que es necesario una reforma al Código de Familia en su apartado de la filiación, pudiéndose agregar esos preceptos al mismo marco legal, porque a su punto de vista con la creación de una ley especial en cuanto a la filiación, se estaría discriminando a estos niños y lo que se quiere es una integración del derecho.

Por otro lado un 4% (2 personas) de la población entrevistada nos dice que pueden ser necesarias ambas, una reforma al código en cuanto al tema de la filiación y la creación de una ley especial que regule solamente las técnicas de reproducción asistida como tal y sus procedimientos.

5.3 Resultados de las entrevistas

Estas entrevistas se realizaron con el fin de comprobar las hipótesis que sostiene el presente trabajo de investigación, siendo los principales objetivos cumplidos conocer el criterio y posición sobre este tema, en base a esto poder alimentar el criterio propio como investigadores.

Cabe destacar la tendencia al desconocimiento sobre el tratamiento que se le puede a la temática, en términos de su aplicación jurídica y su aplicación administrativa, como se mencionó en capítulos anteriores, no se trata de no se trata de tomar partido con relación a la práctica de las técnicas de reproducción humana asistida, sino de la determinación de filiación del ser humano nacido mediante dichos procedimientos

Para el cumplimiento de lo antes expuesto, se solicitó audiencia con las personas siguientes: Lic. Mauricio Ernesto Urrutia Orellana, Procurador adjunto de la Procuraduría para la defensa de los derechos humanos (PDDH) y Asistente Técnico de la Coordinación de Unidades Juveniles; Licencia Griselda González, Subdirectora de Registro y Vigilancia del Consejo Nacional de la niñez y la adolescencia (CONNA); Licenciado Julio Cesar Chicas, Juez cuarto de familia de San Salvador (juez uno) ; Licenciado Efraín Cruz Franco, Juez cuarto de familia de San Salvador (juez dos) y Licenciada Rommy Erika Zúniga Bonilla, Jueza de familia de Soyapango (juez uno), estos últimos tres de la Corte Suprema de justicia de El Salvador, todas realizadas en el departamento de San Salvador, obteniendo los resultados siguientes:

Entrevistas a instituciones del Estado Salvadoreño

PREGUNTAS	Lic. Mauricio Ernesto Urrutia Orellana de PDDH	Licda. Griselda Gonzales del CONNA	Lic. Julio Cesar Chicas. Juez cuarto de familia (Juez 1) de San Salvador	Lic. Efraín Cruz Franco. Juez cuarto de familia (Juez 2) de San Salvador	Licda. Rommy Erika Zúniga Bonilla. Jueza de familia (Juez 1) de Soyapango
PREGUNTA 1 ¿Cuál es su posición sobre la filiación de los niños, niñas y adolescentes concebidos mediante las técnicas de reproducción humana asistida? ¿Es posible que nuestro ordenamiento esté listo para afrontarlo? Si o No y porque.	Para el representante PDDH afirma que El Salvador está muy desfasado en temas científicos, y el ordenamiento jurídico debe de estar concatenado a prácticas científicas, pero hay muchas reservas por intereses ideológicos o políticos. Las leyes deben de estar preparadas para ser acordes a los grupos más	La LEPINA no hace ningún tipo de distinción, ya que son recogidos los derechos estándares en el tema internacional. Nosotros como institución estamos aferrados de manera sumisa a la LEPINA en el sentido de que partimos de ella como una ley primaria ante todas las otras leyes incluyendo el Código de Familia	No, porque no tenemos legislación adecuada; El código de familia no responde a estos fenómenos naturales	No, nos hemos quedado atrasados en cuanto a las técnicas de reproducción humana asistida y sobre todo en cuanto a su reglamentación jurídica, ya que en el país no se conocen tanto estas técnicas, pero si se practican en el anonimato de forma comercial.	Nuestro ordenamiento no está listo ya que el Código de Familia es del año 1994, existen nuevas instituciones que deben ser reguladas, además no tenemos ninguna ley especial que regule las técnicas.

	vulnerables.				
<p>PREGUNTA 2 Según su criterio, ¿el Estado Salvadoreño a través de su ordenamiento jurídico protege el derecho a la filiación de los niños, niñas y adolescentes concebidos mediante las técnicas de reproducción humana asistida? Si o No y porque</p>	<p>Lo se necesita es regular la técnica y proteger al padre y a la madre que son los que conciben, los padres no tienen claras las garantías mientras que en las practicas no estén claras las reglas pueden haber vacíos legales.</p>	<p>Si, conforme a la regulación de nuestra LEPINA que es una ley independiente, el artículo 11 de la LEPINA habla del derecho a la filiación, en este derecho consagrado en esta ley no puede haber discriminación basada en criterio</p>	<p>En un aspecto general si, la constitución no dice in vitro solamente enuncia la concepción, la constitución en el art. 1 y 2 da la protección desde que el que el ser humano es concebido. En aspectos generales si hay protección pero desde un aspecto específico no tenemos esa protección legal en forma especial.</p>	<p>No, porque realmente no es una institución que este regulada en nuestro país. No lo tenemos regulado.</p>	<p>Considero que no se le da la protección completa, porque solo se limita hasta conocer la identidad biológica nada más. Aquí se dan dos puntos: 1- La teoría de la voluntad procreacional vrs la identidad biológica.</p>
<p>PREGUNTA 3 ¿Considera usted que es necesaria una ley especial que regule el derecho a la filiación de los niños, niñas y adolescentes concebidos mediante las técnicas de reproducción humana asistida o basta con una reforma al código de familia? Si o No y porque.</p>	<p>Es necesaria reformarla porque entre más leyes existen, más leyes y artículos van quedando obsoletos. Eso es lo que ha pasado con el código de familia cuando, podríamos hacer un código más integral, así el tema no se vuelva aislado.</p>	<p>No estamos de acuerdo con la creación de una ley especial porque sería necesaria la creación de nuevos recursos financieros y como Estado no lo tenemos. Es importante la revisión normativa, y ver si basta la regulación que hace la LEPINA para que no se haga una reforma al Código de familia o a nuestro criterio incorporarlo por medio de la LEPINA</p>	<p>No, no es necesaria una ley especial, basta con reformar el Código de Familia "entre menos leyes tengamos nosotros, menos complicada es una sociedad".</p>	<p>Debe de haber una reforma al código de familia en cuanto a la filiación e incluir a los niños concebidos mediante las técnicas, para que no se generen diversos criterios judiciales. y crearse una ley especial pero que regule solamente las técnicas de reproducción humana asistida.</p>	<p>Se necesitan ambas cosas, una reforma al Código de Familia., no solo en el área de la filiación, sino que en muchas cosas más y la creación de una ley especial que regule en si solamente las técnicas de reproducción humana asistida, como un control en la sociedad.</p>

