

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES
IV SEMINARIO DE GRADUACIÓN EN CIENCIAS JURÍDICAS PLAN 1993



**INSEGURIDAD JURÍDICA QUE GENERA LA FALTA
DE REGULACIÓN DE LAS TÉCNICAS DE INSEMINACIÓN
ARTIFICIAL, PARA LA DETERMINACIÓN DE LA
MATERNIDAD, EN LA LEGISLACIÓN DE FAMILIA DE
EL SALVADOR**

TRABAJO DE GRADUACIÓN PARA OPTAR AL TÍTULO DE
LICENCIATURA EN CIENCIAS JURÍDICAS

PRESENTADO POR:
BOLAÑOS SIGÜENZA, SANDRA MARILÚ
CARTAGENA SIGÜENZA, ANA CECILIA
PICHE RODRÍGUEZ, EVELYN JEANNETTE

DIRECTORA DE SEMINARIO:
LICDA. INÉS ALICIA ESPINO TREJO

CIUDAD UNIVERSITARIA, SAN SALVADOR. NOVIEMBRE DE 2003.

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR

RECTORA

DRA. MARIA ISABEL RODRÍGUEZ

VICE RECTOR ACADÉMICO

ING, JOAQUÍN ORLANDO MACHUCA GÓMEZ

VICE RECTORA ADMINISTRATIVO

DRA. CARMEN ELIZABETH RODRÍGUEZ DE RIVAS

SECRETARÍA GENERAL INTERINA

LICDA. LIDIA MARGARITA MUÑOZ VELA

FISCAL GENERAL:

LIC. PEDRO ROSALIO ESCOBAR CASTANEDA

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES

DECANO INTERINO

LIC. ARMANDO ANTONIO SERRANO

VICE DECANO INTERINO

LICDA. CECILIA ELIZABETH SEGURA DE DUEÑAS

SECRETARIO INTERINO

DR. JOSÉ RODOLFO CASTRO ORELLANA

UNIDAD DE INVESTIGACIÓN JURÍDICA INTERINO

LIC. WILMER HUMBERTO MARÍN SANCHEZ

DIRECTORA DE SEMINARIO

LICDA. INÉS ALICIA ESPINO TREJO

AGRADECIMIENTOS

A DIOS PADRE, HIJO Y ESPIRITU SANTO:

Por haber estado conmigo cada segundo de mi carrera y haberme ayudado a superar cada uno de los obstáculos que se me presentaron.

A MIS PADRES:

Por su apoyo material y espiritual que me brindaron durante mi carrera.

A MIS COMPAÑERAS DE TESIS:

Evelyn y Cecilia, de una manera muy especial, por su apoyo, paciencia y comprensión que me brindaron.

A MIS HERMANOS Y AMIGOS:

Quienes DE una u otra forma me animaron a seguir adelante; especialmente a Carlos, quien ha estado conmigo cuando lo he necesitado y de quien he recibido de una manera incondicional, mucho cariño, consejos y ánimos para que logre mis metas.

AGRADECIMIENTOS

AL DIVINO JESÚS

Por haberme entregado sabiduría y paciencia para la realización de este trabajo.

A MIS PADRES

Por brindarme su apoyo incondicional tanto afectivo, comprensivo y material.

A MIS HERMANAS Y AMIGAS

Especialmente a Evelyn Piche por su ayuda intelectual y moral, a Natalia Mazín por estar en el momento oportuno con nosotras.

AGRADECIMIENTOS

A DIOS TODOPODEROSO

Por haberme brindado la perseverancia y entendimiento que necesite para culminar mi carrera.

A MIS PADRES

Por su incondicional apoyo económico y moral, sin el cual hubiese sido imposible el logro de esta meta.

A MIS HERMANOS

Por su paciencia, apoyo y comprensión en todos y cada uno de los momentos difíciles y de satisfacción por los que pase.

A MIS AMIGAS Y AMIGOS

Por haber compartido juntos situaciones difíciles, palabras de aliento y por haber estado presentes en los momentos más importantes, en especial Ana Cecilia, Natalia Mazín, W. C.

INDICE

INTRODUCCIÓN.....	10
--------------------------	-----------

CAPITULO I

“EVOLUCIÓN HISTÓRICO JURÍDICA DE LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA Y SU INCIDENCIA EN LA DETERMINACIÓN DE LA MATERNIDAD”

1.1 TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA (TERAS). ASPECTOS GENERALES	
1.1.1 Definición.....	15
1.1.2 Clasificación.....	16
1.1.3 Antecedentes Históricos.....	18
1.1.4 Antecedentes Legislativos.....	21
1.2 MATERNIDAD SUBROGADA	
1.2.1 Definición.....	27
1.2.2 Historia del Surgimiento de la Maternidad Subrogada.....	32
1.2.3 Cuestionamientos Éticos.....	37
1.3 FILIACIÓN	
1.3.1 Definición.....	41
1.3.2 Clasificación de la Filiación.....	45
1.3.3 Reseña Histórico Jurídica de la Filiación en El Salvador.....	47
1.3.4 Determinación del Vínculo Materno – Filial en El Salvador.....	51

CAPITULO II
**“INSEGURIDAD JURÍDICA QUE GENERA LA FALTA DE REGULACIÓN
DE LAS TÉCNICAS DE INSEMINACIÓN ARTIFICIAL, EN LA NORMATIVA
DE FAMILIA, PARA LA DETERMINACIÓN DE LA MATERNIDAD, Y SU
IMPLICACIÓN EN LOS DERECHOS DE LOS HIJOS”**

2.1 INSEGURIDAD JURÍDICA EN LA DETERMINACIÓN DE LA MATERNIDAD	
2.1.1 Derechos Reproductivos y Derecho a la Procreación.....	56
2.1.2 Determinación de la Maternidad.....	64
2.2 INSEGURIDAD JURÍDICA EN LOS DERECHOS DE LOS HIJOS	
2.2.1 Derecho a la Identidad.....	71
2.2.2 Derecho a Nacer dentro de una Familia.....	75

CAPITULO III
**“ANÁLISIS DE LAS TEORIAS Y DOCTRINAS DEL DERECHO
COMPARADO QUE REGULAN LAS TECNICAS DE INSEMINACIÓN
ARTIFICIAL”**

3.1 TEORÍAS	
3.1.1 Principio de la Verdad Biológica.....	78
3.1.2 Justificación de la Intervención del Estado.....	80
3.2 DOCTRINAS	
3.2.1 Abstenerse de Regular.....	86
3.2.2 Proscripción del uso de las Técnicas de Reproducción Asistida.....	89
3.2.3 Reglamentación.....	92

CAPITULO IV
“TABULACION E INTERPRETACION DE RESULTADOS”

4.1 ENTREVISTA DIRIGIDA A JUECES Y JUEZAS DEL DEPARTAMENTO DE SAN SALVADOR.....	96
▪ Pregunta, Tabulación, Representación Gráfica.	
▪ Interpretación de los datos obtenidos en la Guía de entrevista de los Jueces de Familia del área de San Salvador	
4.2 ENTREVISTA DIRIGIDA A LOS DIPUTADOS, MIEMBROS DE LA COMISION DE LA FAMILIA, LA MUJER Y EL NIÑO DE LA HONORABLE ASAMBLEA LEGISLATIVA.....	109
▪ Pregunta, Tabulación, Representación Gráfica .	
▪ Interpretación de los datos obtenidos en la Guía de entrevista realizada a los Diputados miembros de la Comisión de Familia, la Mujer y el Niño de la Asamblea Legislativa	
4.3 ENTREVISTA DIRIGIDA A MEDICOS ESPECIALISTAS EN FERTILIDAD Y FECUNDACION ASISTIDA DEL DEPARTAMENTO DE SAN SALVADOR.....	122
▪ Pregunta, Tabulación, Representación Gráfica .	
▪ Interpretación de los datos obtenidos en la Guía de entrevista realizada a Médicos especialistas en Fertilidad de San Salvador	

CAPITULO V
“CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES”

5.1 CONCLUSIONES.....	134
5.2 RECOMENDACIONES.....	137
BIBLIOGRAFIA.....	142
ANEXOS.....	148

INTRODUCCIÓN

Tradicionalmente los vínculos filiales se han determinado con base a ciertas presunciones de derecho, que tienen su origen en sucesos de carácter biológico. Sin embargo, la realidad científica nos demuestra que actualmente no es posible seguir manteniendo este tipo de presunciones, por cuanto se ha desarrollado en el ámbito médico métodos que dan lugar a rebatir la certeza de los supuestos que aquellas plantean, situación que el Estado Salvadoreño no puede dejar de lado, debiendo adecuar la normativa a dicha realidad.

Es por lo anterior que en la presente investigación se establece el desfase que existe entre el Código de Familia y la realidad social, en lo que respecta a la determinación de la maternidad cuando se utilizan técnicas de reproducción asistida; descubriendo y analizando en adelante, los problemas que se producen al no regular esos métodos de reproducción humana asistida.

Establecer con la mayor claridad los aspectos generales de estas técnicas, como lo son: Definición, clasificación, antecedentes históricos y legislativos, a nivel mundial, es uno de los primeros puntos que se desarrollan en la presente, con los cuales se busca fijar las ideas habituales básicas para comprender la situación problemática que se plantea.

Posteriormente se desarrolla un apartado específico a cerca de la Maternidad Subrogada, técnica de reproducción asistida, ubicando aquí las diversas clases de maternidad que a nivel doctrinario se distinguen, los diferentes supuestos que se pueden presentar en torno a esta técnica así como también, los cuestionamientos éticos y morales que la misma recibe, principalmente por la Iglesia Católica.

Las técnicas de reproducción asistida en general, influyen considerablemente sobre las instituciones del derecho; en el Derecho de Familia, particularmente, incide al momento de establecer jurídicamente los nexos biológicos entre padre- madre- hijos, es decir que ocasionan problemas al determinar el vinculo denominado Filiación; para poder situar el contexto en el cual se desenvuelven la determinación de este vínculo e identificar así las dificultades frente a las cuales nos coloca la regulación actual del mismo, cuando intervienen personas ajenas tradicionalmente a esa relación, se señalan en una parte especial del presente trabajo, los aspectos más relevantes de esta institución.

Asimismo, se plantea la existencia de los derechos Reproductivos y de Procreación, los cuales tienen reconocimiento actual en el Derecho Internacional, donde han sido elevados a la categoría de Fundamentales, y que justifican y otorgan validez a la utilización de las técnicas de reproducción humana asistida, de ahí la relevancia que revisten para el contenido de la presente.

Siendo el problema central, la Inseguridad Jurídica al momento de acreditar el vínculo materno filial conforme la regulación actual de esa institución en el Código de Familia (al recurrir las parejas con problemas de fertilidad a una Madre Subrogada), se trata de establecer con precisión de qué manera se verifica dicha incertidumbre, como afecta a las personas involucradas y cuales son las vías o alternativas que actualmente se tienen para dar solución a los casos que lleguen a conocimiento de los administradores de justicia de familia.

Además, se establecen las teorías y doctrinas del Derecho Comparado que sirven de base para analizar el problema que nos ocupa y los conexos a este, los cuales a su vez, señalan la forma de afrontar la problemática, recomiendan las líneas directrices para dar una apropiada solución a la misma, y determinan la inspiración que debe investir la regulación de estas en los diversos ordenamientos jurídicos.

Seguidamente, se presentan los resultados de la investigación de campo, la cual se llevó a cabo en tres sectores –que son los involucrados- estos son; Diputados de la Asamblea Legislativa (Miembros de la Comisión de la Familia, la Mujer y el Niño), Jueces de Familia del área de San Salvador y Médicos especialistas en Fertilidad, también del área de San Salvador. En primer lugar, se ubican las guías de entrevista con sus respectivas respuestas, tabulaciones y gráficos, seguido de ello las correspondientes interpretaciones de los datos obtenidos en cada sector.

Finalmente, presentamos las conclusiones y recomendaciones de grupo a cerca de la información recabada, analizada e interpretada y los datos obtenidos en la investigación de campo.

CAPITULO I
**“EVOLUCIÓN HISTÓRICO JURÍDICA DE LAS TÉCNICAS DE
REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA Y SU INCIDENCIA EN LA
DETERMINACIÓN DE LA MATERNIDAD”**

**1.1 TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA (TERAS). ASPECTOS
GENERALES**

Los patrones de reproducción de los seres humanos son variables, de acuerdo con los cambios culturales, biológicos y sociales; así, los hábitos reproductivos de los Europeos difieren de los Asiáticos, en el sentido que los primeros posponen esta etapa de su desarrollo humano realizando otras actividades de carácter económico, turísticas, deportivas, etc., de tal manera que cuando quieren retomar aquella, fisiológicamente se encuentran imposibilitados. Los segundos por su parte, si bien es cierto cumplen con dicha etapa en el momento oportuno de la misma, encuentran limitaciones en cuanto al número de hijos que pueden tener, lo que obedece a políticas internas del Estado y a la cultura del mismo.

Esos patrones de reproducción tienen profundos efectos sobre las condiciones de salud poblacional y reciben a su vez el impacto de las nuevas tendencias en la formación de las familias y en las actitud hacia la reproducción, ubicándose dentro de este contexto las técnicas de reproducción asistida.

Las Técnicas de Reproducción Asistida, al ser utilizadas ocasionan una serie de inconvenientes en las relaciones sociales y jurídicas de las personas; estos inconvenientes se centran en el desmedido desarrollo científico frente

a las normas del Derecho que no pueden ponerle un límite a dicho avance progresivo, por lo que es necesario que los Estados incluyan o adapten dentro de sus correspondientes ordenamientos jurídicos, leyes que lo regulen.

Para poder explicar con mayor detenimiento y claridad como afecta en la determinación de la maternidad esta nueva forma de concebir, resulta necesario señalar los aspectos generales de las técnicas de reproducción asistida.

1.1.1 Definición

Las Técnicas de Reproducción Asistida, “son tratamientos que consisten en reemplazar alguna etapa del proceso biológico, mediante: Fertilización Asistida, Inseminación Artificial, Fecundación In Vitro, entre otros.”¹

Siguiendo la definición dada por Enrique Varsi Rospigliosi (en su obra: Derecho Médico), las Técnicas de Reproducción Asistida consisten en “aquellos métodos técnicos que sirven para suplir la infertilidad de las personas, brindándoles la posibilidad de tener descendencia”.²

Las Técnicas de Reproducción Asistida, a las que en adelante abreviaremos como TERAS, son métodos supletorios, por cuanto buscan superar una deficiencia biológica o psíquica que impide tener descendencia cuando otros métodos han fracasado o resultado ineficaces.

¹ <http://members.tripod.com/-gineco/PROCREA.HTM>. Pág. 2

² *Ibidem*. Pág 6.

1.1.2 Clasificación.

Las Técnicas de Reproducción Asistida, se clasifican en:

- *Inseminación Artificial (IA)* y,
- *Fecundación Extracorpórea (FEC)*³

Inseminación Artificial (IA), teniendo como finalidad esencial la procreación, el semen se inyecta de manera directa pero asistida, en la vagina de la mujer, y no da posibilidad de realizar experimentación alguna, salvo en lo que respecta a la selección de gametos masculinos.

Por su parte, Emilssen González de Cancino da una definición más completa, al decir que es "el procedimiento técnico mediante el cual se introduce semen en el aparato reproductor femenino para conseguir la concepción o procedimiento para hacer llegar el semen al óvulo mediante artificio cualquiera o en forma tal que abarque las técnicas más modernas de aproximación de los gametos, como el procedimiento mediante el cual se utilizan los gametos del compañero sexual o de un donante anónimo para su aplicación en diferentes segmentos del tracto genital femenino, con fines reproductivos".⁴

Fecundación Extracorpórea (FEC), busca la unión del espermatozoide y óvulo en una probeta para luego ser implantado en el útero de la mujer, y tiene además entre sus objetivos la investigación humana y científica.

³ <http://comunidad.vlex.com/dergenetico/LibDerGenC7.html>

⁴ GONZALEZ DE CANCINO, Emilssen. "Los Retos Jurídicos de la Genética". Centro de Estudios sobre Genética. Universidad Externado de Colombia, Primera Edición. 1995. Pág.123.

Para efectos de estudio se tomará en cuenta únicamente la Inseminación Artificial, la cual procede “cuando entre la pareja (hombre - mujer) se hace imposible el acceso sexual o uno de ellos padece de alguna deficiencia fisiológica, química o física que no le permite ser fértil”.⁵

Las formas utilizadas de la Inseminación Artificial pueden ser:

- *Interconyugal (Homóloga)*, es decir con material genético (óvulo - semen) del cónyuge o conviviente; y
- *Supraconyugal (Heteróloga)*, con material genético de tercero o donante.

La Inseminación Interconyugal, también llamada Homóloga, no crea mayores problemas, puesto que existe un vínculo matrimonial que le otorga **Seguridad Jurídica** a dicha práctica y sus consecuencias. Lo anterior, contrasta con la Inseminación Supraconyugal, conocida también como Heteróloga, por cuanto crea situaciones en parte nada seguras, puesto que con el donante se carece de una regulación jurídica reconocida para exigirle el cumplimiento de las obligaciones legales, (como por ejemplo: Alimentos) derechos derivados, (transmisión sucesoria) o deberes naturales (reconocimiento).

De ahí que, consideremos que la Reproducción Asistida Interconyugal es una técnica de reproducción asistida aceptable, no así la Supraconyugal, en virtud de ofrecer dificultades y crear conflictos en diversas instituciones del Derecho de Familia, entre ellas la Maternidad.

⁵ CALDERÓN DE BUITRAGO, Anita y Otros. “Manual de Derecho de Familia”. El Salvador, Tercera Edición, 1996. Pág.502.

1.1.3 Antecedentes Históricos

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

Ahora bien, comúnmente todo individuo se desarrolla dentro de tres estadios naturales como son: Vida (relación vivencial), sexualidad (relación generacional) y Familia (Relación social). Sin embargo, todos y cada uno de estos estadios pueden ser fácilmente sustituidos hoy en día por la ciencia, ejemplo de ello es la reproducción humana mediante Técnicas Asistidas, tema objeto de estudio.

La reproducción asistida es uno de los tratamientos más antiguos para combatir la Esterilidad, que actualmente es uno de los problemas más comunes de la salud. Este tratamiento consiste, como ya se dijo, en reemplazar alguna etapa del proceso biológico de la reproducción a través de Fertilización Asistida, Inseminación Artificial, Fecundación In Vitro, entre otras.

No hay unanimidad en cuanto al origen histórico de la utilización de estas técnicas, sin embargo, se dice que fueron los pueblos Babilónicos y Árabigos quienes hallaron en los vegetales el método de la Reproducción

sin cópula, ya que lograron polinizar artificialmente palmeras para conseguir mayor producción de dátiles.⁶

En la Antigua Grecia y en el Imperio Romano se realizó esta técnica con animales.

En el siglo VI, los Árabes utilizaban rudimentariamente, pero casi de manera constante la inseminación artificial en animales.

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

Posteriormente y con fechas más exactas, tenemos que en **1322** un jeque árabe utilizando una esponja, fecundó a su yegua con semen extraído de un caballo perteneciente a un jeque enemigo de su tribu, aunque en realidad no existen pruebas de ello.

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

⁶ RAMOS R. DE VECIANA. "La Eutelegeneia ante el Derecho Canónico". Editorial Bosh, Barcelona, 1957. Pág. 57.

En **1937** una editorial anónima de una prestigiosa revista⁷, sugirió la posibilidad de fecundar extracorpóreamente el material genético humano; en **1944** se fecunda un óvulo humano en probeta, pero rápidamente muere; en **1949** se descubre que la glicerina puede ser usada para congelar esperma.

Es en **1950** cuando se produce el verdadero impulso en el campo de la reproducción asistida, al lograrse congelar semen de bovino y luego inseminarlo con éxito; en **1951** se transfiere exitosamente el embrión de una vaca a otra; en **1952** nace el primer becerro producto de semen congelado, y en ese mismo año se clonan células de renacuajo.⁸ En **1953**, se usa semen congelado en una inseminación humana, también se logra que un embrión fecundado in vitro sobreviva hasta el estado de mórula; en **1959** vive el primer conejo fruto de la fertilización in vitro.

En **1970** se mantiene vivo un embrión humano durante sesenta días en un tubo de ensayo, lo que fue condenado por la iglesia católica. En **1972** sobreviven crías de ratones de embriones congelados; **1975** se logra la multiplicación por clones en conejos; **1978** nace la primera bebé probeta en Gran Bretaña, llamada Louise Brown; en **1979** embriones de ovejas son clonados; **1980** el embrión de una res es clonada; **1981** nace en Australia, la segunda bebé probeta Amandine y, a finales de ese mismo año se logran obtener ratones transgénicos como transnucleados (derivados de ovocitos con núcleos sustituido).