<p>PREGUNTA 4 ¿Qué clase de políticas y programas necesita implementar el Estado Salvadoreño para poder proteger el derecho a la Filiación de los niños, niñas y adolescentes concebidos mediante las técnicas de reproducción humana asistida?</p>	<p>A partir de una reforma al Código de Familia y a la LEPINA deberá promoverse una política integral en este tema, y asimismo sobre todo incluirla en la Política Nacional Integral de la niñez y adolescencia, para que pueda ser aplicable</p>	<p>Se necesita una política nacional de protección de niños y adolescentes, que incorpora lineamientos específicos de la identidad en particular y nos manda a crear programas en particular del derecho a la identidad.</p>	<p>Se necesita una mayor información sobre este tema, y no solo información sino también divulgar para que sea del conocimiento de todos.</p>	<p>Programas de concientización para las personas que se están sometiendo a este procedimiento. Así también programas de información general para todos los ciudadanos. Y sobre todo Capacitación a los jueces del Órgano Judicial, para que puedan unificarse los criterios y no dar sentencias alocadas sobre el tema.</p>	<p>Primer lugar que los niños conozcan las políticas orientadas a la protección de la filiación. en ese sentido es necesario el comienzo de una política a donde exista la mayor demanda en cuanto a los niños que nacen bajo estas técnicas.</p>
<p>PREGUNTA 5 ¿Según su perspectiva, que medidas sugiere que se tomen para poder iniciar el camino a la regulación de las técnicas de reproducción humana asistida en nuestro ordenamiento jurídico? ¿Cuál debe ser el primer paso?</p>	<p>Primero un análisis científico y jurídico de las técnicas de reproducción humana asistida. Se debe que partir de un estudio y posteriormente ir creando programas o acciones concretas.</p>	<p>Primero debe hacerse un diagnóstico para poder identificar la situación, como CONNA hacemos exigibilidad de derechos en el seno de la Asamblea Legislativa, damos nuestro posicionamiento en cuanto a dichos temas; la Asamblea legislativa no va a tomar una decisión sino hay evidencia</p>	<p>Se necesitan en primer lugar políticas de cultura general. Que el Ministerio de Salud Pública, el Ministerio de Educación, entre otros, informen para a la sociedad a lo que se enfrentara más adelante en torno a las nuevas tecnologías. Incluso la Corte Suprema de Justicia debería tener un espacio sobre este tema que es especial y muy árido.</p>	<p>El Ministerio de Salud debe vigilar las técnicas para que pueda realizar un análisis científico y jurídico y así tomar las medidas necesarias para que estos procedimientos se adecuen a una norma legal. Posteriormente informar, capacitar y finalmente promover las leyes o reformas.</p>	<p>Estudiar la ley, ya que la ley se da con base a las necesidades, la opinión de los sectores presentar una reforma al código escuchando a los sectores, como CONNA, ONG'S, como plan analizar qué problemas han surgido, lo que sucede que en nuestro país no es muy común, quizá derecho comparado.</p>

<p>PREGUNTA 6 Según su posición: ¿cuál debe ser el padre que debe de enfrentar las obligaciones que conllevan la filiación?</p>	<p>El padre que reconozca legalmente como suyo, al niño concebido mediante las técnicas de reproducción asistida.</p>	<p>El padre que inicia todo el proceso para poder procrear tiene toda la responsabilidad y las obligaciones que traen aparejada la filiación.</p>	<p>El que mejor garantice los derechos del niño y la niña; incluso independientemente el niño más adelante quiera investigar su paternidad, ya que esto es un derecho imprescriptible.</p>	<p>El padre el que debe enfrentar la obligación es el que lo reconoce como su hijo, el que le da la tutela legal</p>	<p>Hablando específicamente de una paternidad en el sentido de que cuando se acepta el contrato se desliga el donante de todos los derechos que el niño tiene con respecto al padre. El único derecho que el niño puede reclamar solo es a saber quién es su padre.</p>
--	---	---	--	--	---

Entrevista Especial

<p>PREGUNTAS</p>	<p>Pregunta 1 ¿Qué tanto es utilizado en nuestro país actualmente las Técnicas de Reproducción Humana Asistida por este centro médico?</p>	<p>Pregunta 2 ¿Cuáles son los efectos secundarios en una mujer al someterse a dichas prácticas?</p>	<p>Pregunta 3 ¿En qué legislación, reglamento o documento se ampara este centro médico para la realización de estas técnicas?</p>	<p>Pregunta 4 ¿Cuándo el donante se apersona a dicho centro y este dona su esperma; este (donante) queda en total anonimato o hay un registro de todos los comparecientes?</p>	<p>Pregunta 5 ¿Qué documento se expide cuando una pareja usa los servicios de este centro médico, es un simple papel o a que mecanismo se recurre?</p>
-------------------------	---	--	--	---	---

<p>Dr. José Roberto Bonilla BONIFER-Centro de Fertilización In Vitro</p>	<p>Como médico especialista no puedo determinar cuántos casos existen en nuestro país, yo me limitaría a decir las cosas que yo realizo constando de dos ramas a las que me dedico a las cuales son: 1-La inseminación artificial 2-Fertilización in vitro. Sin embargo como Centro de Fertilización llevamos un control de todas las personas que se abocan a nuestra clínica; no obstante que el Ministerio de Salud lo requiera.</p>	<p>Estos procedimientos tiene un porcentaje de falla; el efecto secundario más importante infecciones en las vías genitales de la mujer porque las vías genitales de la mujer porque el material no estaba bien esterilizadas; o si ya había una afección previa y no la controlamos antes de realizar el procedimientos.</p>	<p>La paciente se selecciona no le vamos a hacer a todas las personas. Como centro de fertilización asistida no existe un reglamento como tal unas reglas en las cuales los pacientes estén regulados bajo ciertas reglas, no existe ni en el ministerio de salud un reglamento como tal para que dichos centros de fertilización funcionen; sin embargo nos regimos por las reglas de la moral y la ética.</p>	<p>Queda el registro, pero es totalmente anónimo y este donante tiene un historial que diga que está sano; se le exigen las siguientes pruebas: 1- Serología 2- Prueba de gonorrea 3- Prueba de VIH 4- Prueba de hepatitis B. Estos exámenes se le han tomado al donante para descartar que no esté transmitiendo ninguna enfermedad.</p>	<p>En algunos Centros de Fertilización en el país y como centro contamos con la carta de consentimiento pero sabemos que de manera legal no tiene validez; ya que en la mayoría de países que no tiene un reglamento establecido se aplica esta regla. No obstante que se lleve a un proceso legal lo que se requerirá como prueba es la prueba testimonial de parte de la autoridad medica como prueba principal del proceso.</p>
---	---	---	---	---	--

5.4 Análisis de las entrevistas

En cuanto a la interrogante número uno, sobre la posición sobre la filiación de los niños, niñas y adolescentes concebidos mediante las técnicas de reproducción humana asistida, de cada uno de los entrevistados, cuatro de los entrevistados, fueron rotundos al expresar que es un tema al que se ha prestado poca atención, un tema “árido”, del cual no hay mucho conocimiento y el cual se practica pero lastimosamente del cual no existe legislación al cual pueda ser adecuado, expresaron que El Salvador en temas científicos está desfasado, pero por parte del CONNA, la entrevistada

evalúa que si esta adecuada la legislación, pero esta institución lo observa desde el punto de vista de la LEPINNA, y no desde el Código de Familia que siempre sigue vigente en materia de filiación.

La legislación de familia no está adecuada ni lista para afrontar y resolver los problemas de filiación producto de las TRHA, otros países de Latinoamérica están a la vanguardia, ya que se trata de que no existan vacíos legales que vulneren todos los derechos que se derivan de la filiación. Y además aunque la LEPINA no haga diferencias entre los tipos de filiación, las técnicas necesitan estar reguladas.

La interrogante número dos, sobre si el Estado Salvadoreño a través de su ordenamiento jurídico protege el derecho a la filiación de los niños, niñas y adolescentes concebidos mediante TRHA, tres de los entrevistados afirman que los niños como tal están protegidos, sobre todo desde el punto de vista de la Constitución, dado que son protegidos desde la concepción, ya que en ella no se hace discriminación en la forma de ser concebidos; en cambio los jueces licenciado Julio Cesar Chicas y licenciada Rommy Zuniga, consideran que estos niños no tienen una protección completa, por el hecho que no está estipulado en la legislación.

En este caso los niños en su figura completa tienen la protección general por parte del estado, aunque se puede observar el choque entre la voluntad de procrear del ser humano y el derecho a la identidad biológica del niño de conocer su origen, para lo que es necesario a nuestro criterio regular las técnicas, para evitar problemas en un futuro.

La interrogante número tres ha permitido conocer las posiciones en torno a que si es necesaria una ley especial que regule el derecho a la

filiación de los niños, niñas y adolescentes concebidos mediante las técnicas de reproducción humana asistida o si basta solamente con una reforma al código de familia. La licenciada Griselda González por parte del CONNA, mencionan que no están de acuerdo en la creación de una ley especial, porque eso llevaría a la creación de nuevos recursos financieros y lo mejor sería una revisión a la normativa para observar si con lo que dice la LEPINA basta para que se dé por regulada la filiación originada de las técnicas. Para los demás entrevistados es necesaria la reforma al Código de Familia y no crear una ley especial, ya que esto llevaría a la discriminación de los niños, pero que si es relevante la creación de una ley especial pero solamente para regular las técnicas de reproducción, porque nuestro país carece de una legislación, los centros médicos que practican estas técnicas no están bajo ningún tipo de regulación especial, solamente las establecidas por el Código de Salud y el Código Penal, que a su vez no son leyes específicas. Regular las técnicas conllevaría a evitar todo tipo de arbitrios, abusos o experimentos. Posteriormente en la interrogante número cuatro, habla sobre qué tipo de políticas y programas necesita implementar el Estado Salvadoreño para poder proteger el Derecho a la filiación de los niños, niñas y adolescentes concebidos mediante las técnicas de reproducción humana asistida, todos los entrevistados coincidieron, en que antes de elaborar una reforma y crear una ley especial para regular las técnicas, deben de promoverse e implementarse políticas nacionales para la protección de la niñez en cuanto a la defensa del derecho de identidad y sobre todo la divulgación de este tema, ya que siendo un tema tan escaso, pero tan actual e importante, todos debemos conocer esta información, sobre todo informar a aquellas personas que se están sometiendo y en un futuro se someterán a estas técnicas. Así también la capacitación de los jueces del órgano judicial para que puedan unificarse los criterios y en un futuro ejecutar sentencias concretas y sobre todo siempre favoreciendo el interés superior de los niños y adolescentes.

En cuanto a las respuestas de la interrogante número sobre qué medidas se sugiere que se tomen para poder iniciar el camino a la regulación de las técnicas de reproducción humana asistida en nuestro ordenamiento jurídico, para los entrevistados el primer paso debe de ser realizar un análisis no solo jurídico sino también científico sobre la filiación derivada de las técnicas, lo cual conllevará a la elaboración de las reformas necesarias y pertinentes, así también realizar un diagnóstico para poder identificar la situación de los niños y adolescentes y así garantizar sus derechos y cumplir con las necesidades de ellos, y de la mano deben de llevar políticas de información cultura general, para poder conocer las ventajas y desventajas que conllevan estas técnicas y así poder ejercer una vigilancia sobre las técnicas y los procedimientos realizados.

Para finalizar se tiene la interrogante número seis, en la que según la posición de los entrevistados ¿cuál debe ser el padre que debe de enfrentar las obligaciones que conllevan la filiación?, cuatro de los entrevistados aseveraron que el padre que debe llevar la responsabilidad es el padre que ejerce la tutela legal del niño y del adolescente, ya que en el caso de donante de semen él no tiene la voluntad de procrear, sino que solamente realiza la donación, es por ello que el padre que inicia todo el proceso para poder procrear debe ser el padre que debe de lidiar con todas las responsabilidades, aunque uno de los entrevistados el licenciado Julio Cesar Chicas, determinó que el padre que debe conllevar con las obligaciones será el que mejor garantice los derechos del niño, ya sea su padre biológico o su padre legal. Ante esta situación el padre que debe conllevar con toda responsabilidad es el padre que ejerce el reconocimiento del menor, aunque independiente de la situación se debe dejar abierta al niño y adolescente la posibilidad de investigar y conocer quién es su progenitor, sin importar la existencia de contrato de anonimato, porque siempre deberá primar el interés superior del niño.

5.4.1 Análisis de entrevista especial

Se realizó una entrevista especial dentro de la cual se necesitaba dentro de la cual se necesitaba conocer el punto de vista de la medicina es así que a través de la institución Centro de Fertilización In Vitro en sus siglas “BONIFER” por medio del Dr. José Roberto Bonilla se realizaron una serie de preguntas dentro de las cuales se necesitaba conocer el número anual total de pacientes que recibe y si esta tendencia aumenta año con año. De una forma muy concisa se nos determinó el procedimiento que se realiza a las personas que se someten a las TRA, asimismo se determinó el grado de falla que tienen estas técnicas, ya sea por la mala praxis que se realice a la paciente, se necesitaba saber en relación a la maternidad subrogada y es así que esta es seleccionada y no existe un reglamento de parte del Ministerio de Salud ya que son ciertas reglas internas de parte del centro médico por las cuales se practican todas estas técnicas. Otro punto que se puso a discusión era el régimen de donantes a la hora de realizar la gratuidad del mismo, es así que estos deben realizar una serie de exámenes previo a dar el semen en donación, aunado a ello manifestaba el Dr. el desvinculo que se puede tener el donante con relación al niño o niña y no estando regulado este contrato hará Fé la prueba testimonial en un posible proceso.

CONCLUSIONES

En El Salvador actualmente no existe regulación específica en materia de técnicas de reproducción humana asistida, y mucho menos de filiación que derive de las mismas; esta situación se desarrolla incluso cuando la Sala de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia, reconoció, a través de la sentencia con referencia 1055 del veintidós de septiembre de dos mil diez, que "sin embargo tampoco podemos desconocer que entre nosotros se han sostenido las siguientes razones para su regulación: a) la no discriminación por razón del nacimiento, ya que todo niño o niña tiene derecho a conocer a sus padres, lo que exige establecer los mecanismos legales de determinación de la filiación para quien haya sido engendrado por medio de estas técnicas; b) que la diferencia más importante entre la procreación natural y asistida, se encuentra únicamente en ese hecho original, por lo que no hay ningún tipo de conflicto, ni dificultad insalvable para que exista una regulación unitaria en el derecho de familia, que las asimile, y, c) que no se trata de tomar partido con relación a la práctica de las técnicas de reproducción humana asistida, sino de la determinación de filiación del ser humano nacido mediante dichos procedimientos".

El avance jurídico más prominente y significativo que ha existido en El Salvador es la sentencia 1055 del 22 de septiembre de 2003, en la cual se establece que la filiación puede ser por consanguinidad y por adopción, pero no se limita a ello, sino que, las técnicas de reproducción asistida en conjugación con la voluntad procreacional conforman una nueva forma de filiación; por ello, sin perjuicio de destacar la imperiosa necesidad de una legislación específica en nuestro país, que regule esas prácticas y las

delicadas situaciones que derivan de ellas, la Sala consideró que la cuestión planteada en la especie se examinó y resolvió mediante la aplicación de los principios generales consagrados en nuestro ordenamiento jurídico y de conformidad a los hechos que resultaron de la causa, es decir, para el caso en particular, quedando abierta cualquier interpretación para otros casos distintos que puedan suscitar.

El Estado salvadoreño al no regular expresamente en el Código de Familia, la filiación de los niños, niñas y adolescentes que son productos de las técnicas de reproducción humana asistida, vulnera el derecho a la filiación de los mismos, ya que todas las circunstancias que rodean a estas técnicas deben ser regidas en una ley, desde su aplicación, sus requisitos, hasta los derechos que derivan de ellas.

De tal suerte que el Estado Salvadoreño, al no regular el derecho a la filiación de los niños, niñas y adolescentes producto de las técnicas de reproducción humana asistida, vulnera a su vez los derechos que derivan de la filiación misma, como por ejemplo: Derecho a la identidad, derecho a la salud mental, derecho a una vida libre de violencia (en cualquiera de sus expresiones); además vulnera los derechos conexos que derivan de la filiación, como por ejemplo derecho a una cuota alimenticia, educación, cuidado personal, etc. El Estado salvadoreño no posee programas sociales encaminados a promover y divulgar el uso de las técnicas de reproducción humana asistida, así como también carece de políticas que conlleven a proteger a los niños, niñas y adolescentes concebidos como producto de las técnicas de reproducción humana asistida.