⁷ Conception in a Watch Glass. In the New England, Journal Medicine Inglaterra No. 217, Pág. 678.

⁸ El Diario USA Today (Miami, 2/11/1993, Sección D. Pág. 7), se refiere a un artículo titulado "From Tadpoles, a Theory is Born", esta intervención fue realizada por los doctores Robert Briggs y Thomas King del Instituto de Investigación del Cáncer de Filadelfia por la que se creó decenas de renacuajos genéticamente iguales.

Fue en el año de **1983** cuando nace en Australia, el primer bebé de un embrión congelado a quien se le dio el nombre de Zoe que significa “Regalo de la Vida”. En **1985** nacen los primeros cuádruples producto de las técnicas de Inseminación Artificial; en ese mismo año una madre subrogada se niega a entregar al hijo que gestó (caso Baby M, fue el más celebrado, conocido en el ámbito jurisprudencial, en los Estados Unidos de Norte América, y tuvo lugar en febrero del año 1985); en **1993** clonan embriones humanos; en **1995** se desarrolla la ingeniería de tejido e implante de órganos artificiales, en ese mismo año se desarrolla el método ICSI de fecundación Asistida; en **1996** se discute mundialmente la destrucción de embriones congelados, en **1997** se clona (Auto reproduce) a una oveja, a la que se le llamo Dolly.

1.1.4 Antecedentes Legislativos

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

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

- ✘ La que da Prevalencia al Desarrollo Técnico y,
- ✘ La que Protege a la Persona.

Prevalencia del Desarrollo Técnico.

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

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

Algunos de los países que siguen esta tendencia son:

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

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

Francia.⁹ Aquí, la estructura del Derecho Genético es bastante sólida, en virtud de la Ley 94-653, relativa al respeto del Cuerpo Humano y la Ley 94-654 (ambas del 30/7/1994) referida a la Donación y Utilización de Elementos y Productos del Cuerpo Humano, la Asistencia Médica para la Procreación y el Diagnóstico Prenatal. Estas leyes han integrado normas especiales al Código Civil, Código Penal y Sanitario de ese país. Su antecedente se haya en el Anteproyecto de Ley 66 discutido en la primera sesión ordinaria del Senado Francés del 26/11/1992.

La Protección de la Persona.

La orientación de esta tendencia legislativa, se caracteriza por proteger al ser humano desde el momento de la concepción y, especialmente a los niños nacidos de las técnicas de reproducción asistida. La preocupación esencial que la inspira es evitar una excesiva artificialización de la Familia.

Los principios básicos de esta son:

- Lograr la coincidencia entre el vínculo biológico de paternidad y maternidad y el vínculo social,
- Fomentar y resguardar la salud psíquica del niño,
- Reconocer al niño el derecho de indagar su identidad genética.
- Se exigen, además, ciertas condiciones de estabilidad por parte de los receptores de las técnicas.

Dentro de esta corriente jurídica se destacan principalmente:

Alemania. Regula parcialmente esta materia con la Ley 745/90 (13/12/1990) relativa a la Protección del Embrión, en la cual se impone drásticas

⁹ ANDORNO, Roberto."El Derecho frente a la Nueva Eugenesia: La Selección de Embriones in Vitro". Revista Chilena de Derecho, Volumen 21, Número 2, 1994. Pág. 324.

sanciones a la manipulación genética, además este país cuenta con las directrices deontológicas fundamentadas por la Comisión Benda (1985) y por el Congreso Médico (1985) que le sirven de base jurídica.

Austria, siguiendo similar orientación que la Alemana, el 1 de julio de 1992 entró en vigor de ley la materia analizada. En esta, sólo se permiten las técnicas Homólogas siendo las variantes heterólogas únicamente admitidas en forma excepcional, por lo cual se tienen que cumplir una serie de condiciones que la vuelven difícil de practicar, como por ejemplo: El esperma debe ser entregado a una clínica que lo utilizará en un máximo de tres parejas, no pudiendo guardarlo más de un año ni sacarlo de la clínica. A ello, se agrega el derecho que tiene el niño, nacido de inseminación heteróloga de conocer a su padre biológico.

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

Suiza, el 17 de mayo de 1992, introdujo en su Constitución un nuevo artículo que protege al hombre y su hábitat (contra los abusos en materia de técnicas de procreación y manipulación genéticas). Así mismo, consagra como principios generales los siguientes:

- Las intervenciones en el patrimonio genético de gametos y embriones humanos no son admisibles,
- No pueden desarrollarse fuera del cuerpo de la mujer hasta el estadio de embrión, un número de óvulos humanos superior al número de los que pueden ser inmediatamente implantados,
- La donación de embriones y toda forma de maternidad de sustitución están prohibidas;
- Se garantiza el acceso de una persona de los datos relativos a su ascendencia.

Cabe señalar, que cada una de las tendencias anteriores, se inspira en cierta concepción de la dignidad de la persona y de la clase de familia que se quiere para el futuro. Es por eso que la primera recibe serias críticas, que se fundamentan en: “una profunda modificación de lo que se concibe ser la función del Derecho, frente a los progresivos avances técnicos - científicos..., Reducción del Orden Jurídico a una función de carácter administrativo, ... como un instrumento neutro, el cual ya no emite juicios de valor, sino que se limita a legitimar las prácticas biomédicas...”.¹⁰

La segunda por su parte, mantiene un enfoque radicalmente opuesto, y considera como lo más importante, que el Derecho resguarde la dignidad de las personas y, en especial del niño, conservando así su rol clásico de fijar normas de conducta sociales en función del interés general.

¹⁰ CRIOLLO, José Ernesto, “Memoria del VII Congreso Mundial sobre Derecho de Familia”, Publicación Financiada por el Proyecto de Reforma Judicial II, USAID, San Salvador, El Salvador, Primera Edición, 1992. Pág. 334.

Luego de revisadas estas dos marcadas tendencias del Derecho Europeo, es importante reafirmar la Protección Jurídica que tiene el ser humano en nuestro medio, en virtud de lo que el Derecho tiene como obligación, esto es Asegurar la Dignidad de las Personas, utilizando para ello todas las medidas existentes a fin de que el ser humano no sea reducido por la Biotecnología a la categoría de “cosa”. Somos de la opinión, que el Derecho debe cautelar la integridad de la Familia antes que los fines de la ciencia, evitando la artificialización de la familia biológica, pues esta constituye un verdadero “bien jurídico protegido” .¹¹

1.2 MATERNIDAD SUBROGADA

Esta técnica de reproducción asistida es un poco compleja y por tanto llega a generar una serie de confusiones, las cuales es necesario aclarar para poder entender la problemática a que actualmente da lugar y que se pretende abordar.

En primer lugar, genera confusión en cuanto a si se ubica dentro de las Técnicas de Inseminación Artificial o dentro de la Fecundación Extracorpórea o In Vitro. No hay uniformidad por parte de los autores que la estudian, menos aún se puede decir que hay predominio de una sobre otra, sin embargo a nuestro ver en ciertos casos específicos de los diversos supuestos en los que se puede hablar de maternidad subrogada, se esta

¹¹ La Familia Biológica, constituye –tal como lo señala el Dr. José Ernesto Criollo- un verdadero Bien Jurídico protegido, por diversas razones, entre ellas: Porque la existencia misma del derecho de Familia se explica precisamente por la idea de proteger la institución familiar, y esta, sin duda, es la única perspectiva conocida, la Familia fundada en los lazos sanguíneos. Además, por la Naturaleza misma del Hombre, por cuanto no es un ser puramente espiritual sino un hombre de carne y hueso, por lo cual se siente más especialmente unido a aquellos con los que tiene un vínculo corpóreo.

frente a una Técnica de Inseminación Artificial o bien, frente a Fecundaciones Extracorpóreas o In Vitro.

Será Inseminación Artificial cuando los problemas de infertilidad sean consecuencia de la mujer -casada o conviviente- y por tanto se tenga que recurrir a otra (madre subrogada) para que ésta sea inseminada con el esperma del marido de la primera, a fin de poder concebir a través de ella y la aportación correspondiente de su óvulo, un hijo que después de su nacimiento será criado como propio por la pareja que para tal finalidad la buscó. En este caso la fecundación se realizará dentro del cuerpo de la mujer, razón por la cual el médico solo facilitará la unión de los gametos reproductivos, en virtud de la ausencia de la Relación o Acto Sexual.

Será Fecundación Extracorpórea o In Vitro en todos aquellos casos en los cuales haya extracción del óvulo de la mujer, que aportará dicho material genético, para la unión en probeta con el espermatozoide (sea éste proveniente del marido o de un donante) que luego de su fusión, será implantado en el útero de la mujer que lo gestará y dará a luz (madre subrogada); es decir que tal como su nombre lo indica, en estos supuestos, la fecundación tiene lugar fuera del cuerpo de la mujer.

1.2.1 Definición

Definir lo que habremos de entender por Maternidad Subrogada, es otro aspecto puede generar confusión, en virtud de la diversidad de acepciones que se le han asignado a esta técnica, entre las cuales cabe mencionar las siguientes:

1. Gestación o Gravidez Subrogada,
2. Donación de Útero
3. Alquiler de Madre
4. Maternidad sustituta o Maternidad Compartida,
5. Vientre de Alquiler.

Al respecto, podemos afirmar sin lugar a dudas, que todas esas acepciones se refieren a lo que en doctrina se conoce como Maternidad Subrogada, con la única diferencia de que cada una de esas acepciones obedece o esta conforme a las particulares características que cada autor les asigna, así por ejemplo algunos hacen referencia a casos o supuestos específicos de esta técnica, como sucede con los dos últimos términos. Cabe aclarar que en el desarrollo de la presente se utilizarán indistintamente cualquiera de esas acepciones.

Antes de dar una definición de lo que es la técnica que nos ocupa, resulta necesario hacer una distinción de las diversas clases de Maternidad que se conocen a nivel Doctrinario:

- Maternidad Biológica

En esta hay participación genética (óvulo) y/o fisiológica general (gestación) de la mujer en el proceso de generación de los hijos.

- Maternidad Educacional o Afectiva

Tiene como punto de partida los vínculos maternos que unen a sus hijos durante la etapa educacional y de crecimiento. Pueden darse aquí varios casos: a) Que sea la madre biológica quien los eduque, b) Que sea la madre biológica semiplena (aquella que aportó su gameto para la fecundación y

cuya matriz amparó el proceso de la gestación o, la madre biológica parcial), y c) la Adoptiva.

- Maternidad de Deseo

Es aquella en la cual la mujer pone de manifiesto su deseo de la relación materno-filial , y puede darse en los siguientes casos: a) Madre Biológica, b) Madre Semiplena, es decir la genética o gestional conocida vulgarmente por Maternidad de Sustitución, Alquiler de útero o Subrogada, y c) Madre Adoptiva.

- Maternidad Legal

Esta es la que la Ley reconoce y Acepta.

- Maternidad Absoluta

Es aquella en la cual concurre tanto la biológica plena como la de deseo educacional y la legal, correspondiendo la paternidad al hombre de la pareja.

- Maternidad de Adopción

Esta compuesta por la de deseo, la educacional o afectiva y la legal, pero nunca la biológica.

- Maternidad Subrogada o Gestación de Sustitución

En primer lugar, el vocablo “subrogar” significa: Sustituir o poner una persona o cosa en lugar de otra. Podríamos hablar de una suerte de reemplazo de una persona o un objeto que cumplen una función y que, por

algún motivo, son desplazados y suplantados por otros que llevarán a cabo la tarea asignada a los primeros.

Atendiendo a ello, se dice que Maternidad Subrogada es la Substitución del Estado o calidad de madre, dándosele aquí al concepto de madre la connotación de mujer gestante. Sin embargo, consideramos, al igual que otros autores españoles, que Madre significa mucho más que matriz y parto, es un proceso que se inicia desde antes de la Fecundación del óvulo por el espermatozoide(etapa de querer ser madre) y se prolonga mucho tiempo después del nacimiento del hijo (etapa de tener que ser madre). De ahí que se considera más apropiado hablar de Gravidéz Subrogada y no de Maternidad Subrogada, pues de lo que se trata es de prestar el útero para gestar, en algunos casos, el embrión genético de otros (pareja infértil).

La Maternidad Subrogada se dice que es un proceso Atípico por dos razones:

- a. Por llevarse a cabo, la gestación, en un recinto ajeno, y
- b. Por estar alimentando al nuevo ser, con sangre distinta de su progenitora.

Esta técnica puede incluir el aporte (venta o cesión) de óvulo de la sustituta, comprometiéndola genéticamente y volviéndose esta figura aún más compleja en el ámbito social, ético y legal, como se apuntará posteriormente.

El uso de una Madre Subrogada, está indicada o recomendada para las mujeres cuando, sus ovarios a pesar de tener capacidad de producir óvulos normalmente, son incapaces de llevar a término la gestación por defectos uterinos, malformaciones, problemas de capacidad o por afecciones

limitantes para la vida de la madre o que pueden poner en peligro la vida del niño.

Ahora bien, en países o estados -como por ejemplo Michigan- donde ya esta regulada esta figura, Noel Keane ¹² la define como: “Mujer fértil que conviene mediante contrato, se le insemine artificialmente con el semen de un hombre casado con otra mujer, gestar la criatura y dar a luz o procrear a un niño a cuya custodia renunciará para que sea adoptado por la esposa de aquel con cuyo semen fue inseminada”. ¹³

- Maternidad de Alquiler

Recibe este nombre porque la mujer no solo alquila su vientre, sino que también proporciona el óvulo, de tal manera que se produce una inseminación artificial heteróloga en donde el varón de la pareja solicitante aporta el semen. Esta, para algunos autores, es solo una forma de subrogación.

La maternidad subrogada se pueden presentar en los siguientes supuestos :

- Subrogación en la que la pareja proporciona los gametos respectivos, lo único que existe por parte de la sustituta es la prestación o alquiler del útero.

¹² KEANE, Noel, Abogado de Dearbon, Michigan, quien adoptó el término de maternidad Subrogada y fue el primero en reclutar mujeres criadoras para atender la solicitud de mujeres infértiles. (<http://www.encolombia.com/etica-médica-capituloVIII-parte2.htm>.)

¹³ SEGUNDO CONGRESO MUNDIAL VASCO.”La Filiación a finales del siglo XX. Problemática Planteada por los avances científicos en materia de Reproducción Humana”. Editorial Trivium. España, Primera Edición. 1988. Pág. 45 .

- Subrogación en la que el hombre aporta el gameto masculino y la sustituta el gameto femenino y la correspondiente gestación, vientre de alquiler.
- Maternidad Subrogada en la que uno de los individuos de la pareja dispone su gameto (semen u óvulo) y, el otro gameto proviene de donante.
- Subrogación en la cual la pareja no dispone de gametos propios (óvulo y espermatozoide), y recurren a donantes de ambos , para que luego de su unión en probeta sea implantado en la mujer que lo gestará y dará a luz.

1.2.2 Historia del Surgimiento de la Maternidad Subrogada

La historia de las madres sustitutas comienza en **1975**¹⁴ en California, Estados Unidos, cuando un periódico de esa ciudad publica un anuncio en el cual se solicita una mujer para ser inseminada artificialmente, a pedido de una pareja estéril, que por este servicio ofrecía una remuneración.

Posteriormente, se constituyeron diversas organizaciones profesionales tendientes a contactar a madres portadoras con parejas interesadas y, desde luego, surgieron conflictos que debieron ser resueltos en los tribunales y su consiguiente debate social.

Uno de los casos mas resonantes fue el denominado “Baby M” ocurrido en **1985** cuando el matrimonio Stern contrató con Mary Whithead, la gestación para ellos de un niño, producto de una inseminación artificial con semen del

¹⁴ <http://www.revistapersona.com.ar/cano.htm>

señor Stern. El contrato plasmaba el compromiso, por parte de la madre portadora, de no crear una relación materno-filial con el bebe, y la obligación de abortar si de los exámenes correspondientes se lograba determinar que el feto presentaba anomalías. La contraprestación ofrecida era de \$ 10.000.

El 27 de marzo de **1986** se produjo el nacimiento de Baby M, pero la madre portadora (además, dueña del óvulo) se negó a entregarla al matrimonio Stern y, el señor Whitehead procedió a reconocer a la niña como hija suya. La madre gestante aducía no poder desprenderse de su hija y, en efecto, un informe psiquiátrico determinó que el consentimiento otorgado al momento de suscribirse el contrato no había sido dado con pleno conocimiento de la situación y de las consecuencias que de ello derivarían. Asimismo, un estudio de su personalidad, determinó la presencia de ciertas connotaciones psicológicas que le impedirían desprenderse del bebé.

El juez de New Jersey, que actuó en primera instancia, entregó la custodia de la niña al matrimonio Stern y determinó que el contrato era válido. Esta sentencia fue apelada por la madre portadora y el tribunal supremo del estado procedió a la revocación del fallo declarando la nulidad del contrato, aunque, mantuvo la tenencia a favor de los Stern alegando razones en virtud de las cuales estos podían proporcionar un hogar con mejores condiciones socio-económicas para Baby M.

Luego de diez años, la Corte reconoció a Mary como madre biológica y se le concedió un derecho de visita.

En **1982**, en Francia el doctor Sacha Geller fundó el CEFER (Centro de Investigaciones de Técnicas de Reproducción), asociación destinada a vincular a parejas estériles con madres subrogadas. De esta forma, en **1983** en la ciudad de Montpellier, una mujer gestó un niño para su hermana gemela en virtud de que padecía esterilidad ¹⁵.

En **1987** en Gran Bretaña la señora Kim Cotton aceptó ser madre portadora, utilizando la técnica de inseminación artificial con semen del marido de la pareja comitente. El acuerdo se efectuó con ocasión de las gestiones realizadas por una agencia denominada Surrogate Parenting Association que cobró la suma de 14.000 libras. Un funcionario del Servicio Social Gubernamental realizó la denuncia ante los tribunales, los cuales decidieron que el menor permaneciera bajo la custodia del hospital hasta que el Tribunal de menores se pronunciara al respecto.

Posteriormente, la Corte Superior Civil de Londres decidió que la niña debía ser entregada a la pareja contratante mediante el correspondiente trámite de adopción.

En Australia, en el Estado de Nueva Gales del Sur, surgió otro caso similar al Baby M, en el cual la madre gestante se negó a entregar al niño a la pareja comitente.

Para comprender en todos sus aspectos la problemática que esta situación representa y lograr un mínimo de reflexión en las consecuencias para quien actúa como madre portadora, transcribiremos las palabras expresadas por aquella al diario El País (España) el 6 de agosto de 1984:

¹⁵ Ibídem. Pág. 10.

“Al principio es fácil ser idealista. Creo que empecé a lamentarme cuando noté sus primeros movimientos (...). A veces los hombres están desesperados por tener hijos, tienen grandes planes para su hijo y heredero (...). No quiero que mi hijo tenga que cumplir estas expectativas o se sienta presionado para cumplir los deseos y sueños de otro”.¹⁶

A raíz de este caso, en el Estado de Victoria se ha aprobado una ley que veda a los donantes de espermatozoides u óvulos reclamar el estado de paternidad o maternidad.

En **1994**¹⁷, un matrimonio japonés al que por edad y problemas de salud se le había negado la posibilidad de adoptar un niño, contrató el vientre de una mujer norteamericana para gestar un embrión concebido in vitro producto del óvulo de una donante y del espermatozoides del marido contratante. Cabe hacer notar que la legislación nipona prohíbe este tipo de prácticas y, por ello, el espermatozoides debió viajar desde Tokio a San Francisco donde fueron fertilizados 17 óvulos donados por una estudiante norteamericana para ser transferidos a una mujer de 30 años. Los costos por la aplicación de esta técnica ascendieron aproximadamente a 80.000 dólares.

La experiencia en Italia nos presenta el singular caso de una mujer que dio a luz a su hermano, ante la imposibilidad física (fundada en problemas de salud) de su madre para sobrellevar el embarazo y que deseaba tener un hijo de su nueva pareja. Acerca de este tema, la doctrina de ese país expresa que, en virtud de los principios instituidos en su Código Civil, la maternidad exige el presupuesto del parto y, por ello, madre será quien ha

¹⁶ *Ibidem* Pág. 11.

¹⁷ GARCÍA RUBIO, María Paz. “La Experiencia Jurídica Italiana en Materia de Fecundación Asistida. Consideraciones respecto del Derecho Civil Español”. *Revista Tapia*. Año VII. No. 36. España. Octubre 1987, Pág. 73.

llevado a cabo la gestación. Empero, algunos autores se inclinan por considerar tal a aquella mujer que ha deseado tener al hijo (maternidad psicológica) en franca oposición con quienes remarcan con la mayor de las trascendencias la relación que se establece entre madre e hijo durante la gestación, siendo esta circunstancia la que debe primar en caso de conflicto entre madre gestante y madre biológica.

Recientemente, el 17 de febrero de **2000** una jueza del tribunal Civil de Roma autorizó a una pareja a utilizar los servicios de una madre de alquiler. En el caso, nos encontramos frente a una mujer que debido a una malformación en su aparato genital se encontraba impedida para llevar adelante un embarazo, aunque si podía producir ovocitos. Ello así, “en 1995 la pareja mediante el método de la fecundación artificial, procedió a congelar sus embriones a la espera de encontrar una mujer a quien implantárselos; una amiga se ofreció a cumplir este cometido en 1999. Sin embargo, durante este tiempo, la Federación de Médicos Italianos, sancionaba un Código Deontológico que prohibió expresamente la maternidad subrogada” ¹⁸. Ante dicha circunstancia, y debido al vacío legislativo en la materia, la pareja recurrió a la justicia solicitando autorización para que los embriones sean implantados en la madre sustituta. El fallo hizo lugar a la petición aduciendo que la intervención se llevaba a cabo “por amor y no por dinero” y porque los embriones ya hacía cuatro años que estaban congelados. No obstante, según la ley italiana, el nacido será hijo de quien lo ha dado a luz, esta mujer procederá a no reconocerlo y de este modo los padres genéticos podrán adoptarlo.

¹⁸ OP. Cit. Pág. 22.

1.2.3 Cuestionamientos Éticos

La Maternidad Subrogada, es éticamente cuestionada, principalmente por la Iglesia Católica Romana, tal como se expresó en una publicación emitida por la Congregación para la Doctrina de la Fe, el 22 de febrero de 1987. Las razones por las cuales resulta éticamente objetable son, en esencia:

- ❖ El respeto de la vida humana naciente, y
- ❖ La Dignidad de la Procreación.

Dicha Congregación señala que es “contraria a la unidad del Matrimonio y es una falta contra las obligaciones del amor materno, la fidelidad conyugal y la maternidad responsable”.¹⁹ Asimismo, alega que ofende la dignidad y el derecho del niño a ser concebido, gestado y traído al mundo y educado por los propios padres, ocasionando así –en detrimento de la familia- una división entre los elementos físicos, psíquicos y morales que lo constituyen.

Otros cuestionamientos que se le hacen son:

- ❖ Que se utilice por mera conveniencia, es decir que una mujer que físicamente se encuentre capacitada para procrear una criatura no quiera/ desea embarazarse.
- ❖ El sólo peligro de explotación de un ser humano por otro, a que puede dar lugar la utilización de esta técnica - en los casos en que si

¹⁹ Op. Cit. Pág. 12.

representa una posibilidad para las mujeres que no pueden gestar a sus hijos- pesa más que los beneficios potenciales, en casi todos los casos para la mayoría de las personas.

Los motivos o argumentaciones anteriores son específicamente en relación a la técnica, es decir a los actos o comportamientos que el utilizarla conlleva, ahora bien para quienes la definen y regulan como un Contrato -en el cual el objeto del mismo es: “La obligación de someterse al implante del óvulo fecundado o de permitir la fecundación del propio, favorecer el desarrollo sin problema de la gestación y la entrega del bebé después del parto”²⁰ - no se escapan de ser cuestionados, principalmente en cuanto a la licitud de su objeto y la validez que reviste dicho convenio. No obstante, han surgido dos tendencias legislativas, a saber:

✚ Los *Sistemas Permisivos*. Parten del cuestionamiento ético y en consecuencia, regulan dichas convenciones a través de una serie de exigencias que deben ser complementadas bajo pena de invalidación. Entre las que se encuentran:

1. La convención debe estar Desprovista de Comercialidad por parte de los contratantes, incluyendo aquí a los que intervienen para acercar a los interesados.
2. La libre Revocabilidad del Consentimiento por la gestadora en detrimento de los requirentes, quienes cabe agregar no cuentan con acción alguna para exigir u obtener la ejecución forzada del acuerdo,

²⁰ Op. Cit. Pág. 3.

pero sí el derecho del padre biológico del reconocimiento de su estado.

✚ Los *Sistemas que rechazan los Contratos de Maternidad Subrogada*. Estos no formulan mayores consideraciones respecto a la naturaleza jurídica de la relación entre los peticionantes y la gestadora, en virtud de estar frente a un negocio Absolutamente Nulo por la ilicitud de su objeto que sería contrario a la moral y al orden público, desconociendo por tanto, toda acción tendiente a obtener la ejecución forzada de lo pactado.

Cabe señalar que algunos autores para evitar los críticas que se le hacen a ese Contrato, aluden que "...no se comercia con bebés, no son la vida o la persona los objetos negociables, es solo un habitáculo transitorio el objeto del acuerdo".²¹ Otros dan un rodeo más amplio, afirmando que tampoco es el vientre lo que se comercia por cuanto las obligaciones que surgen, se reducen a la abstención de relaciones sexuales dentro de un período determinado y de poner en peligro la vida del feto durante la gestación.

Podemos decir, respecto a la problemática planteada, que estamos completamente de acuerdo con quienes opinan que **no** se debe considerar y menos aún regular la Maternidad Subrogada como un contrato. Como se sabe, para hablar de un Contrato, este debe de cumplir ciertas características generales como: Sujetos, Objeto y Consentimiento.

En los casos de subrogación de vientre los Sujetos son: La pareja que recurre a dicha técnica para lograr su deseo de ser padres, a quienes la

²¹ *Ibíd.* Pág.187.

doctrina denomina Padres Iniciales; así mismo, la mujer que acepta ser la madre gestante y quien dará a luz al bebé, con quien puede tener o no relación genética. Respecto al Consentimiento, las legislaciones que regulan las TERAS concuerdan en que debe ser obligatorio y previo un debido asesoramiento sobre los riesgos, peligros y posibilidades de éxito que presentan estas prácticas de procreación, respecto de las cuales las parejas y los donantes o terceros que intervengan, deberán prestar con carácter obligatorio, su Consentimiento Informado.

Como se puede apreciar, los elementos anteriores si bien resultan importantes en cuanto a su determinación y alcances (los cuales dependerán de las consideraciones que el legislador realice de la problemática y los sectores involucrados), no representan un tema de mayor discusión, no así el Objeto del Contrato, pues como ya se apuntó, este es ilícito ya que siempre será el bebé nacido producto de esta técnica la razón de ser del mismo; esto es así porque la pareja infértil que conviene con la mujer gestante, lo hace con la finalidad de obtener un hijo que sin la intervención de ésta no podría existir. Sin embargo, consideramos que este tema de la Maternidad Subrogada, debe ser ampliamente debatido entre los sectores que ésta técnica involucra (como son: Médicos, pacientes -parejas infértiles, que tienen que recurrir a esta como último medio para realizar su deseo de ser padres- Legisladores, entre otros) antes de proceder a su regulación, la cual deberá velar principalmente por la protección de los derechos fundamentales de las personas.

1.3 FILIACIÓN

El niño para que tenga un pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, necesita crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres, quienes después de su nacimiento deben inscribirlo en el Registro del Estado Familiar por lo que tiene derecho a un nombre, a adquirir una nacionalidad, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos, en un ambiente de afecto, seguridad moral y material.

De la relación que surge entre los hijos y sus padres nace el vínculo que en el ámbito jurídico recibe el nombre de Filiación, institución del Derecho de Familia.

La palabra Filiación, proviene del Latín **“Filius”** que significa: “hijo, descendencia, lazo de parentesco entre los padres y los hijos”.²²

1.3.1 Definición

A nivel doctrinal existen diversas definiciones de esta institución del Derecho de Familia, las que consideran su trascendencia en la persona, familia y la sociedad. Así tenemos que:

- La Nueva Enciclopedia Jurídica Española, entiende por Filiación “Aquel vínculo jurídico que la ley asigna a determinada persona,

²² AUGÉ, Claude y Paul. “Adaptación Española de Miguel de Toro y Gisbert. Nuevo Pequeño Larousse Ilustrado. Diccionario Enciclopédico”. España. Cuadragésima Edición. 1990. Pág. 443.

deducido a la relación natural de procreación que la liga con otro”.²³

- Guillermo Cabanellas, la define 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”.²⁴

- Sara Montero Duhalt, expresa que es “la relación jurídica que existe entre los progenitores y sus descendientes directos en primer grado: Padre o Madre –hija o hijo”.²⁵ Además, agrega que este concepto amplio de Filiación toma los nombres específicos de Paternidad, Maternidad, en razón de la persona a quien se refiera esta relación en un determinado momento.

- Para Gustavo A. Bossert y Eduardo A. Zannoni: “La Filiación tiene lugar por naturaleza, presupone un vínculo o nexo biológico entre el hijo y sus padres. Cuando ese nexo biológico puede considerarse acreditado la paternidad o la maternidad quedan jurídicamente determinadas”.²⁶

²³ SEIX, Francisco. “Enciclopedia Jurídica Española”. Tomo XXIV. Barcelona. Segunda Edición. 1989. Pág. 506.

²⁴ CABANELLAS, Guillermo. “Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual”. Tomo IV. Editorial Heliasta. Argentina. 21ª. Edición. 1987. Pág. 69.

²⁵ MONTERO, Sara Duhalt. “Derecho de Familia”. Editorial Porrúa S.A. de C.V., México. Primera Edición. 1984. Pág. 266.

²⁶ BOSSERT, Gustavo y ZANNONI, Eduardo. “Manual de Derecho de Familia”. Editorial Astrea. República de Argentina, 5ª. Edición . 1998. Pág. 441.

- Según Jorge Oswaldo Azpiri: “Es el Vínculo familiar que une a una persona con el hombre que lo engendró y la mujer que lo alumbró”.²⁷ En esta definición, se hace referencia al vínculo biológico-jurídico, lo que da lugar a un desfase frente a los recientes avances médico-científicos (TERAS). Sin embargo, cabe señalar, que ésta se encuentra acorde con el espíritu que el legislador Salvadoreño ha dado a ésta institución en el Código de Familia, tema que será analizado en capítulos posteriores.

Así tenemos, la filiación en sentido genérico es aquella que une a una persona con todos sus ascendientes y descendientes y, en sentido estricto la que vincula a los hijos con sus padres y que establece una relación de sangre y de Derecho entre ambos.

Es por lo anterior que se considera como la *condictio sine qua non* para conocer la situación en que se encuentra una persona como hijo de otra, una forma de estado de familia. De allí que se diga que la filiación implica un triple estado:

1. *Estado Jurídico*. Es asignado por la ley a una persona, y se deduce actualmente, de la relación natural de la procreación que la liga con otra. Es decir, que dicho vínculo jurídico que existe entre una persona y un hombre que será su padre (vínculo paterno - filial), y una mujer que será su madre (vínculo materno - filial), se atribuye en virtud de hechos biológicos, que permiten identificarlos

²⁷ AZPIRI, Jorge Oswaldo. “Enciclopedia Derecho de Familia. Tomo II Divorcio-Matrimonio Editorial Universidad. Buenos Aires. Primera Edición. 1992. Pág. 360.

como tales; así: El padre será aquel hombre que lo engendró este es quien aportó el semen; y la madre, será la mujer que alumbró al hijo.

2. *Estado Social*. Se dice que es social por cuanto se tiene respecto a otra u otras personas. Posesión del Estado de Hijo.

3. *Estado Civil o Familiar*. Implica la situación jurídica del hijo frente a la familia y a la sociedad. Siguiendo esta tendencia, el Código de Familia, lo define como “la calidad jurídica que tiene una persona en relación a la familia y por el cual la Ley le atribuye determinados derechos y deberes”. Art. 186.

La importancia que tiene para el Derecho la determinación de este nexo entre el engendrado y sus progenitores es esencial ya que del mismo surge una vasta gama de derechos, deberes y obligaciones.

Modos de Determinar la Filiación.

Doctrinariamente, la determinación de la Filiación puede ser:

- ❖ Legal: “cuando la propia ley con base a ciertos supuestos de hechos la establece...
- ❖ Voluntaria: ...cuando la determinación proviene de la eficacia que se atribuye al reconocimiento expreso o tácito del hijo...

- ❖ Judicial: ...cuando la determinación resulta de la sentencia que declara la paternidad o maternidad no reconocida, con base a las pruebas relativas al nexo biológico.”²⁸

Las anteriores formas de determinar la Filiación, se utilizan tanto para la Paternidad como para la Maternidad, solo que con algunas variantes, como se podrá apreciar al momento de analizar la Filiación en su estado actual, es decir en la normativa de familia vigente.

1.3.2 Clasificación de la Filiación

La Filiación se puede clasificar de la siguiente manera:

- Atendiendo a la Existencia o no del Vínculo Biológico:
 - A. Filiación por Consanguinidad (Biológica o Natural). Es aquella que proviene de la sangre, es decir la que se deriva de un vínculo biológico o natural, de ahí sus otras acepciones. Esta puede ser a su vez:
 - *Matrimonial*: Cuando existe matrimonio entre los padres ya sea: Al tiempo de la concepción, al tiempo del nacimiento del hijo o con posterioridad al nacimiento de este.
 - *No Matrimonial*. Cuando no existe ese vínculo jurídico que legitime la unión de los padres.

²⁸ OP. Cit, Pág. 25

B. Filiación Adoptiva: Se establece como consecuencia del acto de adopción, convirtiendo así, a los adoptantes en padre y madre, y al adoptado en hijo.

➤ La Legislación Civil, anterior a la vigente que regula esta institución, distinguía entre:

A. Filiación Legítima: Se caracterizaba por el matrimonio de los padres, siendo Legítimos los concebidos durante el matrimonio verdadero de aquellos.

B. Filiación Ilegítima: Era consecuencia del hecho natural de la procreación, sin que los padres estuvieran unidos por el vínculo matrimonial. Se caracterizaba por la concepción sin matrimonio, es decir que faltaban dos elementos: El matrimonio de los padres y La concepción dentro del mismo. Esta podía ser de dos clases:

- *Filiación Natural*: El hijo natural, es aquel cuya filiación se encuentra fehacientemente establecida, sea porque los padres lo han reconocido o porque la paternidad o maternidad natural ha quedado judicialmente demostrada.
- *Filiación Ilegítima*: Los hijos ilegítimos son aquellos que nacidos fuera del matrimonio no han sido reconocidos o no han obtenido el reconocimiento de sus padres como naturales.

1.3.3 Reseña Histórico Jurídica de la Filiación en El Salvador.

Comprender la Legislación actual de la Filiación en el Código de Familia, implica conocer sus antecedentes normativos, por ello a continuación se hace una breve mención de la evolución histórico jurídica de la Filiación en la Legislación Salvadoreña.

En el Ordenamiento Jurídico Salvadoreño, las disposiciones concernientes al Derecho de Familia estaban reguladas inicialmente en la Legislación común, entendiéndose Código Civil, específicamente en los capítulos IV al XX, Arts. 97 al 539. En 1860 la Paternidad Matrimonial se determinaba mediante las presunciones de derecho, situación que se sigue manteniendo actualmente pero en un contexto completamente diferente. En dicha legislación la Filiación se clasificaba de la siguiente manera:

- * Legítima,
- * Natural e
- * Ilegítima.

Se llamaba *Hijos Legítimos* “los concebidos durante el matrimonio verdadero o putativo de sus padres, que produzca efectos civiles; y los *Legitimados* por el matrimonio de los mismos posterior a la concepción”.²⁹ Todos los demás eran considerados como *Ilegítimos* los cuales eran sub- clasificados de la siguiente manera:

Naturales “los que al tiempo de su concepción podían casarse sus padres con sus madres sin dispensa, con tal que el padre los reconociera por instrumento público o acto testamentario.

²⁹ Op. Cit. Pág. 2

Espurios, los de dañado ayuntamiento y bastardos. Eran de dañado ayuntamiento los adúlteros, incestuosos y sacrílegos.”³⁰

La situación de los hijos fuera del matrimonio mejoró con la Ley del 30 de marzo de 1880 por cuanto esta permitía reconocer voluntariamente el hijo natural sin que importará el origen de su filiación.

Fue con la Ley de Reforma del Código Civil decretada el 4 de agosto de 1902, que se incorpora al reconocimiento voluntario dos modos que anteriormente eran medios de indagación de la paternidad ilegítima; se incorpora además en esta ley dos artículos respecto al reconocimiento provocado del hijo natural. Además con esa misma Ley, desapareció la categoría del hijo ilegítimo reconocido, lo que trajo como consecuencia que todos los hijos que tenían esta calidad adquirieran la categoría de hijo natural.

Es hasta 1928 cuando se introduce al Código Civil una reforma muy importante concerniente a la Filiación cual es la investigación judicial de la Paternidad que podía ser ejercida por los hijos nacidos fuera del matrimonio, asimismo se llegó a considerar como un hecho determinante de la Paternidad Natural, el concubinato notorio lo que actualmente equivale a la Unión No Matrimonial.

Posteriormente se dieron otras leyes de reforma al Código Civil, sin que se experimentaran avances significativos respecto a las formas de determinar la filiación paterna.

³⁰ *Ibidem*. Pág. 465.

Respecto a la Maternidad, de lo anteriormente expuesto, se puede inferir, que la determinación de ésta, no se encontraba sujeta a discusión, ya que se consideraba Siempre Cierta (*Mater Semper Certa Est*), consecuencia de la discriminación de la mujer en esa época, en virtud del alumbramiento que era un hecho objetivo cierto. Es por ello que no se encuentran antecedentes legislativos respecto a las formas de determinar la maternidad.

En ese contexto entra en vigencia la Constitución de la República de El Salvador, en 1983, la cual entre otros aspectos proclamó el Principio de Igualdad, lográndose así un nuevo enfoque orientado a concebir a todos los hijos iguales ante la ley, sin importar sus orígenes, razón por la cual se hizo necesaria la separación de las disposiciones concernientes al Derecho de Familia (hasta entonces reguladas en la Legislación Común) con el fin de armonizarlas con los principios y garantías instituidas en la Ley Primaria, creándose de esta manera el Código de Familia y La Ley Procesal de Familia, las cuales entraron en vigencia el uno de octubre de 1994.

La Filiación esta regulada actualmente en el Libro Segundo denominado Filiación y Estado Familiar, en cuyo Título I Filiaciones, Capítulo I Disposiciones Generales, nos define a esta institución jurídica, así:

“...es el vínculo de familia existente entre el hijo y sus padres.”

Así mismo, establece que ese vínculo respecto al padre se denomina Paternidad y respecto a la madre Maternidad, tal y como quedó apuntado con anterioridad.

Algunos de los aspectos más importantes que se regulan respecto a la Filiación son las formas de establecer tanto la Paternidad como la Maternidad, las cuales se detallan a continuación:

DETERMINACIÓN DE LA PATERNIDAD:

- ◆ Paternidad Legal o Por Ministerio de ley. Esta opera a través de dos presunciones:
 - Presunción de Paternidad del Marido. Regulada en el Art. 141 C. F.
 - Presunción de Paternidad en caso de nuevo matrimonio de la Madre. Art. 142 C. F.

- ◆ El Reconocimiento Voluntario. Se encuentra regulado en el Art. 143 C. F. En esta clase de reconocimiento se pueden dar tres variantes:
 - El Reconocimiento del hijo concebido. Art. 144 C. F.
 - El Reconocimiento del hijo fallecido: Art. 144 C. F.
 - El reconocimiento del Hijo Provocado. Art. 146 C. F.

- ◆ Declaratoria Judicial. Según el Art. 148, de la normativa familiar, procede cuando el hijo no ha sido reconocido voluntariamente o cuando no se pueden aplicar las presunciones de paternidad establecidas en el artículo 141 C. F.

DETERMINACIÓN DE LA MATERNIDAD:

El establecimiento de la Maternidad se puede dar bajo cuatro supuestos:

- ◆ La Prueba del Nacimiento y la Identidad del Nacido. Esta se encuentra regulada en el Art. 136 C. F.
- ◆ Presunción de Maternidad. Esta es, la reconocida por Ministerio de Ley, Art. 160 C. F.
- ◆ Por Reconocimiento Voluntario. Art. 159 C. F.
- ◆ Por Declaratoria Judicial. Art. 161 C. F.

1.3.4 Determinación del Vínculo Materno – Filial en El Salvador.

Ahora bien, la maternidad en El Salvador es: El vínculo de familia que existe entre el hijo y la madre, lo cual se puede inferir de lo prescrito en el Art. 133 C. F.

La relación Materno Filial, que surge, se concretiza cuando la mujer ha dado a luz al niño, que en los casos de maternidad subrogada no siempre es la que aportó el óvulo. En este sentido la forma de determinar la maternidad es a través de:

- La Prueba del Parto y
- La Identidad del Hijo.