El Estado salvadoreño no posee un reglamento procedimental o directriz especial en materia de salud, para la correcta aplicación de las

Técnicas de reproducción humana asistida en el país, ya que los casos que se presentan en los laboratorios particulares son llevados a cabo en base a normas internacionales y al buen saber y entender del profesional de la medicina que los aplica.

RECOMENDACIONES

1. A LA ASAMBLEA LEGISLATIVA, siendo el ente encargado de crear leyes, y reformar las mismas, se recomienda reformar el código de Familia, en el sentido que debe reconocerse la filiación directamente de los niños, niñas y adolescentes productos de las técnicas de reproducción humana asistida, para ello se debe reformar el artículo 134 del Código de Familia, así como el artículo 136 del mismo cuerpo legal, en el sentido que se admita como forma de establecer la maternidad la voluntad pro creacional de la madre entendiéndola como el acto de la voluntad, la decisión autónoma e independiente de ser madre.

Además se recomienda la creación de una ley especial que regule los procesos, condiciones y circunstancias bajo los cuales se establezcan parámetros para aplicar o utilizar las técnicas de reproducción asistida, tomando como base el derecho comparado internacional, y que el mismo se adapte a nuestro aspecto sociocultural.

Lo anterior con el fin de regular de manera definitiva el derecho de filiación que los niños, niñas y adolescentes producto de las técnicas de reproducción humana asistida, y darle cumplimiento al principio de seguridad jurídica que la constitución establece. Se recomienda, que a través de la “Ley Especial” crear instituciones encargadas de velar por el cumplimiento de la ley de forma directa, así como velar por el cumplimiento de los parámetros que la misma dicte, para regular finalmente esta institución se establece el programa de proyecto reforma que pudiese ser aplicable, desarrollado a continuación:

Programa de proyecto de reforma

Primeramente, y como toda ley que emplease términos y conceptos muy técnicos, sugeriríamos que la misma posea un glosario que desarrollase la definición de algunos de esos términos, como el de “Preembrión”, “clonación”, las mismas “TRA”, entre otras.

En segundo término, se sugiere que la precitada ley tuviese algunas declaraciones previas que son pilares fundamentales de las TRA y su aplicación en países como el nuestro, que la haría compaginar y ser armónica con la norma primaria y demás leyes de la República. Nos referimos específicamente a una declaración de repudio o aprobación de la clonación humana²⁴³, del concepto del nacimiento de la vida humana, de la dignidad humana en esta coyuntura, etc.

De la creación de una institución gubernamental que vele por las TRA, el régimen jurídico, aspectos relacionados a los fondos institucionales, requisitos para optar a los distintos cargos de funcionarios, etc. Dicha institución sería como una “comisión de reproducción humana asistida” que tenga muchas funciones relacionadas al quehacer de las TRA.

Asimismo, debería regular el funcionamiento de centros sanitarios y equipos biomédicos particulares que realicen actividades relacionadas a las TRA. Por supuesto, debería desarrollar los requisitos de funcionamiento, trámite de autorización de funcionamiento, etc.

²⁴³ Si bien es cierto este trabajo no tiene el ambicioso objetivo de orientar al lector o a la misma Asamblea Legislativa sobre temas morales relacionados a la ley que se sugiere promulgar, nos parece evidente que en el tema de la clonación humana, debería haber un acuerdo unilateral sobre su desaprobación, tal y como los países europeos lo han externado unilateralmente en el Protocolo Adicional del Consejo de Ministros de la Comunidad Europea de fecha 6 de noviembre de 1997, en cuyo artículo 1 expresa a la letra que se prohíbe "toda intervención destinada a crear un ser humano genéticamente idéntico a otro ser humano, vivo o muerto".

Debería dicha ley regular el tema de los registros de donantes, los hijos nacidos producto de las TRA, así como la institución obligada a llevar tales registros, por ejemplo, la comisión mencionada en el número tres de este apartado, o bien, el Ministerio de Salud de El Salvador o el Registro del Estado Familiar y de los Regímenes Patrimoniales del Matrimonio en cada alcaldía municipal que se encuentren en red con el Registro Nacional de las Personas Naturales.

Deberá dicha ley enlistar las existentes TRA al momento de vigencia de la ley, pero también, para evitar la petrificación normativa, sería evidente la necesidad de crear los mecanismos para la aprobación administrativa de nuevas técnicas previo a su práctica con seres humanos.

Deberán regularse las condiciones de las personas que requieran implementar las TRA con fines procreativos, es decir, que el empleo de dichas técnicas se verifiquen cuando hayan posibilidades razonables de éxito y no supongan riesgos de algún tipo a la salud de la mujer y su descendencia. En esto debería determinarse la cantidad de embriones que se emplearían para el fin de intentar procrear in vitro.

Debería delimitar el régimen de los donantes, o sea, la naturaleza del contrato de donación de gametos y preembriones, la gratuidad de éste, las formalidades y confidencialidad de dicho acto contractual²⁴⁴.

Para efectos filiatorios, sería preciso que en la ley se exprese claramente que las TRA generan filiación respecto de los que expresaron inequívocamente

²⁴⁴ Sobre este particular habría que tratar de armonizar la lógica “confidencialidad” del contrato de donación de gametos y preembriones con el derecho a investigar la paternidad consagrado en el art. 36 Cn de El Salvador y el inciso primero del art. 139 CF, que expresa que “El hijo tiene derecho a investigar quienes son sus progenitores. Este derecho se transmite a los descendientes del hijo y es imprescriptible.”

su voluntad procreacional²⁴⁵, y que no la genera el donante anónimo de esperma²⁴⁶.

Estas leyes regulan normalmente la posibilidad o no, de la utilización del material reproductor de un hombre para embarazar a una mujer, sea su cónyuge o compañera de vida²⁴⁷, con posterioridad a su muerte, así como las características y requisitos de esa eventualidad; todo con miras a responsabilizar a su herencia de las obligaciones paterno - filiales.

Sería preciso señalar en tal norma, la posibilidad o no, de la llamada “Gestación por Sustitución”, que no es más que lo que comúnmente se conoce como “Ventre de Alquiler” o “madre de Alquiler”, es decir, aquel contrato por medio del cual una mujer, mediando o no precio, permite su embarazo “in vitro” con el esperma de un hombre casado o en convivencia, y luego renunciar a su maternidad biológica a favor de la mujer pareja de aquel, entregando por supuesto, a la criatura. En caso, que se admita tal figura, deberían delimitarse las formalidades de tan delicado contrato para su validez.

Por supuesto que la norma debería finalizar con el apartado de las infracciones y sanciones a las instituciones y/o personas relacionadas en

²⁴⁵ Es decir, aunque no exista nexo biológico, debería ser considerado como padre o madre aquel o aquella que así lo hizo constar en el contrato respectivo, respetándose así dicho acto jurídico. Con esto se evitaría la persecución judicial y/o administrativa de algún donante anónimo o una “madre de alquiler” en caso de reconocer este tipo de TRHA como ética.

²⁴⁶ Esto, dando certeza a que la donación de esperma, no genera en el donante, responsabilidad alguna derivada de la autoridad parental regulada en los artículos 205 y siguientes del Código de Familia.

²⁴⁷ Siempre y cuando esa “compañera de vida” cumpla los términos y características de las uniones no matrimoniales que regulan el Código de Familia, o sea, toda relación entre hombre y mujer que sin poseer impedimentos para contraer matrimonio, hacen vida en común libremente, en forma singular, continua, estable, notoria por lo menos 1 año y que así sea declarado por juez(a) de familia. Todo de conformidad a los artículos 118 y siguientes del Código de Familia.

dicha ley, sin perjuicio de los delitos que se susciten en ocasión de la utilización dolosa o negligente del material empleado para las TRA.