Este criterio adoptado por el legislador Salvadoreño y que se encuentra plasmado en el Artículo 136 C.F., obedece a la tendencia que había en el momento de implementar un sistema que fuera capaz de determinar la maternidad objetivamente aún cuando la mujer que dio a luz no reconozca expresamente al niño.

Antes de profundizar un poco más, en las formas en que el Código de Familia Salvadoreño tiene por acreditada la maternidad, es necesario tener claro qué se entiende por Determinación, en el ámbito legal.

Determinación es:” la Afirmación jurídica de una realidad biológica”,³¹ y que en el caso que nos ocupa, implica que la maternidad se tendrá por cierta si se cumplen con los supuestos señalados por el legislador, que demuestren el suceso del parto, que es el hecho biológico presunto.

Formas de Determinar el Vínculo Materno Filial:

La maternidad en razón de los elementos que la componen, supone la demostración de dos hechos:

A) El Parto de la Mujer. Es decir que haya dado a luz al niño que se atribuye como su hijo. Este se demuestra por el embarazo que lo precede y por la presencia de personas que así lo verifican.

El Art. 136 C. F. Retoma la posición anterior al decir, que la maternidad se establece por la simple prueba del parto. Respecto a este punto otras legislaciones como la Argentina, señalan que el parto o alumbramiento de un niño –varón o mujer- debe constar en un Certificado Médico, el cual nuestra legislación no regula pero que en la práctica es extendido por la persona o institución que haya asistido el alumbramiento de la mujer. Ese certificado, si bien acredita ese hecho, su constancia no es suficiente para acreditar la identidad del nacido.

³¹ Ibídem Pág. 442.

Por otra parte, existiendo prueba del nacimiento, se tiene que la inscripción de este y la atribución legal de la maternidad no exigen el reconocimiento de la madre.

B) Identidad del Nacido. El niño que la mujer dio a luz en el parto es el que más tarde se inscribe como su hijo, es decir que el niño que nace es el que se inscribe como hijo de aquella que le dio a luz. Esta se acredita por la Posesión Notoria del estado, la cual es consecuencia del nacimiento.

Las anteriores formas resultan insuficientes cuando se utilizan Técnicas de Reproducción Asistida, las cuales dan lugar a impugnaciones, en virtud de que la ley no se encuentra acorde a una realidad social existente que requiere, en consecuencia, un cambio que tienda a regular las alternativas médicas que se les da a las parejas que por distintos motivos no pueden tener hijos de manera "tradicional o natural".

CAPÍTULO II

“INSEGURIDAD JURÍDICA QUE GENERA LA FALTA DE REGULACIÓN DE LAS TÉCNICAS DE INSEMINACIÓN ARTIFICIAL, EN LA NORMATIVA DE FAMILIA, PARA LA DETERMINACIÓN DE LA MATERNIDAD, Y SU IMPLICACIÓN EN LOS DERECHOS DE LOS HIJOS”

2.1 INSEGURIDAD JURÍDICA EN LA DETERMINACIÓN DE LA MATERNIDAD

Constitucionalmente se ha establecido que uno de los fines del Estado es garantizar Seguridad Jurídica; esta es definida por Guillermo Cabanellas como: "La estabilidad de las instituciones y la vigencia auténtica de la Ley con respecto de los derechos proclamados y su amparo eficaz, ante los desconocimientos o transgresiones por la acción restablecedora de la justicia en los supuestos negativos, dentro de un cuadro que tiene engarce el Estado de derecho".³²

Por su parte, Manuel Osorio la define como: "La condición esencial para la vida y el desenvolvimiento de las naciones y los individuos que la integran, representa la garantía de la aplicación objetiva de la Ley, de tal modo que los individuos saben en cada momento cuales son sus derechos y obligaciones sin que el capricho, la torpeza o la mala voluntad de los

³² Op. Cit. Pág. 24

gobernantes les pueda causar perjuicio, a su vez la seguridad limita y determina las facultades y deberes de los poderes públicos.”³³

Respecto a la Definición dada por Cabanellas, podemos decir que la Seguridad Jurídica va más allá de la estabilidad de las instituciones y la vigencia de la ley, ya que no se reduce únicamente a lo establecido en un sistema legal, sino que además ésta se considera como un valor, y por tanto se encuentra íntimamente ligado a todo un sistema de valores imprescindibles en el nivel ético-social alcanzado por el hombre. Más acertada es, a nuestro ver, la definición adoptada por Osorio por cuanto señala con precisión la obligación del Estado de crear y adaptar los Ordenamientos Jurídicos, hecho que les garantiza a los individuos no solo saber con certeza cuales son sus derechos, sino también sus obligaciones; es por ello que las normas jurídicas deben estar en consonancia con la realidad histórico social imperante; de ahí que se piense, que las normas jurídicas no pueden ser estables, sino por el contrario estas tienen que actualizarse día con día ante todo avance cultural o científico.

Al no encontrarse en armonía la realidad con la legislación de un Estado se ocasiona Inseguridad Jurídica en algunos derechos de sus habitantes. Es en este contexto en donde podemos ubicar la problemática que genera la utilización de la Maternidad Subrogada y de Alquiler, como técnica de reproducción asistida, al momento de determinar el vínculo materno filial, por cuanto la Legislación Vigente da lugar a la Impugnación de esta institución del Derecho de Familia, alegando Falso Parto de una mujer que está

³³ OSORIO, Manuel. “Diccionario de Ciencias Jurídicas Políticas y Sociales”. Editorial Heliasta S.R.L, República de Argentina, Tercera Edición. 1982. Pág. 95.

pasando por suyo un hijo que no lo es, al menos biológicamente; situación que además, pone en peligro el bienestar psico-social del niño.

2.1.1 Derechos Reproductivos y Derecho a la Procreación

Respecto a la temática abordada, en este trabajo, resulta de manera importante referirnos a los nuevos derechos de la persona frente a la procreación, los cuales reciben el nombre de Derechos Reproductivos. Estos no han sido regulados en un cuerpo legal, y menos aún definido jurídicamente; sin embargo, en la Conferencia sobre Población, celebrada por las Naciones Unidas en Bucarest (Bélgica) en 1974, fueron definidos como "el conjunto de derechos básicos de las parejas para decidir libre y responsablemente sobre el número y espaciamiento de sus hijos y para tener la información, educación y medios para hacerlo".³⁴

Varios tratados sobre derechos humanos y varios documentos aprobados por consenso internacional, consagran estos derechos de aplicación universal. En ese sentido, el programa de la Conferencia Mundial sobre Población y Desarrollo (Programa de Acción del Cairo) de 1994 sostuvo que existe una estrecha relación entre las disposiciones relativas a los derechos humanos, reconocidas en tratados internacionales, y los derechos reproductivos; asimismo, en esa Conferencia se amplió la definición del término Derechos Reproductivos incluyéndose aquí: El derecho de alcanzar el nivel más elevado de salud sexual reproductiva y el derecho de todas las personas a adoptar decisiones en relación con la reproducción sin sufrir

³⁴ <http://eabdala@interfor.org.uy>

discriminación, coacción, ni violencia, como ésta expresado en los documentos sobre Derechos Humanos.

De lo anterior se desprende que los derechos reproductivos incluyen los siguientes elementos:

- Derecho de la pareja a decidir libre y responsablemente: El número y espaciamiento de los hijos y el momento de tenerlos.
- Disponer de la información y los medios necesarios para ello (técnicas de reproducción asistidas)
- Derecho a un nivel elevado de salud sexual y reproductiva.
- Derecho a adoptar decisiones.

Ahora bien, estos derechos muchas veces son mal entendidos y se comparan con el Derecho a la Procreación y el Derecho al hijo, no obstante ser de diferente naturaleza, por cuanto los primeros más que derechos sociales son individuales. La anterior confusión obedece a que de cierta manera los derechos reproductivos se desenvuelven dentro de ciertas barreras de la fecundación como lo es el derecho a la procreación que lleva implícito la posibilidad de utilizar TERAS, y el derecho a la No Procreación que se refiere a la Planificación Familiar.

Una vez definidos los Derechos Reproductivos, y establecida la diferencia que existe entre aquellos y el derecho a la Procreación resulta indispensable aclarar la naturaleza de los últimos, al respecto existen dos tendencias que están orientadas a fundamentar o negar la tesis de que la Procreación es un Derecho Personalísimo.

A) Tesis que niega la existencia de un Derecho Subjetivo.

Quienes niegan que existe un derecho personalísimo a la procreación se basan en:

- La fecundación es un derecho natural y por lo tanto se excluye de la libertad.
- No existe un derecho al niño.
- El niño no puede ser considerado un medio para obtener un fin por más importante que este sea.
- El hombre y la mujer tienen facultad de procrear o no en forma natural pero dicha libertad no debe ser confundida con un derecho.

B) Tesis que acepta que existe un Derecho Personalísimo a la procreación.

Esta posición es contraria a la anterior, aquí se ubica a quienes aceptan que existe un derecho personalísimo a la procreación. Los defensores de esta posición parten de afirmar que el derecho a la procreación es el correlato de la libertad de no procrear y, en definitiva consiste en la libertad de procrear cuando, como y con quien quiera.

Si se adopta esta posición, se llega a la conclusión que cualquier persona, por cualquier medio, de cualquier forma, puede procrear. Esto significa que tanto las mujeres solteras como las mujeres con preferencias homosexuales, pueden recurrir a la Maternidad Subrogada o por Sustitución y la Donación de Gametos, como medio para cumplir con una de las etapas más importantes de su desarrollo, que de otra forma atendiendo a sus características particulares no podrían alcanzar.

En relación con esta posición, a nuestro ver, surge la siguiente cuestión: ¿de qué manera se garantizaría, en caso de que la madre subrogada -sea una mujer soltera u homosexual- quiera quedarse con el hijo, el derecho de los menores a convivir con sus abuelos y familiares, tíos, primos etc., especialmente con los parientes del Progenitor, dado que en la inseminación pueden intervenir los padres biológicos o no?. Evidentemente al permitir el uso de la maternidad subrogada y no establecer una regulación jurídica y aún más, si no se imponen límites a las personas que pueden recurrir a la misma, se privaría al menor de un padre, lo cual derivaría en un perjuicio irreparable en los derechos de aquel como persona. Además el futuro niño sería condenado a nacer como medio huérfano, lo que constituiría una forma de discriminación; y es que, ciertamente el derecho que tiene la mujer acerca de la procreación es absoluto e incondicional, respecto a su titularidad, pero no es tan certero que su ejercicio sea absoluto e incondicional, porque creemos que a él se contraponen el derecho del hijo a que no se le prive -por una decisión unilateral de la mujer- de tener padre y familia paterna. Desgraciadamente en sociedades como la nuestra se cree con frecuencia que los hijos son propiedad de los progenitores, olvidando los más elementales derechos de los mismos.

Consideramos que la única vía para evitar la inseminación artificial en mujeres solas sería:

- ⊗ Concienciar a las mujeres, que se convierten en madres subrogadas, que su maternidad no debe en modo alguno, representar una injusticia y discriminación para el futuro hijo, lo que se podría producir al concebir un niño por inseminación

artificial en el seno de una familia monoparental, y privar a aquel de un padre y de la correspondiente familia paterna.

- ⊗ Hacerles entender que la maternidad, bien entendida, significa un acto de amor y este en ningún caso puede, por un acto positivo de la voluntad privar a un hijo de sus derechos humanos básicos

Retomando el punto de la naturaleza del Derecho a la Procreación (si es o no un Derecho Personalísimo) de las tesis antes expuestas, se puede concluir:

Con relación a la primera, consideramos que es la más adecuada, porque se deben establecer los parámetros ó límites para poder ejercer el derecho a la procreación sin menoscabar los derechos del menor que se gesta, quien desde el momento de la concepción debe estar protegido, lo cual está en consonancia con lo prescrito en el artículo 1 de la Constitución de la República; y respecto a la segunda, se vuelve una posición egoísta al considerar el deseo de la procreación como un interés individual, en la que poco importa el hijo producto de las técnicas y por tanto sus derechos.

De ahí que resulte conveniente adoptar la primera de las posiciones apuntadas, pues se debe considerar efectivamente la Procreación como un derecho fundamental de la persona, sin que este llegue a ser tan amplio, llegando al punto de vulnerar los derechos de los hijos, de modo que aquel deberá tener siempre como límite el Interés Superior del Niño, esto es entendido por nuestra legislación nacional de familia como “todo aquello que favorezca su desarrollo físico, psicológico, moral y social para lograr el pleno y armonioso desenvolvimiento de su personalidad.” (Art. 350 C.F.)

Habiendo desarrollado lo concerniente a la naturaleza de estos derechos, consideramos procedente, para efectos de estudio, centrarnos en los Derechos Reproductivos de la Mujer.

Bajo el Derecho Internacional, los Derechos Reproductivos de la Mujer, resultan de la combinación de una serie de Derechos Humanos, como lo es: El Derecho a la Salud, aquí se ubican: Salud reproductiva y Planificación Familiar.

El Derecho a la Salud, implica decidir el número de hijos y espaciamiento, a casarse y constituir una familia, a la vida, a la libertad, a la seguridad, a no ser discriminado por cuestiones de género; a no ser agredido ni explotado sexualmente, a modificar las costumbres discriminatorias contra la mujer, a la privacidad, a disfrutar el progreso científico, etc.

Con relación a ello, en el año de 1995 la Federación Internacional de Planificación de la Familia (IPPI) y sus 127 asociaciones miembros, aprobaron una Carta de Derechos Sexuales y de Procreación en los instrumentos Internacionales de derechos humanos, en el cual se establecen los motivos por los cuales se invocan tales derechos, siendo estos los siguientes:

- * Derecho a la vida: Se deberá invocar para proteger a las mujeres cuyas vidas están en peligro debido al embarazo.
- * Derecho a la Libertad y a la Seguridad de la persona: Se invocará para proteger a las mujeres que corren riesgo de

mutación genital o se encuentran sujetas a embarazos forzados, esterilización ó abortos impuestos.

- * El Derecho al Carácter Privado. Podrá alegarse para proteger el derecho de todos los clientes a servicios de educación e información relativos a la atención de la salud sexual y de la reproducción y al carácter privado y confidencial de la información personal comunicada a los encargados de prestar servicios.
- * El Derecho a la Libertad de Pensamiento. Esta orientado a proteger el derecho de todas las personas a tener acceso a la educación y a la información en relación con su salud y de la reproducción, en forma libre de restricciones por razones de creencias, conciencia o religión.
- * Derecho a la Información y Educación. Se invocará cuando se quiera proteger el derecho de todas las personas a tener acceso a la información completa sobre los beneficios, riesgo y eficacia de todos los métodos de regulación de la fecundidad, a fin de que todas las decisiones que adopten al respecto, se efectúen con pleno y libre consentimiento de causa.
- * El Derecho a Decidir si tener hijos o no, y cuando tenerlos: Se podrá invocar para proteger los derechos de todas las personas a los servicios de atención, de salud de la reproducción que ofrezcan la gama más amplia posible de

métodos seguros eficaces y aceptables de la regulación de la fecundidad que sean accesibles y costeables, aceptables y convenientes, para todos los usuarios.

- * Derecho a la Atención y Protección de la Salud. Debería invocarse para proteger el derecho de todas las personas al servicio de atención a la salud de la más alta calidad posible. Y el derecho de verse libre de prácticas tradicionales que sean perjudiciales para la salud.

- * El Derecho a los Beneficios del Progreso Científico. Se utilizará para proteger el derecho de todas las personas a tener acceso a la tecnología disponible en materia de salud de la reproducción, respecto de la cual estudios independientes hallan demostrado una aceptable relación entre riesgos y beneficios, cuando negar acceso a dicha tecnología tenga efectos perjudiciales sobre la salud y el bienestar de las personas.

Cabe señalar, que los anteriores derechos no son los únicos que se han establecido en dicha Carta, sin embargo son los únicos que se retomaron por cuanto están íntimamente ligados al tema que nos ocupa.

En la dimensión antes expuesta, el Derecho a la Procreación, es considerado como un derecho fundamental de la persona y por tanto inherente al mismo, lo que conlleva a su tutela en los ordenamientos jurídicos de cada Estado. No obstante, la legislación Salvadoreña no lo

regula, y es por ello que se generan conflictos al utilizar TERAS, entre ellas la Maternidad Subrogada, ya que las personas que tienden a ejercer este derecho por medio –como último recurso- de algunas de estas técnicas, lo hacen sin que halla certidumbre jurídica sobre la determinación efectiva de la filiación, generándose de esta manera inseguridad jurídica al momento de establecer, entre otros, el vínculo materno filial.

2.1.2 Determinación de la Maternidad.

Siguiendo al Doctor Zannoni – como ya se estableció en el capítulo anterior- el término filiación sintetiza el conjunto de relaciones jurídicas que determinadas por la paternidad y maternidad vinculan a los padres con los hijos dentro de la familia, de tal manera que el parentesco biológico por el cual se genera la relación jurídica paterno y materno filial es la procreación, en ese sentido la determinación de dicho vínculo tiende a asegurar la identidad personal en referencia a la realidad biológica (derecho de toda persona de saber el estado de familia que de acuerdo con su origen biológico le corresponde).

Con lo establecido en el artículo 136 del Código de Familia, se reafirma jurídicamente una realidad biológica que actualmente solo es presunta pero que al menos provisionalmente determina la relación materno filial.

El principio tradicional de que la madre es quien da a luz al hijo, es decir que la maternidad se acredita por el Parto de la mujer y, por ello la maternidad siempre es cierta (*Mater Semper Certa Est*), hace concluir que el parto constituye el hecho que probado, atribuye *ipso iure* este vínculo, por

aquella concepción romana de que el Parto sigue al vientre (*Partus Sequitur Ventrem*).

Como se ha podido observar, la legislación de familia, viene afirmando que la mujer que da a luz, es quien ha aportado el material genético y sobrellevado el embarazo, por cuanto hasta hace muy poco tiempo no se concebía otra forma de procreación diferente de la Natural, es decir que la única forma posible de reproducción humana era la resultante de la unión sexual de un hombre y una mujer. Sin embargo en la actualidad, con el desarrollo de las técnicas de reproducción asistida, la Maternidad deja de ser cierta, por cuanto esta no equivale (en todos los casos) a parto.

La presunción de que la maternidad deriva del parto, es una presunción *iuris tantum*, en ese sentido, para impugnarla están permitidas toda clase de pruebas, especialmente las Biológicas, conforme lo dispone el Artículo 140 de la Ley Procesal de Familia.

En ese sentido, se le confiere legitimación activa a la “verdadera madre”, entre otros, (artículo 162 ordinal 2º. C.F.) para impugnar la Filiación materna, cuando se plantee contra la mujer que ha dado a luz, por no ser la mujer madre del hijo que pasa por suyo, pretendiendo probarse que el hijo nacido de ese parto no fue concebido por ella, sino mediante óvulo ajeno. Igualmente se le ha conferido al hijo, en todo momento, el Derecho a Investigar su Maternidad, con el objeto de saber quién es su progenitora genética. Artículo 139 C.F.

Lo anterior obedece a la concepción genetista de la mayoría de los códigos latinoamericanos, cual es que la Filiación Biológica prevalece sobre la formal

o Legal (136 C.F.), en otras palabras, que las pruebas biológicas son las que en definitiva establecen el vínculo paterno-materno filial según los aportes del material genético.

En este sentido, resultan acertadas las palabras de Méndez Costa, citado por Eduardo Zannoni en su obra "Derecho de Familia", cuando al tipificar las acciones de filiación expone que "son declarativas de un supuesto de hecho que las precede y que consiste en la existencia o inexistencia del nexo biológico de la generación"³⁵

Retomando el punto de que la Madre Genética o quien aportó el óvulo puede impugnar la Maternidad Legal, pone en peligro el adecuado desenvolvimiento del niño dentro de una familia, lo que a nuestro ver, resalta la necesidad de que el Legislador reconozca otros aspectos para establecer la Maternidad, como por ejemplo: La Voluntad Procreacional.

Ese criterio de la Voluntad Procreacional podría ser considerado como una nueva fuente formal de la Filiación, debiendo para ello admitirla en el texto legal como título eficiente para quienes de manera voluntaria asumen su rol de padres, instituyendo de esta manera una Maternidad o Paternidad Legal, aunque Biológica y Genéticamente no lo sea, volviéndose necesario en ese caso, definirse con sumo cuidado y claridad el ámbito de investigación e impugnación de la misma.

³⁵ ZANONNI, Eduardo y Otros. "Derecho de Familia".Rubinzal-Culzoni Editores, República de Argentina, Segunda Edición. 1990. Pág. 317.

Disociación entre Maternidad Genética y Maternidad Legal

Como ya se ha apuntado, el nexo filial legal puede o no tener fundamento biológico, tal es el caso de la maternidad, cuando se han utilizado técnicas de reproducción asistida.

La discordancia a que éstas dan lugar, se presenta en los siguientes supuestos:

“A) Fecundación con semen del marido de un óvulo que no es el de la esposa e implantación del embrión en el útero de ella, inscrita como madre.

B) Fecundación con semen de un tercero y de un óvulo que no es de la esposa e implantación del embrión en el útero de ella inscrita como madre.

C) Maternidad Subrogada con aportación de óvulo y de vientre cuando la esposa es inscrita como madre del nacido.

D) Maternidad Subrogada con sólo aportación de vientre (habiendo la esposa aportado el óvulo y el marido su semen) cuando es la madre sustituta la que inscribe al hijo como suyo”³⁶

De lo anterior, se puede deducir que esta disociación voluntaria, puede originar la existencia de tres mujeres implicadas en el nacimiento de un nuevo ser:

³⁶ Ídem. Pág. 315.

- ⊗ *La comitente, que es causa primera de dicho nacimiento y aquella que toma la iniciativa y decisión última respecto a la aplicación de la misma.*
- ⊗ *La que proporciona el óvulo y,*
- ⊗ *La que lleva a término la gestación.*

En concreto, la forma en que se verificará el vínculo jurídico filial cuando se utilizan técnicas de reproducción asistida serán, para cada caso concreto, las siguientes:

Mujer casada es Inseminada con semen de su marido y óvulo propio. (Inseminación Artificial Homóloga)

En este caso la determinación del parto no presenta conflicto por cuanto coincide la mujer que aportó el material genético con lo que lo está gestando, de manera que la mujer que da a luz es legalmente la madre, lo cual coincide con la presunción de derecho establecida en el artículo 136 del Código de Familia; y consecuentemente, hay Seguridad Jurídica en el establecimiento de la Filiación.

Mujer casada que es Inseminada con semen de su marido y óvulo de una donante

Esta situación plantea la necesidad de señalar límites a la atribución legal de la maternidad por la prueba del parto, la cual precedentemente se ha apuntado.

Tales límites resultarían ante el empleo de una acción de impugnación de la maternidad, deducida contra la mujer que a dado a luz al hijo, (Mujer casada o conviviente) pretendiendo probarse que este no fue concebido por ella.

De plantarse alguna situación de este tipo a la luz de la legislación nacional vigente, los jueces de familia Salvadoreños, contarían con dos alternativas: 1) Fijar la filiación del recién nacido por el parto, Art. 136 C. F.; 2) Fijarla con base al resultado de las pruebas biológicas que él ordene, ya sea de oficio a solicitud de la parte interesada, en los procesos de investigación de la filiación. Art. 140 C.F. Igualmente, sería factible prever que la maternidad de deseo pueda ser convertida en legal por la vía de la Adopción, siendo imprescindible el control judicial a los efectos de salvaguardar, fundamentalmente, el interés del niño.

Mujer inseminada con óvulo de mujer casada y semen de su marido. Este caso es llamado “Subrogación de Vientre”.

Al dar preeminencia nuestra legislación al principio de que la madre siempre es cierta (*Mater Semper Certa Est*), se ocasiona incertidumbre para la mujer que aportó su material genético, y que por estar imposibilitada fisiológicamente para gestar por sí misma a su bebé, recurre a otra mujer para que pueda llevar a término la gestación y el correspondiente alumbramiento de su hijo; esa situación crea la necesidad de cambiar el esquema jurídico tradicional sobre el cual se fundamenta la determinación de la maternidad, dándole cabida a un nuevo sistema de filiación que sea acorde a la realidad social existente, y de esta manera asegurar las

derechos y obligaciones de los sujetos implicados en la utilización de estos métodos, como son padre – madre - hijo y terceros.

Mujer que es Inseminada con semen y óvulo de donantes, sea esta la esposa o aquella que por encargo de la pareja infértil llevará a termino la gestación.

La única vía por la cual consideramos que podría establecerse un vínculo de carácter filial entre la pareja infértil y el bebé producto de estas técnica, en este supuesto, consideramos que sería la Adopción, siempre y cuando aquella pareja, cumpla con los requisitos que para tal efecto se han establecido en la legislación familiar, los cuales se encuentran establecidos en el artículo 171 C.F. estos son: Ser legalmente capaz, mayor de veinticinco años de edad a excepción de los cónyuges que tengan más de cinco años de casados, poseer condiciones familiares, morales, psicológicas, sociales, económicas y de salud que evidencien aptitud y disposición para asumir la responsabilidad parental.

2.2 INSEGURIDAD JURÍDICA EN LOS DERECHOS DE LOS HIJOS

Si bien ha quedado establecido que la falta de regulación de los Derechos Reproductivos, de Procreación y de las Técnicas de Reproducción Asistida - en la Constitución de la República y Código de Familia, respectivamente- atenta contra la certeza respecto a la determinación del vínculo filial de la mujer que las utiliza; también es necesario señalar, que dicha situación puede ocasionar al nacido por ese medio, directa o indirectamente un

perjuicio derivado de ellas; vulnerando, así ciertos derechos fundamentales para su pleno y normal desarrollo.

En ese orden de ideas, los derechos que pueden quedar mayormente afectados son los siguientes: El Derecho a la Identidad y el Derecho a Crecer dentro de una Familia, de los cuales se derivan la reclamación de otros derechos como: Alimentos, vivienda, salud, educación, etc.

2.2.1 Derecho a la Identidad

Se debe asimilar Identidad con Verdad Personal. “La Identidad es lo que soy, pero también lo que los demás esperan de mí y sus proyecciones, se relaciona con los atributos de Único e Irrepetible un individuo frente al mundo social que integra”.³⁷ La Identidad de una persona abarca toda la realidad existencial, al respecto, la doctora Adriana Noemí Krasnow distingue dos aspectos inherentes a la misma:

a) Estático. Se dice que el individuo se distingue de los demás seres humanos por una serie de signos externos, como lo son: La **Filiación**, el nombre, los datos respectivos de su nacimiento (derecho a saber quienes son sus padres), y todo aquello que constituya perfiles estáticos concernientes a la identificación, los cuales por su naturaleza misma, están destinados a no cambiar.

³⁷ X CONGRESO MUNDIAL DE DERECHO DE FAMILIA. “El Derecho de Familia y los Nuevos Paradigmas. Ponencias. Comisión I”. Argentina. Primera Edición.1998. Pág. 202.

b) Dinámico. Se distingue al individuo por el conjunto de atributos o características de índole intelectual, moral, cultural, profesional, políticas, religiosas, etc. Es decir aquellas que posibilitan diferenciar a las personas en la sociedad; siendo dinámica por cuanto están sujetas a cambiar en virtud del trascurso del tiempo.

Al unir ambos aspectos, se configura lo que es la Identidad Personal, no obstante ello, cada aspecto pueda ser estudiado de forma independiente.

Ahora bien, este derecho a la Identidad, se encuentra consagrado en el Artículo 2 Inciso segundo de la Constitución de la República, el cual prescribe:

“Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. ...”.³⁸

Así mismo, tiene reconocimiento en Tratados, Convenciones Internacionales y en la Legislación Secundaria (Código de Familia).

El Preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño, establece: “...los pueblos de las Naciones Unidas han reafirmado en su carta su fe en los derechos fundamentales del hombre y en la dignidad y el valor de la persona humana ... Reconociendo que el niño para el pleno y armonioso

³⁸ VASQUEZ LÓPEZ, Luis. “Constitución de la República de El Salvador. Reformas al 2001”. Editorial Lis. El Salvador. Primera Edición. 2003. Pág. 4

desarrollo de su personalidad debe crecer en el seno de una familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión”.³⁹

- Convención sobre los Derechos del Niño, ratificada por El Salvador mediante Decreto Legislativo número 487, de fecha 27 de abril de 1990.

Reconoce este derecho en el artículo 7, el cual literalmente dice:

“El niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad, y en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos”

“Artículo 8.

1. Los Estados Parte 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.

2. Cuando un niño sea privado, ilegalmente de algunos de los elementos de su identidad o de todos ellos, los Estados Parte deberán prestar la asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer inmediatamente su identidad”.⁴⁰

- Código de Familia.

Artículo 351 “Todo menor tiene derecho a:

³⁹ CONSEJO NACIONAL DE LA JUDICATURA. Escuela de Capacitación Judicial. “Normas Internacionales Básicas sobre Derechos Humanos”. Talleres Gráficos UCA. EL Salvador. Primera Edición. 1998. Pág. 85.

⁴⁰ Ibídem Pág. 85.

1º. Nacer en condiciones familiares, ambientales y de cualquier otra índole, que le permita obtener su completo y normal desarrollo bio-psico-social.

...

3º. Tener y preservar desde su nacimiento y en todo momento su nombre, nacionalidad, representación legal y relaciones familiares y a gozar de un sistema de identificación que asegure su verdadera Filiación paterna y materna.

4º. Conocer a sus padres, ser reconocido por éstos y a que se responsabilicen de él.”⁴¹

No obstante el reconocimiento expreso que este derecho tiene en nuestra legislación, se vuelve vulnerable por cuanto al recurrir al uso de la maternidad subrogada y de alquiler, el derecho de ésta interfiere con el del hijo en el sentido de que aquellas pretenden permanecer en el anonimato (principio y garantía, que se traduce en la no investigabilidad de la relación biológica del nacido, ya que es considerada como la mejor forma de proteger a la madre subrogada -y donantes de gametos- frente a cualquier reclamación futura).

En ese orden de ideas, se dice que el interés del hijo de conocer su origen biológico es más valioso y más necesitado de protección que el interés de los donantes de gametos y las madres subrogadas a preservar su identidad para evitar o impedir cualquier relación jurídica (fin que persigue con el

⁴¹ VASQUÉZ LÓPEZ, Luis. “Código de Familia”. Editorial Liz. El Salvador. 1998. Pág. 367.

anonimato), por cuanto ese derecho de los hijos se encuentra íntimamente ligado a un derecho fundamental de la persona.

En relación con lo anterior, y al dilema que surge de saber cuál derecho es el predominante, los países que regulan las TERAS, como por ejemplo España, establecen que “el derecho a conocer el propio origen genético debe basarse en la protección de los derechos de la personalidad... y ello nunca debe provocar una alteración en la relación paterno y materno filial.”⁴² Planteamiento que resulta válido, por cuanto lo que se busca es que el niño investigue su Paternidad y Maternidad biológica, que él logre saber o determinar quien aportó la mitad del material genético para su existencia, y no pretender en ningún momento, reclamar la filiación que en otras circunstancias le correspondería.

En conclusión, la relación puramente biológica del nacido de Fecundación Asistida, respecto del donante de gametos, tiene una enorme importancia para toda persona, pues determina la herencia genética de la que derivan importantes características, con notable trascendencia para las personas y con incidencia en la conformación de su personalidad.

2.2.2 Derecho a Nacer dentro de una Familia.

Este derecho se relaciona con los sujetos habilitados para utilizar las TERAS; de tal manera que, si la protección del niño se considera como la finalidad esencial de la Legislación que regule su uso, es lógico deducir que solo se deberá permitir en parejas estables (Matrimonios), porque solo ellas

⁴² Op. Cit. Pág. 5

estarán en condiciones de asegurar esa mejor protección; en este sentido, y de acuerdo con la Declaración de los Derechos del Niño el desarrollo de la personalidad se produce de una forma más completa dentro de una familia, formada por los elementos Padre y Madre y no en una familia Unilateral, y por ello se recomienda que sea la pareja estable la usuaria de estas técnicas, por cuanto solo así será posible obtener el desarrollo de la personalidad del nacido.

El Derecho a Nacer en el Seno de una Familia formada por los dos componentes tradicionales anteriores, excluye en consecuencia las familias de un solo componente (Familias Monoparentales, a las cuales ya nos hemos referido previamente), pero en ningún caso a la pareja No Casada, que nuestra legislación familiar denomina Uniones de Hecho, entendiendo como tales “aquella relación constituida por un hombre y una mujer que sin ningún impedimento legal para contraer matrimonio entre sí, hacen vida en común libremente, en forma singular, continua, estable y notoria...”, según lo dispone el Artículo 118 C.F.

Este derecho se encuentra consagrado en el siguiente Ordenamiento Jurídico:

◆ Constitución de la República.

Artículo 34. “Todo menor tiene derecho a vivir en condiciones familiares y ambientales que le permitan su desarrollo integral, para lo cual tendrá la protección del Estado.”⁴³

◆ Código de Familia

⁴³ Op. Cit. Pág. 54

Artículo 351. “Todo menor tiene derecho:

1º. A nacer en condiciones familiares, ambientales y de cualquier otra índole que le permitan obtener su completo y normal desarrollo bio-psico-social.”⁴⁴

Dentro de este punto es de hacer notar, que el principio de protección de la familia y su proyección en la tutela, afecta las disposiciones que regulan las relaciones entre los padres iniciales (pareja estéril) y los hijos que son producto de Técnicas de Inseminación Artificial por cuanto no se protege a la familia que se formó a través de la utilización de las mismas.

El hijo tiene derecho a tener un padre y una madre conocidos - derecho a conocer su propio origen – que sean responsables de su mantenimiento y educación, y este derecho a tener una familia estable conlleva a que no debe verse sometido a acciones de reclamación de paternidad o maternidad, por parte de los donantes de material genético o madres subrogadas o de alquiler, posterior a su nacimiento. La anterior afectación deriva del hecho de que las legislaciones si bien establecen supuestos en los se pueden intentar acciones de impugnación de la Filiación, dejan de lado los casos en los que se emplean Técnicas de Inseminación Artificial y que generan inseguridad jurídica para el menor, tal es el caso del Código de Familia Salvadoreño.

⁴⁴ Op. Cit. Pág. 55.

CAPITULO III
“ANÁLISIS DE LAS TEORIAS Y DOCTRINAS DEL DERECHO
COMPARADO QUE REGULAN LAS TECNICAS DE INSEMINACIÓN
ARTIFICIAL”

3.1 TEORÍAS

En el Derecho Comparado, principalmente países del continente Europeo, se pueden encontrar una serie de Teorías que tratan de explicar por qué los Estados deben regular las Técnicas de Reproducción Asistidas; de las cuales se analizarán las más relevantes a continuación.

3.1.1 Principio de la Verdad Biológica.

Este se basa en la generación humana tal y como se reproduce naturalmente. Hasta hace muy pocos años la única vía que daba lugar a la fecundación de la mujer por el hombre, era la previa realización de la relación sexual entre aquellos, considerándose como una vía natural o normal para lograr la procreación.

De lo anterior se deduce que la filiación natural y los efectos jurídicos que ésta conlleva parten del alumbramiento del niño, siendo por tanto la maternidad natural aquella que se produce con el parto, tal como lo regula el Código de Familia vigente; y la paternidad natural se produce al determinar el hombre de quien procede el semen causante de la fecundación de la mujer.

Contenido de la Verdad Biológica.

Nuestro sistema de filiación se ha estructurado partiendo de considerar que es padre aquel hombre que ha fecundado a la mujer, y madre quien da a luz al niño, es decir que lo es a partir del parto.

Con relación a las Técnicas de Inseminación Artificial se produce una disociación entre la madre gestante o biológica y la madre genética, que en un inicio no podría ser la misma, siendo esta última aquella de quién procede el óvulo fecundado; en este sentido, madre es quien da a luz y quien aporta el óvulo careciendo de toda relevancia para la determinación de la maternidad la donación del óvulo.

El profesor Carbajo González al referirse al principio de la Verdad Biológica y a las relaciones de filiación derivadas de la Inseminación Artificial e In Vitro señala: "que hay que olvidar, la peculiar fisonomía de la filiación diseñada conforme con los cánones estrictos del movimiento codificador y abrirse a un nuevo orden donde no solo se produce una variación sustancial y sintomática en la terminología al uso, sino todo un cambio radical en la conceptualización de la filiación no surgida de matrimonio, y donde por encima de todo va a encontrar acomodo una idea que se elige en verdadera regla de oro de toda la disciplina jurídica de la filiación: *Cada persona, cada ser humano ostentará la filiación que realmente le corresponda por naturaleza con plena independencia de que sus padres se encuentren unidos o no entre sí, por vínculo matrimonial.*"⁴⁵

⁴⁵ Op. Cit. Pág. 19

Eso quiere decir, que cada sujeto podrá figurar como padre o hijo de quien verdaderamente lo sea, biológicamente hablando, puesto que dispondrá de los medios que el Derecho pone a su alcance y que fundamentalmente son las Acciones de Filiación, pudiendo rectificar así, la situación en la que vive si no esta conforme con ella, ya sea para dejar de estar unido con quien no tiene lazo carnal alguno o para comenzar a estarlo, si legalmente tal unión no consta.

En lo que respecta a los casos en que se han utilizado Técnicas de Inseminación Artificial o Fecundaciones Extracorpóreas, conocidas también como Fecundaciones In Vitro, la mayoría recurre a terceros para poder llevar a cabo la gestación de un bebé que sin la intervención de estos -donantes de gametos: Óvulos y/o espermatozoides, o madres subrogadas- no podrían existir, situación que es ignorada por el Derecho con ocasión del más completo Anonimato de la persona donante, progenitor o padre / madre genético(a) del nacido, y el más absoluto secreto del origen del mismo; situación que impide todo contacto entre el ser “producto” de estas técnicas, y aquél que biológicamente (por la aportación de la mitad del material genético) es su progenitor.

3.1.2 Justificación de la Intervención del Estado.

Algunos autores afirman que la reproducción humana, es una cuestión que afecta a la autonomía de los particulares y por esa razón el Estado no debe intervenir en la regulación del uso de estas técnicas.

Contrario a la postura anterior, la Teoría que a continuación se explica mantiene precisamente la tesis contraria: “El Estado debe identificar los

supuestos de hecho que permitirán el uso de estas técnicas, los efectos que han de producir sobre todos los sujetos implicados y las responsabilidades a que haya lugar”.⁴⁶

En lo que respecta a los supuestos de hecho en los cuales serán permisibles las técnicas en comento, las legislaciones que ya regulan esta problemática, coinciden en los siguientes:

- ✦ Estabilidad de la pareja que accede a la fecundación asistida.
- ✦ Consentimiento informado de la pareja, pudiendo este ser revocado previo a la realización de la técnica.
- ✦ Las parejas que se sometan a las técnicas deben ser Heterosexuales.
- ✦ Deben ser utilizadas como último medio para lograr la procreación.

Ahora, entre algunos de los efectos en las personas implicadas se ubican:

- ✦ Prohibición a los donantes de impugnar la filiación del niño nacido por estos medios, cuando se han utilizado sus gametos,
- ✦ Acceso eventual del niño de acceder a información sobre él o los donantes del material genético que posibilitó su existencia, etc.

El Estado debe escoger un tipo de legislación que permita la solución de los supuestos que plantean conflictos, principalmente en el ámbito jurídico.

Deben ofrecerse soluciones positivas a esos problemas que se derivan de las Inseminaciones Artificiales, con semen del marido y con semen de donante; así mismo, debe existir un pronunciamiento de ley sobre el tema de

⁴⁶ Op. Cit. Pág. 19

la Maternidad Subrogada, la que en la mayoría de legislaciones que la regulan tienden a prohibirla. A partir de aquí, el desarrollo de los Derechos Fundamentales debe ofrecer respuestas a problemas conexos con los anteriores o que están presentes en cada tipo de filiación asistida.

Cuando se acepta la realidad de estas técnicas y estas se someten al orden jurídico, los aspectos que se deben tomar en cuenta son los siguientes:

- ⇒ Aplicarlas como derivadas de un Derecho a la Procreación, inserto en los derechos de la personalidad, o bien
- ⇒ Hacerlas derivar del Derecho a la Salud.

Quienes se inclinan por esta, suelen incluir en la categoría de madre / padre inicial a las mujeres solteras (tráigase a cuenta lo ya planteado respecto a esta problemática abordada en el capítulo dos); en contraste con quienes adoptan la segunda postura, pues al considerar que las TERAS derivan de un Derecho a la Salud, su uso se ve limitado, en tanto que serán utilizadas únicamente por personas que se encuentran en la condición de estéril, bajo tres supuestos:

- a) “Cuando los otros medios de tratamiento de la infertilidad no han tenido éxito o no ofrecen ninguna posibilidad de éxito o no resultan apropiados para el caso concreto...
- b) Cuando existe el riesgo seguro de transmitir al hijo una grave enfermedad hereditaria...

c) Cuando exista el riesgo de que el hijo sufra alguna enfermedad que comporte su muerte precoz, o una incapacidad grave”⁴⁷.