2. AL ORGANO EJECUTIVO A TRAVES DEL MINISTERIO DE SALUD, como estado soberano y cuyo origen y fin de la actividad del mismo es la persona humano, y por lo tanto a consecuencia de ello tiene la obligación de asegurar a todos los habitantes de la Republica el goce de la libertad, la salud y sobre la justicia social, así también a ser protegida y a que se conserven sus derechos, se le recomienda por medio del Ministerio de Salud, la creación de un reglamento procedimental o directriz especial para la completa y correcta aplicación de las técnicas de reproducción humana en el país, con el fin de garantizar el bienestar de los individuos de una forma más específica.

3. A LA CORTE SUPREMA DE JUSTICA, por ser el ente encargado de velar por la aplicación correcta de las leyes de la república, se le recomienda la implementación de cursos, programas, capacitaciones y talleres de información sobre el derecho a la filiación de los niños, niñas y adolescentes concebidos mediante las técnicas de Reproducción Humana asistida, para una mejor aplicación de la ley. En nuestro país siempre se crea primero la ley y posteriormente los cursos o programas de aplicación de las leyes, por lo cual para un manejo más claro de la regulación, deben de realizarse talleres de información y posteriormente la creación de la ley, ya que con esta investigación hemos observado la poca información que manejan los jueces hoy en día, y en el caso que se suscitara nuevamente una problemática similar no tendrían las armas para resolver de la manera más justa posible, porque no conocen los efectos que conllevan.

Así también se recomienda a la Corte Suprema de Justicia por medio del Instituto de Medicina Legal “Dr. Roberto Masferrer”, la creación de

laboratorios que se dediquen a las técnicas de reproducción humana, y a la regulación de los laboratorios ya existentes, para un mejor ordenamiento de las técnicas, con el fin de que ya no sean clandestinas, sino técnicas aprobadas por el estado y que puedan estar al alcance de todos.

4. A LA SECRETARIA DE INCLUSION SOCIAL, por ser la Ser la institución gubernamental reconocida por impulsar y promover el respeto de los derechos de las personas en condiciones de vulnerabilidad y exclusión, propiciando un enfoque de derechos humanos en todas las políticas públicas, con el fin de lograr la inclusión social, la erradicación de todas las formas de discriminación y el desarrollo de las capacidades ciudadanas, se recomienda la elaboración, propalación e implementación de una política nacional y programas sobre el derecho a la filiación de los niños concebidos mediante técnicas de reproducción asistidas, que lleven a la integración de estos niños al ámbito legal, eliminando así toda discriminación y la posibilidad que a estos niños no les sea vulnerado ningún derecho que se desglose de la filiación, asimismo reforzar los programas ya implementados en cuanto a la protección de la filiación con la finalidad de proteger de forma más inmediata y específica a los niños niñas y adolescentes que han sido concebidos por medios de las técnicas de reproducción asistida.

5. AL CONSEJO NACIONAL DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA (CONNA), como la máxima autoridad del Sistema Nacional de Protección Integral y la institución rectora de la Política Nacional de Protección Integral de la Niñez y de la Adolescencia, que con la participación de la familia, el Estado y la sociedad garantiza el goce de los derechos de las niñas, niños y la adolescencia, se le recomienda que dentro de su política nacional de protección integral, puedan elaborar un estudio jurídico sobre la filiación originada de las técnicas y poder revisar si basta realmente solo con lo

establecido en la LEINA o realmente es necesaria la reforma al Código de familia, y así elaborar programas que respondan a ciertas áreas que aún no han sido cubiertas, porque el hecho de que no exista un dato específico de cuanta población haya nacido bajo estas técnicas, no significa que no sean utilizada, muchos niños están naciendo bajo estas técnicas y conforme pase el tiempo esto se incrementara y no estaremos preparados ante esta situación.

BIBLIOGRAFÍA

LIBROS

Álvarez Mendoza, Esperanza Lucia. “Normas y reconocimientos jurisprudenciales en la relación de pareja en unión de hecho”. (Saber ciencia y libertad, volumen 6, 2011).

Andorno, Roberto, Catalina Arias de Ronchietto y otros, *El derecho frente a la procreación artificial*, (Editorial Ábaco, Buenos Aires, 1997).

Arias de Ronchietto, Catalina Elsa. *Trascendente fallo de la Cámara Nacional Civil. Censo de ovocitos y embriones crio conservados. Derecho del concebido a su gestación continua e integral en el seno de su madre*, (Rosario, Argentina, 2003).

Bruna Catalán, Isidoro y Fernando, *¿Transferencia embrionaria en fresco o diferida? unidad de medicina de la reproducción, hospital universitario Madrid Monte príncipe.*

Calcerrada Gómez, Luis Martínez: *Ordenación jurídica de la inseminación artificial. Derecho positivo español: precedente a la nueva legalidad. En: La nueva inseminación artificial.* Madrid: 1989.

Calderón de Buitrago, Anita. *Manual de Derecho de Familia*, 3ra Edición, Publicación realizada por el Centro de Información de Justicia, San Salvador, 1996.

Cofre Sirvent, Jorge. “Reproducción asistida y Constitución”. En: teoría y realidad constitucional. México: Editorial ÚNED, 2001.

Colin, Ambroise y Capitant, Henry, Derecho civil, volumen 1, Editorial Iure.
Díez-Picazo, Luis y Gullón, Antonio. Sistema de Derecho Civil, 5ta. Edición,
Volumen IV, Madrid, 5ta. Edición, Editorial Tecnos, S.A., 1989.

De Arteaga, Almudena. *La Beltraneja. El pecado oculto de Isabel la católica*.
Madrid: Editorial la esfera de los libros, 2002.

De Veciana Batlle, Ramón. *La Euteleogeneia ante el Derecho Canónico*. 3ra
Edición. Barcelona: Editorial Bosh, 1996.

Eicher, Wolf. Sexualidad normal y patológica de la mujer. Madrid: 1978.

Fabrega Ruiz, Cristóbal Francisco. Biología y filiación. Granada, España:
Editorial Comares, 1999.

Femenía López, Pedro J. *Status jurídico civil del embrión humano, con
especial consideración al concebido in Vitro*. Alicante: 1997.

Gómez de la Torre Vargas, Maricruz. *La Fecundación In Vitro y La
Filiación*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1993.

Gómez Piedrahita, Hernán. *Problemas jurídicos de la Inseminación Artificial
y la Fecundación Extrauterina en seres Humanos*. Colombia: Editorial
Librería del Profesional, 1984.

González Morán, Luis. *De la Bioética al Bioderecho*. Madrid: 2008.

Guerra Flecha, José María, Julia Fernández-Moris, José Antonio Ruiz Balda y otros. *Procreación humana asistida: Aspectos técnicos, éticos y legales.* Madrid: Editorial de la Universidad Pontificia de Comillas, Departamento de Publicaciones, 1998.

Guitrón Fuentecilla, Julián. *La Genética y el Derecho Familiar.* Revista Tapia, Año VII, nº 36, 1987.

Jiménez Muñoz, Francisco Javier. *La Reproducción Asistida y su régimen jurídico.* Madrid: Editorial Reus, 2012.

Keane, Noel y Dennis Breo. *The surrogate mother,* New York: Editorial Everest House Publishers, 1981.

Knibiehler, Yvonne. *Le rôle des pères à travers l'histoire.* Crítica francesa de asuntos sociales, año 42, noviembre de 1988, Editado por el Ministerio de trabajo de Francia, 2007.

La Cruz Berdejo, José Luis. *Elementos de Derecho Civil, Derecho de Familia.* Tomo IV. Barcelona: Editorial Boch, 1989.

Lamm, Eleonora. *“Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres”.* Barcelona: Editorial Universitat de Barcelona, 2014.

Lobo, Paulo. *Derecho civil. Familias.* Sao Paolo: Saraiva, 2011.

Lopn del Caunri, Julio. *La Filiación,* Buenos Aires, 1978.

Loyarte, Dolores y Adriana Esther Rotonda. *Procreación Humana Artificial: Un Desafío Bioético.* Argentina: Editorial De Palma, 1995.