Para evitar posibles lesiones a estos se propone: Prever quienes podrán utilizar las TERAS, lo cual se podrá hacer según se adopte la concepción de que aquellas derivan del derecho a Procrear, como a quedado apuntado.

⇒ Deben tenerse presente, además por encima de cualquier otro interés, los principios que protegen la personalidad y el interés del hijo.

⇒ Aplicar un principio de Menor daño a Terceros, de forma que estos - implicados de forma altruista en esta técnica- puedan reclamar una indemnización en caso de daños.

Lo anterior se traduce en la Necesidad de Proteger de forma correcta los derechos fundamentales de las personas implicadas, instituyendo un nuevo sistema de Paternidad / Maternidad Formales, que asegure a sus usuarios que el nacido será legalmente hijo suyo, sin posibilidad de impugnaciones. Es decir que se debe llegar a organizar un sistema parecido a la adopción, lo que implicaría la desvinculación total del niño respecto de su familia biológica, tal como sucede con esta clase de filiación.

En lo que respecta a los derechos fundamentales de la persona, se sugiere que solo deberá ser digno de protección un avance técnico del tipo que sea si con el no se lesionan intereses protegidos por aquellos derechos; de tal

⁴⁷ Propuesta realizada por los Estados Miembros del Consejo de Europa, citada en el Segundo Congreso Mundial Vasco. “La Filiación a Finales del Siglo XX. Problemática planteada por los Avances Científicos en Materia de Reproducción Humana”. Editorial Trivium. España. 1ª. Edición.1988. Pág. 31.

manera que si los avances científicos y técnicos permiten el desarrollo de aquellos derechos, deben ser acogidos y regulados por el ordenamiento jurídico; si por el contrario, estos avances o descubrimientos comportan una lesión, deben ser examinados y regulados de manera que esa se impida su ejercicio.

En este último supuesto, cabe señalar que las personas implicadas resultan ser:

❖ **Los Padres Iniciales.** Estos son, la pareja estéril (casada o no), a quien se ofrece la técnica concreta, y quienes en definitiva deciden utilizarla. Quienes pueden ser padres genéticos, ambos o únicamente uno de ellos, lo que dependerá del hecho de haber aportado o no material genético para la concepción del nuevo ser.

❖ **Los hijos nacidos como consecuencia del uso de las TERAS.**

Se puede decir que el hijo nacido a través de este sistema no debe ser objeto de una protección diversa de la que tienen los demás (en virtud de uno de los principios rectores del Derecho de Familia: Igualdad de los hijos). Es necesario señalar que el uso de una forma, cualquiera que sea, de reproducción asistida no debe ocasionar al nacido un perjuicio directa o indirectamente derivado de ellas.

Doctrinariamente, se establecen tres derechos que son básicamente los que pueden quedar afectados:

✕ **Derecho a la Vida.** Se plantea la problemática relativa a la protección del embrión y las cuestiones relacionadas con las manipulaciones genéticas, problemática que excede el alcance de la presente investigación.

✗ Nacimiento dentro de un Familia.

✗ Derecho a Conocer el Propio Origen.

❖ **Los Donantes de Material Genético.**

Se entiende como Donante a aquellas personas, hombre o mujer, que proporcionan el material genético necesario para proceder a las Inseminación Artificial Donante o In Vitro. En ese sentido, se pretende encontrar un sistema que les asegure a estos protección en su derecho a la Intimidad, al que evidentemente puede renunciar. Sistema que se consigue asegurando el Anonimato en un doble sentido:

- Desde el punto de vista de la Publicidad de la forma de Concepción. A través de éste, se asegura al mismo tiempo la identidad del nacido por esta técnica.
- Desde el punto de vista del secreto de la Identidad del Donante; este ofrece al donante una especie de inmunidad frente a reclamaciones de paternidad o maternidad, quedando excluido de cualquier relación con el nacido.

3.2 DOCTRINAS.

La concepción y regulación de la filiación en los diversos ordenamientos jurídicos han experimentado un giro considerable al momento histórico actual en el que ha surgido una nueva forma de filiación, que en doctrina se

conoce como **filiaciones asistidas**, nombre que se les ha asignado por cuanto “se producen por la intervención de las técnicas biológicas”.⁴⁸

Doctrinariamente existen tres tendencias o alternativas que los Legisladores a escala mundial han aceptado en torno a la problemática, siendo estas las que seguidamente se desarrollan.

3.2.1 Abstenerse de Regular

Los autores Franceses, quienes sostienen esta posición, se amparan en decir que los problemas que surgen en torno de las técnicas de Inseminación Artificial afectan la autonomía de los particulares y que por tanto el Estado no debe intervenir en la regulación del uso de las mismas. Sosteniendo al respecto, que es preferible no hacer nada y someter los problemas, que aquellas ocasionan, a las normas comunes vigentes, tratándose así, de **adaptar** el nuevo modo de concepción de los seres humanos a los esquema tradicionales de la familia y la filiación plasmados en los diferentes ordenamientos jurídicos Latinoamericanos (como es el caso de El Salvador) en los que la filiación se determina conforme a los siguientes patrones: *La paternidad natural* se basa en la verdad genética, mientras que *la maternidad* se basa en la verdad biológica, en los términos antes indicados. Consecuentemente, el título de atribución de la paternidad corresponde al hombre que aportó su semen, mientras que el título de atribución de la maternidad corresponde a la mujer que dio a luz (no quien aportó el óvulo) careciendo de toda relevancia para la determinación de la

⁴⁸ Op. Cit. Pág 34.

maternidad los casos en los cuales a tenido lugar la donación de óvulo (técnica conocida como Maternidad Subrogada).

La técnica de la Maternidad Subrogada, implica necesariamente que la única forma de asumir la maternidad en estos casos por quien desea hacerlo, al menos de una forma segura, es la Adopción –esto es, conforme a los requisitos que establecen los diversos ordenamientos jurídicos de familia que aún no regulan la materia en comento- tanto si de esa persona procede el óvulo como si no es así, y procede de la gestante o de una tercera mujer, tanto si el semen procede de su marido o del compañero de la madre gestante o de un tercer sujeto.

Otro argumento que surge para no regular la materia a la que nos venimos refiriendo, es la que se plantea Rodrigo Bercouitz, quien manifiesta que “...no es aconsejable proceder en estos momentos a la elaboración de una ley encaminada a regular la utilización de las técnicas de fecundación asistida y sus consecuencias...”⁴⁹.

El motivo principal de su opinión radica, en que antes de proceder a la regulación, conviene dejar que los fenómenos sociales desarrollen toda la problemática que pueden ocasionar, por cuanto solo una consideración completa de la misma y la consecuente reflexión de las soluciones deseables, pueden constituir las bases de una buena legislación.

⁴⁹ BERCOUITZ, Rodrigo y RODRÍGUEZ - CANO. “La Filiación Inducida y las Clasificaciones Legales”. En: La Filiación a finales del Siglo XX. . Problemática planteada por los Avances Científicos en materia de Reproducción Humana. Editoriales Trivium. España. Primera Edición. 1989. Pág. 119.

Agrega además, que "semejante pausa es todavía más recomendable cuando se trata de regular cuestiones en las que los avances científicos y tecnológicos están todavía mal definidos y sin consolidar", ⁵⁰ es por ello que se habla de la necesaria y previa realización de un estudio, para encontrar la mejor manera posible de dar soluciones a los casos que en la práctica ya se plantean y se pueden seguir planteando.

En torno a esta opinión, consideramos que es precisamente ahora cuando el fenómeno comienza a tener aplicación que debe de regularse tomando en consideración la vasta información que el Derecho Comparado señala respecto a la problemática que estos procedimientos generan, de tal manera que se pueda evitar que los supuestos que importan u ocasionan mayores vulneraciones a los derechos, sobre todo a los derechos fundamentales, de las personas involucradas, se lleguen a presentar en nuestra sociedad.

Cabe señalar, que el legislador a justificado su abstinencia, al menos en el continente Europeo, aludiendo que el problema afecta en realidad a un bajo número de personas, lo cual si bien es cierto por el costo económico que conllevan aquél, no puede ni debe olvidar la obligación constitucional que se le ha conferido, cual es dictar la normativa necesaria que asegure los derechos y deberes de las personas, así como también los cauces por los cuales se darán las soluciones a los conflictos de naturaleza jurídica que se suscitan en la sociedad.

La obligación constitucional de los legisladores implica mantenerse conciente y actualizado de la realidad para poder adecuar la normativa a las necesidades vigentes de la población, más que todo cuando dicha realidad

⁵⁰ Ibídem. Pág, 120.

plantea todo un cambio a las estructuras ya definidas y establecidas en la mayoría de los ordenamientos jurídicos.

3.2.2 Proscripción del uso de las Técnicas de Reproducción Asistida.

Desde un punto de vista estrictamente ético existe una fuerte oposición a las técnicas de reproducción Humana Asistida.

Dicha oposición, se fundamenta en que tales prácticas son violadoras de la dignidad de la pareja, la fidelidad conyugal y ciertos derechos del niño producto de aquellas, como con anterioridad se ha señalado.

Además se señala que estos, son contrarios a la ley moral por cuanto en los casos de procreación artificial, el embarazo no proviene del acto sexual de los progenitores, sino de la intervención del médico, situación que priva al niño del derecho a ser concebido dignamente, esto es en el vientre de su madre, como fruto de un acto de amor y entrega de sus padres.

Igualmente se argumenta, en relación con los derechos de los hijos producto de éstas técnicas, lo siguiente:

1º. Los hijos, “no son una cosa sobre la cual se pueda ejercer un derecho”.⁵¹ Si bien se puede tener la libertad o el derecho a la Procreación, ello nunca permitirá hablar del derecho del hijo como si fuera el derecho a una cosa, que se ejerce cuando le hace falta al padre o a la madre y en el momento en que aquellos lo consideren apropiado, convirtiéndolo en un verdadero artículo de consumo; de manera que para mejorar el estatus o para tener con quien desarrollar el espíritu o la necesidad de cariño - en determinado

⁵¹ http://www.geocities.com/cgu_uruguay/seminariofiliagonio2002.htm

momento- viene el hijo al mundo porque se requiere o precisa. Sobre este punto se agrega, que el niño para ser producto de la Inseminación Artificial, antes de ser implantado en el útero materno se debe haber experimentado con cierta cantidad de embriones, y también haberse tenido que descartar los embriones restantes, considerándose de esa manera como cosas desechables.

Por otra parte, la vida humana no es disponible por nadie; ni por el médico, ni por la madre, ni por el padre, ni por uno mismo, sino que es un valor intangible, y la utilización de las técnicas en comento, se negocia con la vida ya que quien dispone de la misma es la clínica o la mujer; y por ello, su legalización implicaría regular una conducta atentatoria contra la vida, derecho fundamental reconocido a nivel mundial.

Asimismo, se dice que afectan derechos esenciales de niño. El primero que se le afecta es el Derecho a la Identidad, como ya se ha señalado en múltiples ocasiones, ya que de crear una ley o adaptar la legislación vigente se tendría que tener cuidado en todo lo que se refiere a "no" identificar a la persona que dona el gameto (aquel o aquella que da el elemento vital para la criatura, semen u óvulo) de manera que no sea posible que este niño sepa algún día quien fue o de dónde vino el gameto que le dio origen, quedando así su identidad seriamente afectada, lo que si bien, se hace para proteger la identidad del que dona, restringe aquél derecho que es de mayor valor.

De igual forma, se lesiona otro derecho de un gran importancia como es: Nacer del amor humano de Padres Naturales y de vivir en Familia.

Este argumento es respaldado por la Iglesia Católica, si bien defiende el derecho de los padres a la procreación, también postula que el fin no justifica

los medios, y en los casos de procreación artificial el embarazo al no provenir del acto sexual de los padres sino del médico se vuelve contrario a la Ley Moral, ya que desune la reproducción del acto sexual, privando al embrión de lo que consideran su derecho de ser concebido dignamente.

Otro aspecto notable es el referente a considerar estas técnicas con fines altruistas orientado a fomentar la familia, en situaciones de esterilidad, lo cual no es del todo cierto, puesto que lo único que tiene de altruista es la donación del gameto (cuando esto se hace de forma gratuita) no obstante el tratamiento de la Inseminación Artificial resulta bastante oneroso, según la técnica y las circunstancias en que se utiliza, y es precisamente acá donde deja de ser altruista para pasar a ser un Acto de Comercio, lo que se reafirma con las cotizaciones de óvulos que se encuentran en Internet, donde se presentan "grandes bellezas" vendiendo óvulos; o espermatozoides de grandes deportistas, que se pueden adquirir sin ningún tipo de problema.

No obstante la validez de algunos de los argumentos anteriores, esta tendencia es rechazada por la mayoría de las legislaciones, por cuanto prohíben en sentido estricto la utilización de las técnicas de Inseminación Artificial. En ese sentido, creemos que el Legislador Salvadoreño no puede adoptar posición tan radical como esta, ya que violentaría el derecho fundamental a la Procreación (que a pesar de no estar reconocido en el ordenamiento jurídico nacional, consideramos que es digno de resguardar), provocando que ninguna pareja que este imposibilitada físicamente para tener hijos de forma natural (entiéndase aquí a uno de ellos o ambos), pueda recurrir a las soluciones que los avances médicos científicos le ofrecen.

Además, el legislador debe considerar otro hecho importante: No todas las técnicas o procedimientos de reproducción humana asistida son iguales, no todos implican necesariamente la vulneración de derechos fundamentales, en consecuencia, algunas de ellas si podrían ser autorizadas bajo ciertos límites o parámetros que deben estar previamente determinados en la ley, así como también deberían prohibirse expresamente en la misma, aquellos casos que verdaderamente implican la vulneración de aquellos derechos a cualquiera de las personas que de forma directa o indirecta resulten involucradas; ubicándose entre estas últimas, la Maternidad Subrogada cuando se utiliza por razones diferentes a la Infertilidad de la pareja casada o de hecho.

3.2.3 Reglamentación.

Como se sabe las filiaciones asistidas generan una situación especial, considerando que todo avance científico produce un cambio de las tradicionales estructuras del Derecho, y que conlleva para el legislador la decisión ya sea de: Abstenerse de regular el fenómeno, prohibirlo o simplemente reglamentarlo, lo cual no implica necesariamente su aceptación. En este sentido, hay quienes se muestran a favor de crear todo un Ordenamiento Jurídico que regule las técnicas de Inseminación Artificial, puesto que contrario a la primera tendencia que busca encontrar la solución en la normativa actual, y la segunda que insta a prohibirlas en todas sus manifestaciones; ésta por su parte, considera que es necesaria la creación de una nueva normativa en la cual las personas directamente afectadas por el uso y las consecuencias que aquellas ocasionan, deben conocer los

parámetros bajo los cuales se regirá su uso, que lógicamente habrán de ser distintos de los que operan en la procreación natural.

La finalidad que persigue Reglamentar las TERAS es, entre otros aspectos, determinar a quién deberá atribuirse la paternidad y/o la maternidad del nacido, las responsabilidades que pueden derivar de la cesión de gametos, y el derecho a conocer su propio origen.

El profesor Francisco Rivera Hernández en su ponencia de la Investigación de la Mera Relación Biológica en la filiación derivada de Fecundación Artificial, establece ciertas líneas directrices o principios de esa posible regulación que a nuestro ver resultan adecuados, estos son:

Hacer una distinción entre la Filiación por Naturaleza, y Filiación Civil o Formal, para los supuestos de fecundación asistida cuando haya aportación de gametos o colaboración en la gestación por tercera persona (madre subrogada). Esta deberá ser similar a la filiación adoptiva, también meramente civil, sin perjuicio de que Constitucionalmente constituyan paternidad y maternidad jurídica (con todos los efectos y responsabilidades correspondientes) las de quienes son consideradas como tales, sin ser progenitores.

El elemento más relevante del nacimiento, y en la determinación de la paternidad / maternidad del nacido debe ser: La decisión o acto de voluntad de que ese ser nazca manifestado a través del consentimiento, en las fecundaciones Asistidas con aportación de gametos de terceras personas,

es decir para los casos de Inseminación Artificial donante o fecundación in Vitro.

Además, el mero donante de gametos no debe ser considerado en principio, padre o madre en ningún caso, ni debe ser responsable, frente al nacido del gameto que él aportó, de otra cosa que no sean los perjuicios derivados de su ocultación u omisión dolosa o culposa de datos sobre taras o enfermedades transmisibles hereditariamente.

Se deberá considerar al nacido por Inseminación Artificial un explícito derecho no sólo a tener acceso a datos biogenéticos y caracterológicos del donante de gametos, sino de una importante herencia genética de notable trascendencia en la conformación de su personalidad. Derecho paralelo, pero claramente diferente, al normal de reclamación de paternidad / maternidad en la filiación por naturaleza, y con un régimen jurídico paralelo, aunque diferenciado, legitimado para la reclamación de tal conocimiento de la identidad del donante, debería estarlo en exclusiva el propio nacido de la técnica, para obtención de datos biogenéticos, e incluso su Representante Legal. Este derecho al conocimiento de la identidad del donante no generará ninguna relación jurídica ni la posibilidad de reclamación de ningún derecho recíproco, lo cual deberá establecerse claramente.

“Debe excluirse también..., no solo el donante de gameto pueda reclamar cualquier relación jurídica del nacido de Inseminación Artificial, sino que ni siquiera se debe permitir el conocimiento de su existencia o identidad”⁵².

⁵² Op Cit. Pág. 5..

Es de hacer notar que dicha normativa debe buscar la protección de los derechos fundamentales y la dignidad de la persona humana.

Cabe agregar que los Legisladores deben orientar sus soluciones a tomar en cuenta las experiencias sociales que tengan en dicho Estado; y valorar los intereses presenten que este tipo de problemas genera.

Entre las tendencias que se han expuesto ésta última es ampliamente aceptada en razón que nunca como hoy se ha visto la necesidad de tener en cuenta la sociedad real, motivo por el cual se debe: Adaptar la normativa de familia, y las demás que se involucren con la problemática, haciéndose los ajustes correspondientes; o bien Crear un Instituto especializado diferente de esta, como por ejemplo una Ley sobre Reproducción humana Asistida y su respectivo Reglamento.

CAPITULO IV
TABULACION E INTERPRETACION DE RESULTADOS

4.1 ENTREVISTA DIRIGIDA A JUECES Y JUEZAS DEL DEPARTAMENTO DE SAN SALVADOR

◆ PREGUNTA 1

¿Conoce usted las Técnicas de Reproducción Asistida?

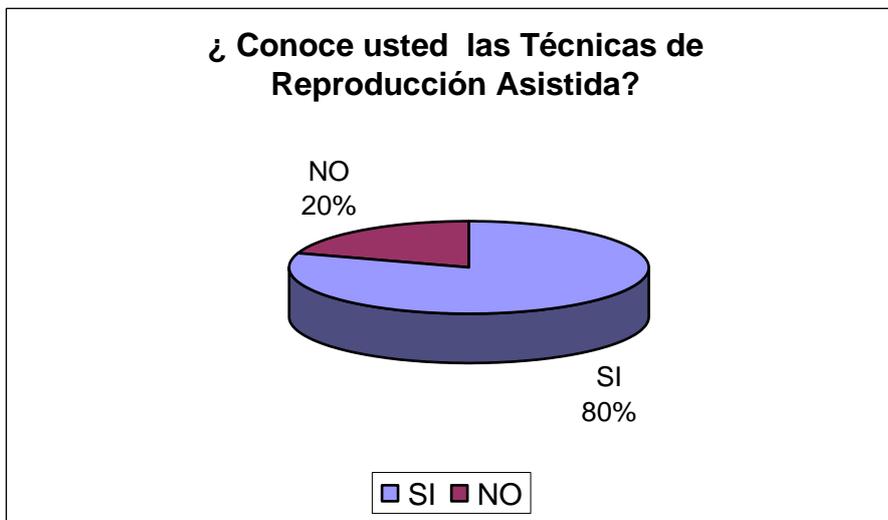
◆ TABULACION:

OPCIÓN	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	4	80%
NO	1	20%
TOTAL	5	100%

Si su respuesta es afirmativa, ¿cuáles conoce?

- Inseminación Artificial,
- Fecundación Extracorpórea o In Vitro,
- Ventre de Alquiler, y
- Donación de Espermatozoide

◆ GRÁFICAMENTE SE EXPRESA ASI:



◆ PREGUNTA 2

¿En qué consisten las Técnicas de Reproducción Asistida?

◆ TABULACION:

No	RESPUESTA	PORCENTAJE
1	Fecundación de un óvulo con un espermatozoide de manera artificial o científica.	60%
2	Fecundación de un óvulo e implantación posterior en el vientre de una mujer.	20%
3	Fecundación de un óvulo dentro del vientre de una mujer o dentro de una probeta.	20%
4	Es reproducción asistida por la forma, en que el embrión se desarrolla, esto es, de una manera no natural.	20%

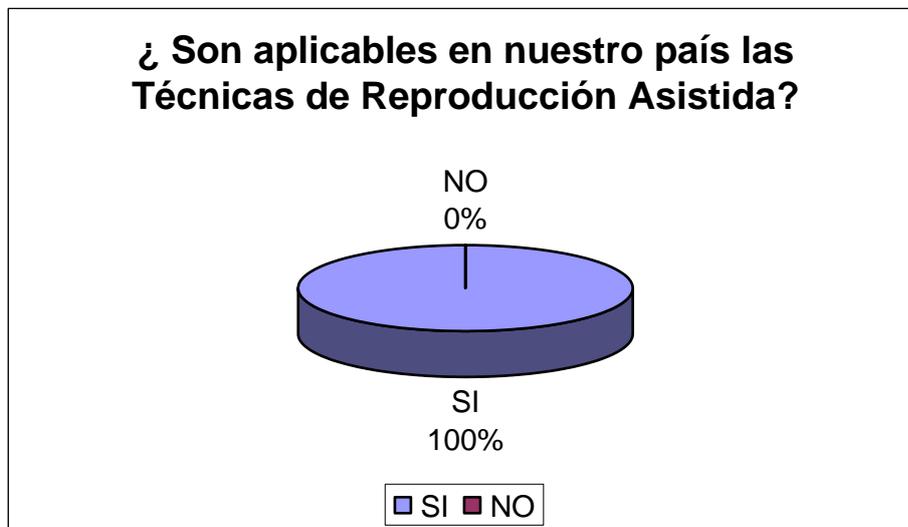
◆ PREGUNTA 3

¿Son aplicables en nuestro país las Técnicas de Reproducción Asistida?

◆ TABULACION:

OPCION	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	5	100%
NO	0	0%
TOTAL	5	100%

◆ GRÁFICAMENTE SE EXPRESA ASI:



◆ PREGUNTA 4

¿Existe una normativa que regule la utilización de dichas técnicas?

◆ TABULACION:

OPCION	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	0	0%
NO	5	100%
TOTAL	5	100%

◆ GRÁFICAMENTE SE EXPRESA ASI:



◆ PREGUNTA 5

¿Cuál es la forma de determinar la maternidad, en la legislación de Familia?

◆ TABULACION:

No	RESPUESTA	PORCENTAJE
1	Según el Artículo 161 del Código de Familia, es probando el hecho del parto y la identidad del nacido.	60%

2	Por medio del embarazo, el parto y el ADN.	20%
3	Se puede determinar por cualquiera de las formas establecidas, en el artículo 143CF. Ya que considera que tanto el padre como la madre, utilizan las mismas formas para reconocer voluntariamente a sus hijos	20%

◆ PREGUNTA 6

¿Conoce cuáles son las diferentes formas de maternidad de acuerdo a la doctrina?

◆ TABULACION:

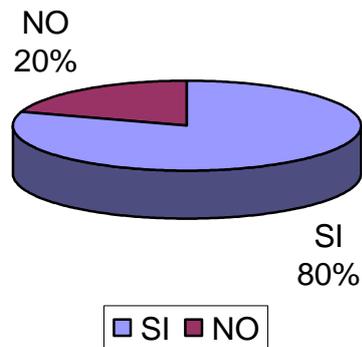
OPCIÓN	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	4	80%
NO	1	20%
TOTAL	5	100%

Si su respuesta es afirmativa, ¿cuáles conoce?

- Maternidad putativa
- La regulada en el Código de familia
- Maternidad, Filial, Social, Adoptiva, y subrogada.

◆ GRÁFICAMENTE SE EXPRESA ASI

¿ Conoce cuáles son las diferentes formas de maternidad de acuerdo a la doctrina?



◆ PREGUNTA 7

El criterio de una familia tradicional utilizado por el legislador, para determinar la maternidad, ¿es suficiente para resolver casos donde se han utilizado técnicas de Inseminación Artificial?

◆ TABULACION:

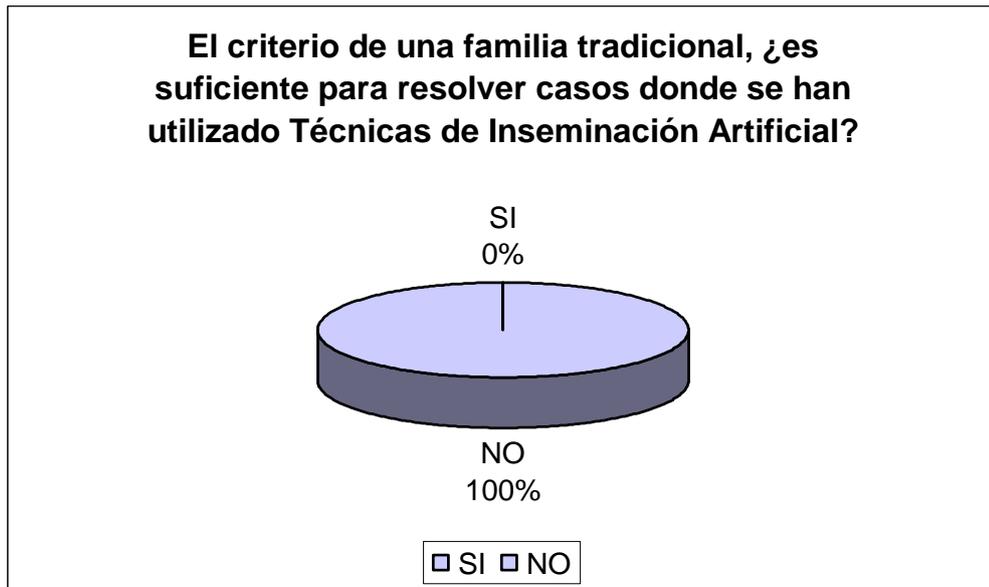
OPCION	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	0	0%
NO	5	100%
TOTAL	5	100%

Si su respuesta es afirmativa o negativa, ¿Por qué?

- Porque las Técnicas de Inseminación Artificial son parte de una ciencia exacta, que no toma en cuenta el tradicionalismo.
- Porque son casos que no están comprendidos dentro de la ley

-Porque intervienen otros elementos con distintas variables como: el Medico que lo proyecta, la donante del semen, etc.

◆ GRÁFICAMENTE SE EXPRESA ASI:



◆ PREGUNTA 8

¿Conoce usted, si el legislador, adopto un criterio para determinar la maternidad que fuera lo suficientemente amplio, para incluir las Técnicas de Inseminación Artificial?

◆ TABULACION:

No	RESPUESTA	PORCENTAJE
1	No, solo se tomo en cuenta la familia tradicional.	40%
2	No, porque en ese momento, el legislador no estaba al tanto de los avances científicos y es por eso que no la previó.	40%

3	No, porque la ciencia esta en constante avance y la maternidad esta quedando obsoleta.	20%
---	--	-----

◆ PREGUNTA 9

¿Cómo resolvería un administrador de justicia, en caso de pretender una madre de deseo, impugnar la maternidad legal?

◆ TABULACION:

No	RESPUESTA	PORCENTAJE
1	Amparándose bajo las reglas de la adopción, por existir un vacío legal al respecto	40%
2	Conforme a la doctrina y normativa legal vigente, haciendo una conjugación e interpretación de las mismas	40%
3	Tomando en cuenta, siempre el interés superior del menor, dejando de un lado el interés de la madre	20%
4	Por medio de la prueba del ADN	20%

◆ PREGUNTA 10

¿Considera que la falta de regulación de las Técnicas de Inseminación Artificial, por parte de los legisladores ocasiona Consecuencias Jurídicas, para las personas que las utilizan?

◆ TABULACION:

No	RESPUESTA	PORCENTAJE
1	Si, porque en caso de haber un conflicto, no podría solucionarse con la normativa vigente	40%
2	Si, porque desde el momento que se gesta a un ser humano, este genera derechos y obligaciones	20%
3	Si, porque se priva a muchas mujeres, de que se sometan a este tipo de situación , pues no hay certeza a futuro	20%
4	No, porque existe valoración libre por parte de los Juzgados	20%

◆ PREGUNTA 11

Según su criterio, ¿qué debería hacer el legislador ante la Inseguridad que genera la falta de regulación de las Técnicas de Inseminación Artificial?

◆ TABULACION:

OPCIÓN	FRECUENCIA	PORCENTAJE
REGULAR (Prohibirla-aceptarla-poner limites)	5	100%
NO REGULAR	0	0%
TOTAL	5	100%

◆ GRÁFICAMENTE SE EXPRESA ASI:



◆ PREGUNTA 12

Según su criterio, ¿Cuál sería la forma de regular las Técnicas de Inseminación Artificial?

◆ TABULACION:

OPCIÓN	FRECUENCIA	PORCENTAJE
EN EL CODIGO DE FAMILIA	2	40%
LEY INDEPENDIENTE	3	60%
TOTAL	5	100%

◆ GRÁFICAMENTE SE EXPRESA ASI:

¿Cuál sería la forma de regular las Técnicas de Inseminación Artificial?



Interpretación de datos obtenidos en la guía de entrevista realizada a Jueces de Familia del área de San Salvador

En relación con las entrevistas aplicadas a los Jueces y Juezas de Familia del departamento de San Salvador, cabe mencionar que únicamente fueron cinco Jueces, de trece distribuidos en los diferentes Juzgados de Familia, que colaboraron, por lo que fueron los únicos entrevistados, de los cuales se obtuvieron los resultados antes tabulados y graficados y con base a los cuales concluimos lo siguiente:

Que en su mayoría los Jueces entrevistados conocen las Técnicas de Reproducción Asistida, a excepción de uno, lo que nos indica que no obstante ser estas Técnicas producto de los avances científicos, el conocimiento de ellas es bastante alto, ya que los entrevistados en su totalidad, coincidieron en tener ideas similares respecto al contenido de las mismas; no obstante su conocimiento es limitado, en el sentido que poseen una información general, sin seguir explorando el tema por medio de otras fuentes como es la doctrina. Asimismo confirmaron que las TERAS, tienen aplicación en nuestro país.

Cabe destacar, que los Jueces de Familia están consientes de que el criterio adoptado por el Código no es suficiente para brindar soluciones en los casos donde se utilizan estas técnicas, particularmente cuando se recurre a la maternidad subrogada, por cuanto da lugar al surgimiento de problemas respecto a la determinación de los vínculos filiales, teniendo los Administradores de Justicia la obligación de resolver los conflictos que llegan a su conocimiento y que necesitan ser resueltos de una forma justa y

eficaz, encontrándose estos no solo frente a un vacío legal , sino la ausencia de normas en su totalidad que regule el uso de las mismas teniendo por tanto que adoptar diferentes criterios al momento de resolver, entre los cuales podemos mencionar: La protección del interés superior del menor, las reglas de la adopción, las pruebas científicas, etc. Los cuales según a nuestro criterio no fueron creados para dar solución a conflictos de esta naturaleza, ya que contienen otros elementos como lo es la disociación entre la maternidad biológica o genética y la maternidad formal o legal, en donde más de algún derecho resultaría vulnerado.

Finalmente, aunque los Jueces y Juezas proporcionan diferentes opiniones de cómo resolverían casos como estos, el 100% de los entrevistados expresó que las TERAS, deben regularse, debido a que éstas no solo ocasionan inseguridad jurídica para las personas que las utilizan -al momento de determinar la maternidad-; sino también para el bebé producto de las mismas. Opinando al respecto que deben ser reguladas ya sea en un apartado especial dentro del Código de Familia (siendo esta una Ley novedosa más no avanzada) o en una ley independiente, siempre y cuando este en armonía con la normativa familiar, pues ambas alternativas son viables.-

4.2 ENTREVISTA DIRIGIDA A LOS DIPUTADOS, MIEMBROS DE LA COMISIÓN DE LA FAMILIA, LA MUJER Y EL NIÑO DE LA HONORABLE ASAMBLEA LEGISLATIVA

◆ PREGUNTA 1

¿Conoce usted las Técnicas de Reproducción Asistida?

◆ TABULACIÓN:

OPCIÓN	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	2	100%
NO	0	0%
TOTAL	2	100%

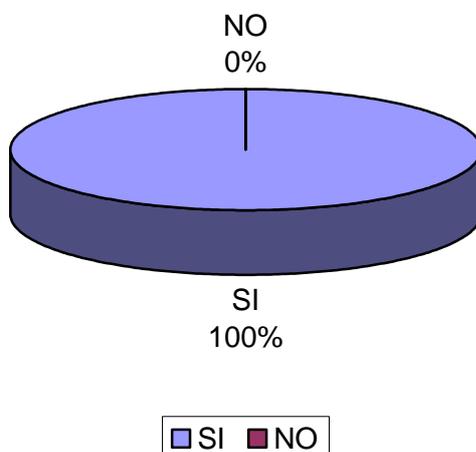
Si su respuesta es afirmativa, ¿cuáles conoce?

-Fecundación In Vitro.

-Inseminación Artificial en animales y en las personas cuando hay problemas de infertilidad.

◆ GRÁFICAMENTE SE EXPRESA ASÍ:

¿Conoce usted las Técnicas de Reproducción Asistida?



◆ PREGUNTA 2

¿En qué consisten las Técnicas de Inseminación Artificial?

◆ TABULACIÓN:

No	RESPUESTA	PORCENTAJE
1	Consiste en colocar en el útero de la mujer los espermatozoides previamente seleccionados, cuando el semen no reúne todas las condiciones necesarias para fecundar el óvulo de forma natural.	100%

◆ PREGUNTA 3

¿Son aplicables en nuestro país dichas técnicas?

◆ TABULACIÓN:

OPCIÓN	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	0	0%
NO	2	100%
TOTAL	2	100%

Si su respuesta es afirmativa o negativa, ¿Por qué?

-Consideran que los embarazos son productos del contacto físico en lo general.

-Para la aplicación de dichas técnicas, se requiere de una tecnología muy especializada.

◆ GRÁFICAMENTE SE EXPRESA ASÍ:



◆ PREGUNTA 4

¿Existe una normativa, que regule la utilización de las técnicas en comento?

◆ TABULACIÓN:

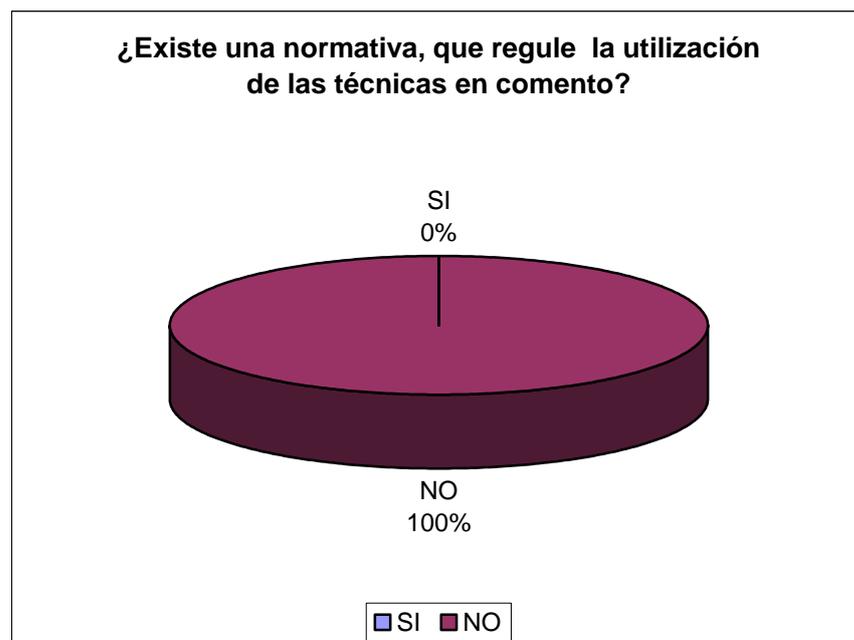
OPCIÓN	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	0	0%
NO	2	100%
TOTAL	2	100%

Si su respuesta es afirmativa o negativa, ¿Por qué?

-No es regulado.

-Es solo prohibido por el Código Penal, cuando estas se dan sin el consentimiento, al igual que la Manipulación Genética.

◆ GRÁFICAMENTE SE EXPRESA ASÍ:



◆ PREGUNTA 5

¿Considera que la falta de regulación de la Técnicas de Inseminación Artificial, ocasiona consecuencias Jurídicas, para las personas que las utilizan?

◆ TABULACIÓN:

OPCIÓN	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	1	50%
NO	1	50%
TOTAL	2	100%

Si su respuesta es afirmativa, ¿Cuáles? Y si es negativa, ¿Por qué?

-Si, en relación con la Identidad del nacido más que con la filiación.

-No, porque el niño es inscrito en la Alcaldía Municipal con nombre y apellido.

◆ GRÁFICAMENTE SE EXPRESA ASÍ:



◆ PREGUNTA 6

¿Cuál es la forma de determinar la maternidad en la Legislación de Familia?

◆ TABULACIÓN:

NUMERO	RESPUESTA	PORCENTAJE
1	Según el artículo 139 Cf. Con la prueba del nacimiento, la identidad del nacido, y por declaración judicial.	100%

◆ PREGUNTA 7

Doctrinariamente, ¿Cuáles son las diferentes formas de maternidad que existen?

◆ TABULACIÓN:

NUMERO	RESPUESTA	PORCENTAJE
1	Maternidad putativa y la maternidad tradicional.	100%

◆ PREGUNTA 8

¿Conoce usted si el legislador- en el período de promulgación de la nueva normativa de familia- adoptó un criterio para determinar la maternidad, que fuera lo suficientemente amplio para incluir las Técnicas de Inseminación Artificial?

◆ TABULACIÓN:

No	RESPUESTA	PORCENTAJE
1	No, porque no están incluidas expresamente.	50%
2	No, porque la mujer inseminada con su consentimiento, no cumple con todos los requisitos para poder establecer su maternidad.	50%

◆ PREGUNTA 9

¿Considera que la prueba del parto y la identidad del nacido son- ante la utilización de las Técnicas de Inseminación Artificial, como madre Subrogada o vientre de alquiler- adecuadas para que un administrador de justicia pueda establecer el vínculo materno filial actualmente?

◆ TABULACIÓN:

OPCIÓN	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	0	0%
NO	2	100%
TOTAL	2	100%

Si su respuesta es afirmativa o negativa, ¿Por qué?

-Porque es un problema que la humanidad esta viviendo, al cual no se ha dado solución y que indudablemente tiene que ser resuelto.

◆ GRÁFICAMENTE SE EXPRESA ASÍ:



◆ PREGUNTA 10

¿Cómo resolvería un administrador de justicia, en el caso de pretender una madre de deseo, impugnar la maternidad de una madre subrogada?

◆ TABULACIÓN:

NUMERO	RESPUESTA	PORCENTAJE
1	Por la vía Civil y uso de ADN.	50%
2	Es el juez, el que debe contestar.	50%

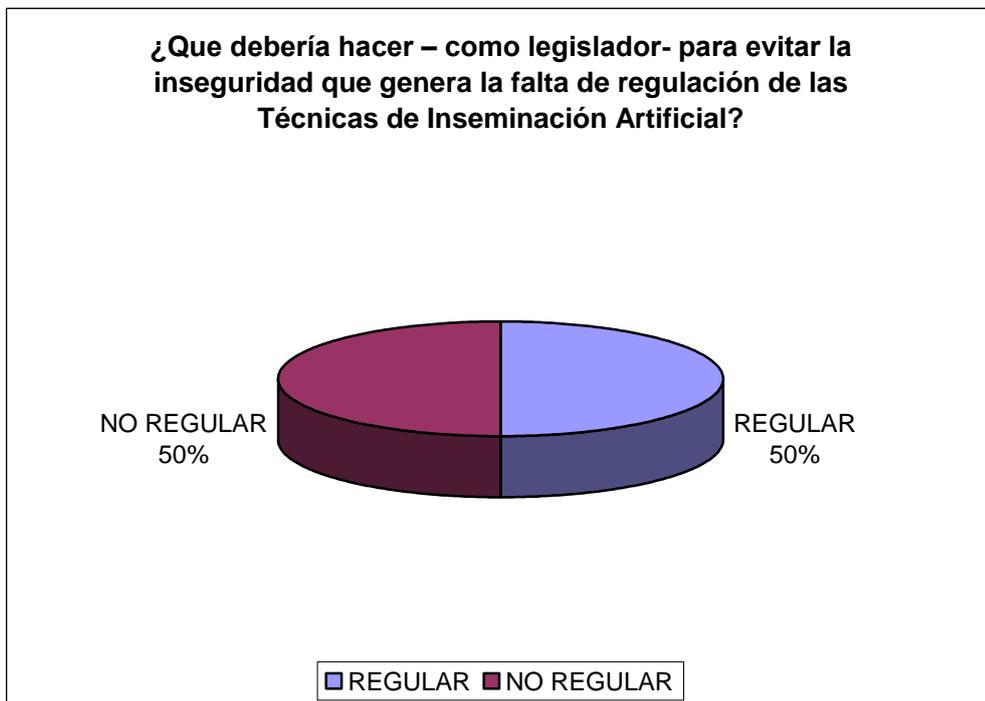
◆ PREGUNTA 11

¿Que debería hacer – como legislador- para evitar la inseguridad que genera la falta de regulación de las Técnicas de Inseminación Artificial?