Mateu Alonso, Juan David y Diego Sánchez. *Filosofía, Poder y Estado: legitimidad y gobierno.* España: Editorial Anaya Educación, 2015.

Morán González, Luis. *De la Bioética al Bioderecho.* Madrid: Editorial Dykinson, Colección de la Universidad Pontificia de Comillas, 2008.

Pérez Contreras, María de Montserrat. *Derecho de Familia y Sucesiones.* México: Colección Cultura Jurídica, Universidad Nacional Autónoma de México, 2000.

Petit, Eugene. *Tratado elemental de derecho romano.* 9na. Edición. México: Editorial Época S.A., 1979.

Roudinesco, Elisabeth. *La familia en desorden.* Argentina: Editorial Fondo de Cultura Económica, 2007.

Sánchez Márquez, Ricardo. *Derecho Civil,* 2da. Edición. México: Editorial Porrúa.

Seix, Francisco. *Enciclopedia Jurídica Española.* Tomo XXIV, 2da. Edición, Barcelona: 1989.

Serna Meroño, María Encarnación. *La reforma de la filiación.* Madrid: Editorial Montecorvo, 1985.

Serrano Ruiz-Calderón, José Miguel. *25 años del primer niño probeta*, Madrid: Aceprensa 2003.

Somarriva Undarraga, Manuel. *La Filiación, Estudio Doctrinal y de Legislación Comparada*. Chile: Imprenta El Esfuerzo, 1931.

Soto Lamadrid, Miguel Ángel. *Biogenética Filiación y Delito*, s.e., Argentina: Editorial Astrea, 1990.

Suárez Franco, Roberto. *Derecho de Familia*. Tomo II, 3ra Edición. Colombia: Editorial Temis, 1999.

Tort, Michel. *Fin del dogma paterno*. Argentina: Editorial Paidós Ibérica, 2008.

Uría Acevedo, María de las Mercedes Ales. *Las disociaciones de la maternidad y paternidad a partir de las TRHA. Un análisis comparado del Proyecto de Reforma a partir del derecho comparado*. Buenos Aires: Editorial DFyP, 2013.

Vásquez López, Luis. *Estudio del Código de Familia Salvadoreño*. El Salvador: Editorial Lis, 2000.

Vega Gutiérrez, María Luisa; Martínez Baza, Pelegrín y Javier Vega. *Reproducción asistida en la Comunidad Europea: legislación y aspectos bioéticos*, España: Valladolid, 1993.

Vidal Martínez, Jaime. *Las Nuevas Formas de Reproducción Humana*, España: Editorial Civitas, 1998.

Zannoni, Eduardo. *Inseminación Artificial y Fecundación Extrauterina.* Argentina: Editorial ASTREA, 1978.

TESIS

Alvarado López, Mario Antonio; Alfredo Alexander Guevara Vásquez; Lorena Elizabeth Novoa Polanco y Margarita Cristina Ramírez de Paz. “El Derecho a la filiación Familiar de los menores de edad que se encuentran en abandono por sus progenitores y la adopción como una alternativa real al interés superior del menor”. Tesis para optar al grado de Licenciatura en Ciencias Jurídicas, Facultad Multidisciplinaria de Occidente, Universidad de El Salvador, 2011.

Awad Cucalón, María Inés y Mónica de Narváez Cano. “Aspectos Jurídicos en las Técnicas de Reproducción Asistida Humana en Colombia”, Trabajo de grado para optar al título de abogado, Pontificia Universidad Javeriana, Facultad De Ciencias Jurídicas, Colombia, 2001.

Gonzales Morales, Margarita de Jesús y Maryluz Vanessa Rodríguez Jovel. “Fecundación In Vitro. Limites, alcances Y consecuencias jurídicas”. Tesis para optar al grado de Licenciatura en Ciencias Jurídicas, Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales, Universidad de El Salvador, El Salvador, 2013.

Hernández Euceda, Rosa Angélica; Baltazar de Jesús Hernández Méndez y Linda Jesica Lobo Flores. “La filiación en las técnicas de reproducción humana asistida y su regulación jurídica”. Tesis para optar al grado de Licenciatura en Ciencias Jurídicas, Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales, Universidad de El Salvador, 2003.

Pineda Rubiano, Jenny Paola y Ángela Arévalo Vargas. “Una nueva perspectiva para la Reproducción Asistida en Colombia”. Tesis de Grado para optar el título de Especialistas en derecho de familia, Facultad de Ciencias Jurídicas, Pontificia Universidad Javeriana, Colombia, 2013.

Quincosa Márquez, Roció Mayrelle. “Análisis sobre la importancia de legislar la reproducción asistida en México”. Tesis para obtener el grado de maestro en Derecho del Área Civil. Mexico, 2010.

Rojas Chamorras, Hilda Carolina y Rodrigo Antonio Larrave Castillo. “Análisis de la Figura de la filiación en la Legislación Nicaragüense”, trabajo de seminario de graduación, Nicaragua, 2014.

Salguero Moran, GaudyYusseth; Indi Dolores Meybel Pérez e Ieda Yvone Reyes de Aguirre. “Problemática Jurídica Derivada de los Avances Científicos en la Fertilización Humana Asistida en la Legislación Salvadoreña”, Tesis para optar al grado de licenciada en Ciencias Jurídicas, Facultad de Ciencias Jurídicas y Ciencias Sociales, Universidad Politécnica de El Salvador, 2004.

LEGISLACION NACIONAL

Constitución de la República de El Salvador. Decreto Constituyente No. 38, del 15 de diciembre de 1983, publicado en el Diario Oficial No. 234, Tomo No. 281.

Convención Americana sobre Derechos Humanos. Llamada Pacto de San José Costa Rica, suscrita en San José, Costa Rica, el 22 de Noviembre de

1969 y ratificada por Decreto Legislativo de fecha 15 de junio de 1978, el cual entró en vigencia el 18 de junio del mismo año.

Convención sobre los Derechos del Niño. Ratificada por El Salvador el 27 de abril de 1990.

Código de Familia de El Salvador, D.C.No.677, del 11 de octubre de 1993, D.O. No.231, Tomo 321, del 13 de diciembre de 1993.

Documento base y exposición de motivos del código de familia, Comisión Coordinadora para el Sector de Justicia, tomo II, 1994.

Ley Procesal de Familia, D.L N° 133, del 14 de septiembre de 1994, D.O N° 173, Tomo N° 324, publicado el 20 de septiembre de 1994.

Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, D.L N° 839, D.O N° 68, publicado el 16 de abril de 2009.

Código Penal. Decreto Legislativo No. 310 de fecha 24 de marzo de 2010, publicado en el Diario Oficial No. 64, Tomo 387 de fecha 09 de abril de 2010.

Código de Salud. Decreto Legislativo número 955, de 28 de abril de 1988, Diario Oficial número 86, Tomo número 299, de 11 de mayo de 1988.

LEGISLACION INTERNACIONAL

Código Civil de Chile.

Código Civil y Comercial de Argentina, vigente a partir del 1 de agosto de 2015.

Código de los Niños y Adolescentes de la Republica de Perú, decreto legislativo 27.337, de 2000.

Código de Regulaciones Federales de los Estados Unidos de América.
Encontrado en: <http://www.medicina.uanl.mx/investigacion/wp-content/uploads/2014/07/IG-45CFR46-01.pdf>.

Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano.

El Código Civil francés de 1804.

Ley de Fertilización Humana y Embriología, de 1 de noviembre de 1990, (07 de abril de 2017).

<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/5/2292/81.pdf>.

Ley de Fertilización Humana y Embriología, de 1 de noviembre de 1990, (07 de abril de 2017).

<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/5/2292/81.pdf>.

Propuesta de Ley N° 2231. Normas sobre la inseminación artificial en la mujer y sobre la fecundación in vitro. Cámara de Diputados. Iniciativa del Diputado Rizzo, presentada el de 6 de noviembre de 1984. IX Legislatura.

Propuesta de Ley N° 2603. Normas sobre la inseminación artificial y sobre la fecundación in vitro. Cámara de Diputados. Iniciativa de los Diputados Battistuzzi, Facchetti, D'Aquino, De Luca, Serrentino, Bozzi. Presentada el 28 de febrero de 1985, IX Legislatura.

Proyecto “Ley Marco de Fecundación In Vitro de Costa Rica. Encontrado en: <http://proyectos.conare.ac.cr/asamblea/18824%20dic%20minor%C3%ADa.pdf>.

Proyecto “Ley Marco de Fecundación In Vitro de Costa Rica. Encontrado en: <http://proyectos.conare.ac.cr/asamblea/18824%20dic%20minor%C3%ADa.pdf>.

JURISPRUDENCIA NACIONAL E INTERNACIONAL

Sentencia con número de Referencia 1055, emitida por Cámara de Familia de la sección del centro, San Salvador, revisada en casación por la Sala de lo civil de la Corte Suprema de Justicia a las once horas y cuarenta minutos del veintidós de septiembre de dos mil tres

Sentencia Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de España, con fecha 30 de junio del año dos mil dieciséis. Encontrada en: <https://app.vlex.com/#vid/644652149>.

Sentencia de la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Civil. 28 de febrero de 2013. Referencia: 11001-3110-002-2006-0537-01*.

Casación número 3797-2012-Arequipa, emitida por la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de Perú.

Acción de inconstitucionalidad de H.N.D.V. contra el Decreto Ejecutivo No.24029-S, del 3 de febrero de 1995, publicado en La Gaceta No.45 del 3 de marzo de 1995*.

REVISTAS

Aisenberg, Marisa S. “El tratamiento legal y jurisprudencial de reproducción humana asistida en Argentina” *Revista de Derecho Privado*, Argentina, AA.VV, 2012, 55.

Alvarado ch, Joaquín. “La filiación en el derecho romano”. *Revista de la facultad de ciencias jurídicas y política*, N° 5, Universidad de Carabobo, Naguanagua, Venezuela, 2009.

Bernal Crespo, Julia Sandra. “Reproducción asistida y filiación. Tres casos” (*Revista Opinión Jurídica*, Vol. 12 N° 24 julio a diciembre de 2013, Medellín, Colombia).

Blasi, Gastón Federico. “Análisis Biológico, Jurídico y Filosófico sobre el Status del Nasciturus en el Ordenamiento Positivo Argentino” en *Revista de Investigaciones de Ciencias Jurídicas y Sociales, Ley, Razón y Justicia*, N° 11, Volumen VIII, Ediciones Alveroni, Dirigida por el Dr. Daniel Cesano.

Boza Dibos, Beatriz. *Los adelantos de la ciencia y la permeabilidad del Derecho. Reflexiones en torno a la reproducción humana asistida.* *Revista de la Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica del Perú*, N° 45. Lima. 1991.

Cataldo, Fabián. “La fecundación “In vitro” en el mundo”. *La semana*. Año X – junio de 1987. Buenos Aires, Argentina.

García Martínez, Manuel Jesús y Antonio Claret García Martínez. “Las funciones de la matrona en el mundo antiguo y medieval. Una mirada desde la historia.” *Revista Matronas Profesión*. 2005.

Garzón Jiménez, Roberto. *Reproducción Asistida*, Revista Mexicana de Derecho, número 9°, México, 2007.

Guijarro, Francisco. *Reproducción Asistida. La revista y comunidad líder en reproducción asistida. Especialista en reproducción asistida.* España, Barcelona, 2015.

J. Mendiola, M. Roca y otros. “Esterilidad y reproducción asistida: una perspectiva histórica”. *Revista iberoamericana de fertilidad*, Vol. 22, N° 1, España, 2005.

Jaramillo Vélez, Lucrecio. “La ley en Santo Tomas de Aquino”. *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, Editorial Universidad Pontificia Bolivariana, Vol. 2, N° 5-6, 1957.

Krasnow, Adriana Noemí. “La filiación por técnicas de reproducción humana asistida en el Código Civil y Comercial argentino. Un avance que permite armonizar la norma con la realidad”, *Revista de Derecho Privado*, N° 32, enero - junio de 2017, Argentina.

Revista Jurídica, Elaborado por Mujer, Madre y Profesional de profesionales por la Ética. “Vientres de Alquiler Maternidad Subrogada; Una Nueva Forma de Explotación de la Mujer y de Tráfico de Personas”. 2015.

Rivero Hernández, Francisco. Problemas de la determinación de la maternidad en el ordenamiento español”, *Revista Anuario de derecho civil*. Volumen 1, Numero 50, 1997.

Ziporyn, Terra. “Inquietudes médicos-sociales sobre la reproducción humana artificial”. Revista Chilena de Derecho, Vol. 13, 1986.

DICCIONARIOS

Cabanellas, Guillermo. Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, Tomo IV, 21ª Edición, Argentina, Editorial Heliasta, 1987.

PÁGINA WEB

Agenda Estatal Boletín Oficial del Estado de España. Encontrado en <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2006-9292>

Arámbula Reyes, Alma. *Maternidad Subrogada.* Centro de Documentación, Información y Análisis Dirección de Servicios de Investigación y Análisis Subdirección de Política Exterior Maternidad Subrogada, 2008. <http://www.diputados.gob.mx/sedia/sia/spe/SPE-ISS-14-08.pdf>. <http://www.webconsultas.com/pruebas-medicas/laparoscopia-11425>.

Informe “*Human Fertilization and Embryology: a framework for legislation*.” <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1990/37/contents/enacted>. Ley de Fertilización Humana y Embriología, de 1 de noviembre de 1990: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/5/2292/81.pdf>.

Calcerrada Gómez, Luis Martínez. Ordenación jurídica de la inseminación artificial. Derecho positivo español: precedente a la nueva legalidad. En la nueva inseminación artificial, Madrid, 1989. [:https://www.bioeticaweb.com/alemania-ley-de-protecciasn-del-embriasn-n-74590-del-131290/](https://www.bioeticaweb.com/alemania-ley-de-protecciasn-del-embriasn-n-74590-del-131290/).

Haydée Rojas, Josefina. “Fecundación Asistida Post Mortem” (Trabajo de Graduación para obtener el título de abogada, Universidad Abierta Interamericana, Buenos Aires, Argentina 2007), 57.
<http://imgbiblio.vaneduc.edu.ar/fulltext/files/TC077334.pdf>

Kepper, Alejandra Álvarez y Michelle Hernández Sanóu. “Vientres de alquiler: Propuesta de reforma del Proyecto de Ley sobre Fecundación In Vitro y Transferencia Embrionaria y creación del Depósito Nacional de Gametos a la luz de la experiencia internacional”. Tesis para optar por el título de Licenciatura en Derecho, Facultad de Derecho Universidad de Costa Rica, 2015.
http://ijj.ucr.ac.cr/sites/default/files/documentos/alejandra_alvarez_kepper__michelle_hernandez_sanou_tesis_completa.pdf

Miranda Luna, Raúl Eduardo y Roberto Enrique Rodríguez Meléndez,
Bioética y derecho de familia: Problemas actuales sobre la filiación y responsabilidad. revista ECA : Estudios Centroamericanos Vol. LV No. 224, San Salvador, UCA Editores, 2000
<http://www.jurisprudencia.gob.sv/DocumentosBoveda/D/4/2010-2019/2010/11/89C2F.PDF>.

Rojas, Josefina Haydée. “Fecundación Asistida Post Mortem”, Trabajo de Graduación para obtener el título de abogada, Universidad Abierta Interamericana, Buenos Aires, Argentina 2007.
<http://imgbiblio.vaneduc.edu.ar/fulltext/files/TC077334.pdf>.

Sanz-Diez de Ulzurrun Escoriza, Jaime. “La filiación: contenido y determinación”, Revista Judicial de la Escuela de Práctica Jurídica, Madrid, marzo 2006. <http://www2.uned.es/escuela-practica>

juridica/Documentacion%20Familia%20II%20(Filiacion%20clases%20y%20determinacion.pdf).pdf.

Schwarze, Juan Enrique y otros, “Reproducción Asistida en Latinoamérica y Chile”, Revista médica Clínica Los Condes, Vol. 21, Chile, 2010. Encontrada en: <http://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0716864010705575>.

Silva, Sabrina Anabel. “Rompiendo moldes, ampliando derechos. ¿Las técnicas de reproducción humana asistida “monopolizan” la pluriparentalidad?” (*Revista Diario DPI*, Suplemento Civil, Bioética y Derechos Humanos N° 30, Argentina, 2017). Encontrado en: <https://dpicuantico.com/sitio/wp-content/uploads/2017/07/Sabrina-Anabel-Silva-Civil-Bioetica-y-Derechos-Humanos-11.07.2017.pdf>.

Sistema Costarricense de Información Jurídica, Decreto Numero 39210-MP-S, del 10 de septiembre del año 2015, “Autorización para la realización de la técnica de reproducción asistida de Fecundación In Vitro y transferencia embrionaria” Encontrado en:

http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?nValor1=1&nValor2=80115.

Tacuri Pinos, Mayra Karina. “La Inseminación Artificial Humana: Alcance de la Normativa actualmente vigente en el Ecuador al respecto”. Trabajo de Graduación previo a la obtención del título de Abogado, Universidad del Azuay, Facultad de Jurisprudencia, Escuela de Derecho, Ecuador, 2009. <http://dspace.uazuay.edu.ec/bitstream/datos/924/1/08003.pdf>.

Ticas, Mario. Las técnicas de reproducción humana asistida y su situación actual en el país. Derecho y negocios. <http://www.derechoynegocios.net/las-tecnicas-de-reproduccion-humana-asistida-y-su-situacion-actual-en-el-pais/>.

Vásquez, Rodolfo. *Bioética y derecho*, (Alicante: Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 2005.

Warde, Adriana, Mónica Assandri y otros. “Derecho a la identidad de los niños/as y adolescentes vs. derecho a la intimidad de los adultos”, ponencia de la Comisión nº 6, Familia: “Identidad y Filiación”, Universidad de Córdoba. Encontrado en: http://jndcbahiablanca2015com/wp-content/uploads/2015/09/Assandri-y-Otros_DERECHO.pdf.

ANEXOS

Anexo 1. Guía de encuesta.



UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES
LICENCIATURA EN CIENCIAS JURIDICAS



Objetivo: Recopilar información del conocimiento sobre el derecho a la filiación de los niños, niñas y adolescentes concebidos mediante las técnicas de reproducción humana asistida.

INDICACIÓN: Marque con una “X” la alternativa seleccionada

Sexo: Masculino Femenino

Profesión:	Abogado/a litigante en el ejercicio libre de la profesión. <input type="checkbox"/>	Defensor público en área de familia <input type="checkbox"/>	Secretario/a de juzgado <input type="checkbox"/>	Otros. <input type="checkbox"/>
------------	---	--	--	---------------------------------

Preguntas:

1. ¿Conoce el significado del concepto de filiación?

Si No

2. ¿considera usted que la institución de la filiación está debidamente legislada?

Sí No

¿Porque? _____

3. ¿Usted conoce los derechos y obligaciones que genera la filiación?

Si No

4. ¿Conoce usted si existe la filiación originada por medio de las técnicas de reproducción humana asistida en El Salvador?

Sí No

5. ¿Conoce usted cómo se resuelve el problema de la filiación de los hijos concebidos como producto de las técnicas de reproducción humana asistida?

Sí No

¿Cómo? _____

6. ¿Conoce usted un caso práctico que resolviera filiación de los hijos concebidos como producto de las técnicas de reproducción humana asistida en nuestro país?

Sí No

¿Cuál? _____

7. ¿Usted considera que los niños, niñas y adolescentes concebidos como producto de las técnicas de reproducción humana asistida, tienen el derecho de conocer a su padre biológico?

Sí No

¿Porque? _____

8. ¿A su criterio el Estado salvadoreño realmente está protegiendo a través de su ordenamiento jurídico el derecho a la filiación de los niños, niñas y adolescentes concebidos como producto de las técnicas de reproducción humana asistida?

Sí No

¿Porque? _____

9. ¿Considera usted que es necesaria una ley especial que regule el derecho a la filiación de los niños, niñas y adolescentes concebidos mediante las técnicas de reproducción humana asistida o basta con una reforma al código de familia?

Anexo 2. Carta solicitando entrevista.



**UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES
LICENCIATURA EN CIENCIAS JURIDICAS**



San Salvador, 26 de Julio de 2017

JUEZ DEL JUZGADO _____ DE FAMILIA

Reciba un cordial saludo y un sincero deseo de éxito en sus labores diarias.

Por este medio nosotros: Katherinne Vanessa Rumaldo Rosales, mayor de edad, del domicilio de Soyapango, y Milton Vladimir Rivera Meléndez, mayor de edad, del domicilio de San Martín, ambos egresados de la Universidad de El Salvador, nos dirigimos a usted para solicitar su valiosa ayuda y le petitionamos nos brinde una entrevista para en robustecer nuestro trabajo de investigación que estamos llevando a cabo, con el tema: “La protección del derecho a la filiación por parte del Estado salvadoreño, del niño, niña y adolescente, concebido como producto de las técnicas de reproducción humana asistida”. El fin es conocer la postura de esta institución de gobierno en atención a dicha temática.

Nos despedimos en espera de una respuesta favorable. Sin otro particular

Atentamente:

Katherinne Vanessa Rumaldo Rosales (DUI: 04448394-9) _____
Milton Vladimir Rivera Meléndez (DUI: 04967887-4) _____

Señalamos para oír notificaciones las siguientes direcciones:
milton_rivera12@hotmail.com y katbarraza78@gmail.com

Nota: Se adjunta guía de entrevista

Anexo 3. Guía de entrevista.



UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES
LICENCIATURA EN CIENCIAS JURIDICAS



Objetivo: Conocer la posición sobre el derecho a la filiación de los niños, niñas y adolescentes concebidos mediante las técnicas de reproducción humana asistida.

Dirigida a: _____

Preguntas:

1. ¿Cuál es su posición sobre la filiación de los niños, niñas y adolescentes concebidos mediante las técnicas de reproducción humana asistida? ¿Es posible que nuestro ordenamiento esté listo para afrontarlo? Si o No y porque.
2. Según su criterio, ¿el Estado Salvadoreño a través de su ordenamiento jurídico protege el derecho a la filiación de los niños, niñas y adolescentes concebidos mediante las técnicas de reproducción humana asistida? Si o No y porque.
3. ¿Considera usted que es necesaria una ley especial que regule el derecho a la filiación de los niños, niñas y adolescentes concebidos mediante las técnicas de reproducción humana asistida o basta con una reforma al código de familia? Si o No y porque.

4. ¿Qué clase de políticas y programas necesita implementar el Estado Salvadoreño para poder proteger el derecho a la Filiación de los niños, niñas y adolescentes concebidos mediante las técnicas de reproducción humana asistida?
5. ¿Según su perspectiva, que medidas sugiere que se tomen para poder iniciar el camino a la regulación de las técnicas de reproducción humana asistida en nuestro ordenamiento jurídico? ¿Cuál debe ser el primer paso?
6. Según su posición: ¿cuál debe ser el padre que debe de enfrentar las obligaciones que conllevan la filiación?

Anexo 4.



Entrevista con el Licenciado Efraín Cruz Franco, Juez del Juzgado Cuarto de Familia de San Salvador (Juez 2).



Entrevista con la Sub-directora de Seguridad y Vigilancia del CONNA, Licenciada Griselda Gonzales.



Entrevista con Dr. José Roberto Bonilla, encargado de BONIFER- Centro de Fertilización In Vitro