◆ TABULACIÓN:

OPCIÓN	FRECUENCIA	PORCENTAJE
REGULAR (Prohibiendo- Aceptando- con limites)	1	50%
NO REGULAR	1	50%
TOTAL	2	100%

◆ GRÁFICAMENTE SE EXPRESA ASÍ:



◆ PREGUNTA 12

Según su criterio ¿cuál sería la forma de regular las Técnicas de Inseminación Artificial?

◆ TABULACIÓN:

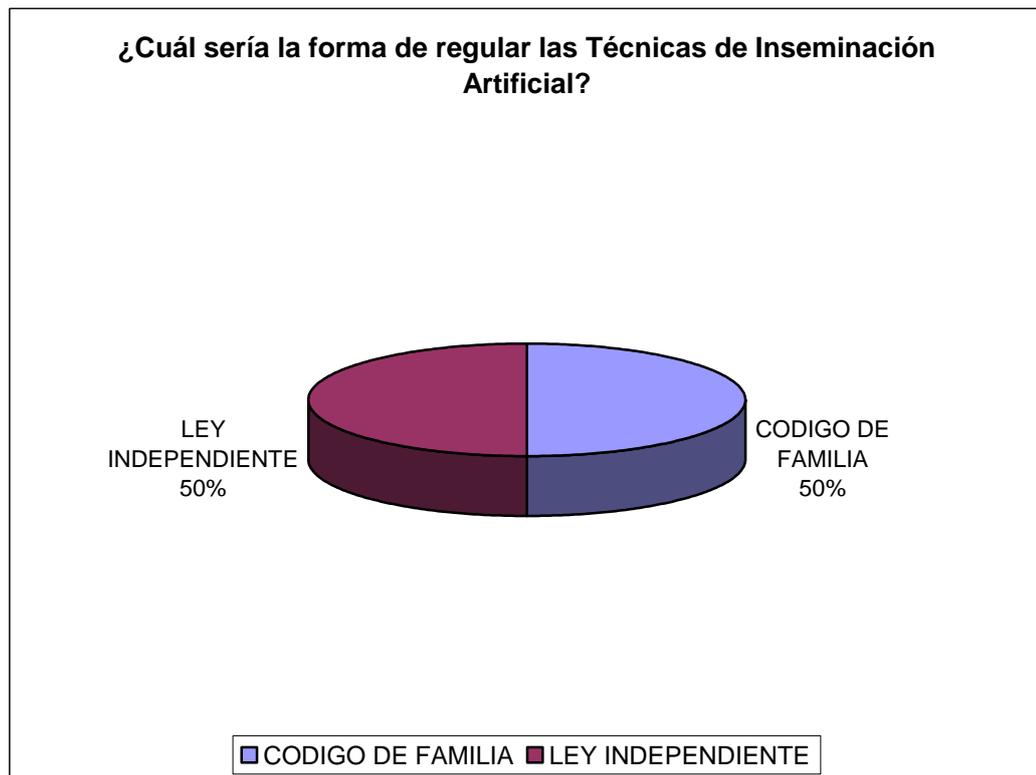
OPCIÓN	FRECUENCIA	PORCENTAJE
CÓDIGO DE FAMILIA	1	50%
LEY INDEPENDIENTE	1	50%
TOTAL	2	100%

Si su respuesta es afirmativa o negativa, ¿Por qué?

-Si, porque es ahí donde se establece la normativa de familia.

-No, porque no es necesario crear más leyes que probablemente no se cumplan.

◆ GRÁFICAMENTE SE EXPRESA ASÍ:



**Interpretación de datos obtenidos en la Guía de entrevista realizada a
Diputados miembros de la Comisión de Familia, la Mujer y el Niño de la
Asamblea Legislativa**

La Comisión de la Familia, la Mujer y el Niño de la Asamblea Legislativa, esta integrada por los siguientes partidos políticos: FMLN (4 miembros), ARENA (3 miembros), PDC (1 miembro), PCN (1 miembro) y CDU (1 miembro). De los cuales únicamente colaboraron dos para la obtención de datos relativos a la presente investigación.

Los entrevistados manifestaron conocer las técnicas de inseminación artificial, sin embargo consideran que estas no son aplicables en nuestro país; atribuyendo la inaplicabilidad de las mismas a dos aspectos:

Primero, al hecho de que los embarazos son producto únicamente del contacto físico, descartando así la posibilidad de que una mujer quede embarazada con la aplicación de una técnica de esta naturaleza. De lo anterior se deduce que existe negligencia por parte de los Legisladores, en el sentido de que tienen la obligación de estar al tanto de los avances científicos y culturales que tienen relevancia en el ámbito familiar, en virtud de la función que desempeñan.

En segundo lugar, opinan que estas requieren una tecnología muy especializada con la que nuestro país no cuenta; razón por la cual uno de ellos consideró que estas no deben ser reguladas en nuestra Legislación, mientras que el segundo manifestó que si debe regularse en el Código de Familia, pero estableciendo limitantes; a pesar de lo cual ambos confirman que el uso de las mismas genera consecuencias Jurídicas, entre las cuales

se encuentra la Inseguridad Jurídica al momento de determinar los vínculos filiales.

Lo anterior denota la aptitud pasiva de los diputados, por cuanto se vuelven espectadores, pudiendo ellos crear las herramientas necesarias, para que los administradores de justicia unifiquen criterios, y de esa manera resolver de una forma equitativa, sin desproteger los derechos de las personas involucradas.

Por otra parte manifestaron, que el principio que la maternidad siempre es cierta (*Mater Semper Certa Est*) no es suficientemente amplio para dar solución a los conflictos que ocasionan la utilización de las TERAS, dejándole dicha tarea a los Jueces de Familia.

4.3 ENTREVISTA DIRIGIDA A MEDICOS ESPECIALISTAS EN FERTILIDAD Y FECUNDACION ASISTIDA DEL DEPARTAMENTO DE SAN SALVADOR

◆ PREGUNTA 1

¿En qué consisten las Técnicas de Inseminación Artificial?

◆ TABULACIÓN:

No	RESPUESTA	PORCENTAJE
1	Depósito de Semen fresco de donante anónimo, en el fondo del endocervix de una paciente durante su ovulación .	25%
2	Son las que se inyectan con una cantidad de espermatozoides en el vientre de la mujer, cuando ésta se encuentra ovulando.	25%
3	No opinó.	50%
TOTAL		100%

¿Cuáles Técnicas de Inseminación Artificial conoce?

- Inseminación Homóloga
- Inseminación Heteróloga

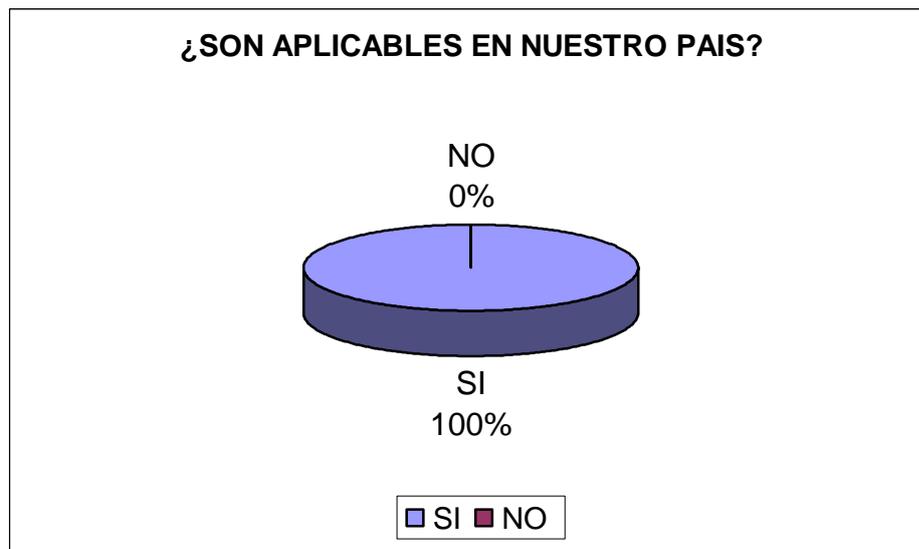
◆ PREGUNTA 2

¿Son aplicables en nuestro país?

◆ TABULACIÓN:

OPCIÓN	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	4	100%
NO	0	0%
TOTAL	4	100%

◆ GRAFICAMENTE SE EXPRESA ASI:



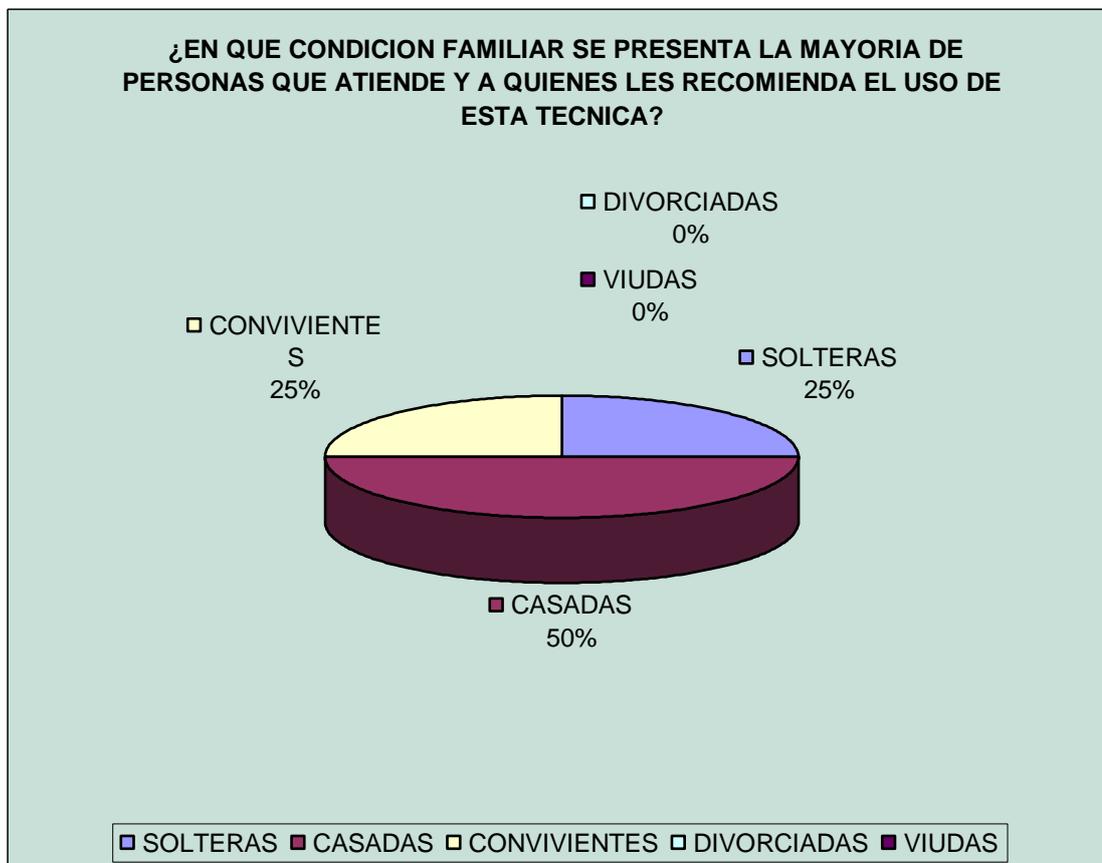
◆ PREGUNTA 3

¿En qué condición familiar o civil se presenta la mayoría de personas que atiende, y a quienes les recomienda el uso de esta técnica asistida?

◆ TABULACIÓN:

OPCIÓN	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SOLTERAS	1	25%
CASADAS	2	50%
CONVIVIENTES	1	25%
DIVORCIADAS	0	0%
VIUDAS	0	0%
TOTAL	4	100%

◆ GRAFICAMENTE SE EXPRESA ASI:



◆ PREGUNTA 4

¿Cuáles son las técnicas que utilizan sus pacientes?

◆ TABULACIÓN:

NÚMERO	RESPUESTA	PORCENTAJE
1	Inseminación Homóloga y Heteróloga.	50%
2	Inseminación artificial con semen de donante fresco, previamente estudiado.	25%
3	Inseminación In Vitro.	25%

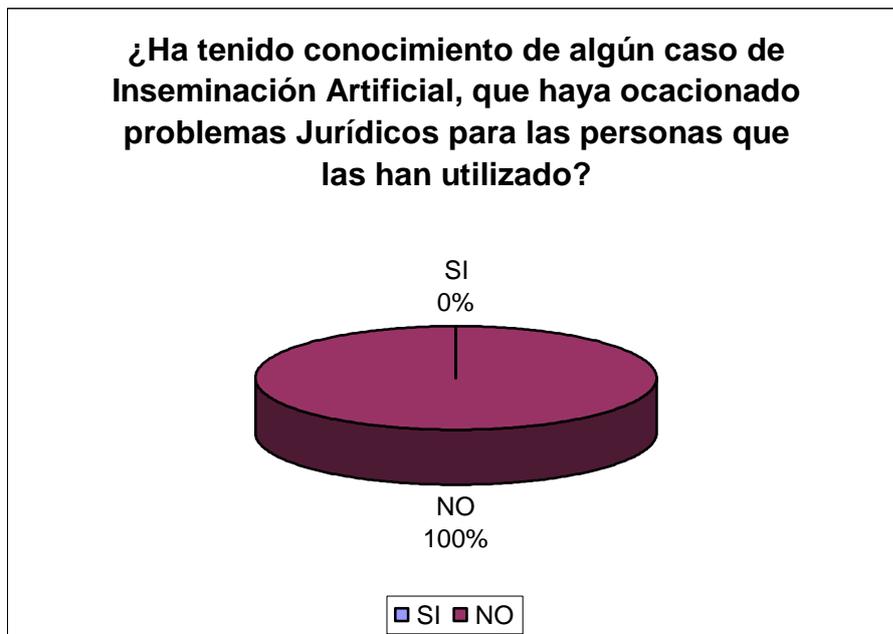
◆ PREGUNTA 5

¿Ha tenido conocimiento de algún caso, en que se haya practicado una Inseminación Artificial, y a consecuencias de ello hayan surgido problemas Jurídicos para las personas que las han utilizado?

◆ TABULACIÓN:

OPCIÓN	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	0	0%
NO	4	100%
TOTAL	4	100%

◆ GRAFICAMENTE SE EXPRESA ASI:



◆ PREGUNTA 6

¿Conoce si existe algún Código de ética (o algún Reglamento Nacional o Internacional), que reglamente la práctica de Inseminación Artificial?

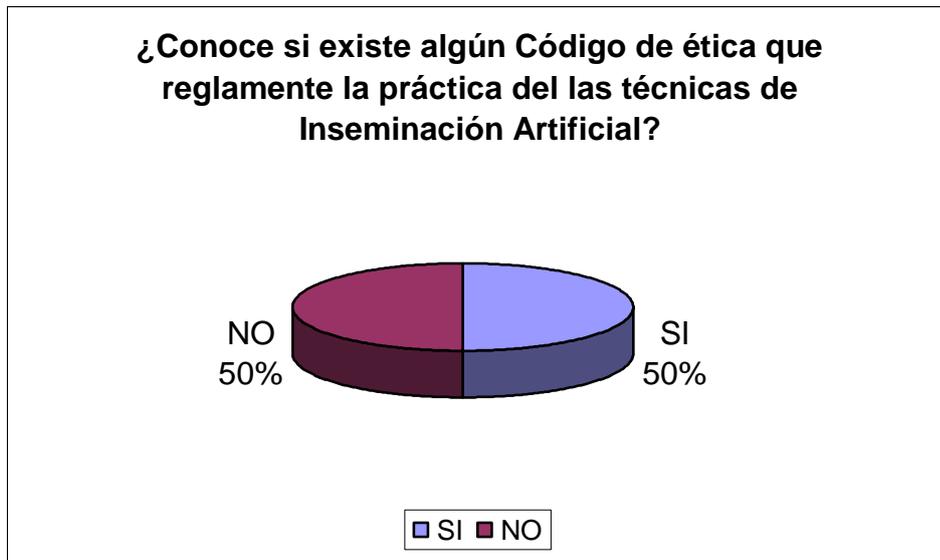
◆ TABULACIÓN:

OPCIÓN	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	2	50%
NO	2	50%
TOTAL	4	100%

Si su respuesta es afirmativa, ¿cuáles conoce?

- Código de American Fertility Society.
- Sociedad de Tecnología de Reproducción Asistida
- Código de Ética Médica

◆ GRAFICAMENTE SE EXPRESA ASI:



◆ PREGUNTA 7

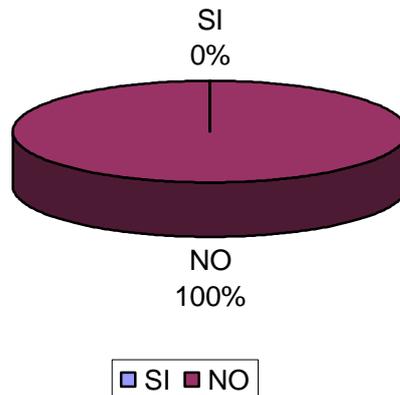
¿Existe alguna entidad que controle o señale parámetros para la práctica de dichas técnicas?

◆ TABULACIÓN:

OPCIÓN	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	0	0%
NO	4	100%
TOTAL	4	100%

◆ GRÁFICAMENTE SE EXPRESA ASI:

¿Existe alguna entidad o institución que controle o señale parámetros o límites para la práctica de dichas técnicas?



◆ PREGUNTA 8

¿Qué rol desempeña el Ministerio de Salud, ante las prácticas de las técnicas en cuestión?

◆ TABULACIÓN:

NUMERO	RESPUESTA	PORCENTAJE
1	Ninguno.	50%
2	Desconoce que desempeñe algún rol.	50%

◆ PREGUNTA 9

¿Cree que debería regularse las Técnicas de Inseminación Artificial?

◆ TABULACION:

OPCION	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	3	75%
NO	1	25%
TOTAL	4	100%

Si su respuesta es afirmativa o negativa, ¿Por qué?

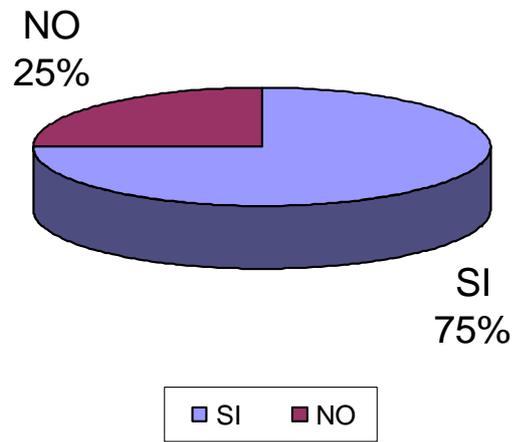
-Si, para evitar el mal uso de esas Técnicas

-Si, porque traen como consecuencias aspectos: jurídicos, éticos y Psicológicos

-No, porque sería una violación a la libertad de las parejas y a la intimidad familiar.

◆ GRAFICAMENTE SE EXPRESA ASI:

¿ CREE QUE DEBERIA REGULARSE LAS TECNICAS DE INSEMINACION ARTIFICIAL?



Interpretación de datos obtenidos en la guía de entrevista realizada a médicos especialistas en fertilidad del área de San Salvador.

Para la obtención de esta información, se visitaron: Hospital Ginecológico, Clínicas y Hospital Pro-Familia y Clínicas Médicas, cabe aclarar que se acudió a ellos, por encontrarse allí los médicos especialistas en Fertilidad, siendo 4 el total entrevistados.

Todos los entrevistados manifestaron conocer las técnicas de Reproducción Asistida y su contenido, lo cual resulta obvio en virtud de ser, como ya se indicó, especialistas en Fertilidad y Fecundación Asistida. Así mismo, atendiendo a su experiencia laboral expresaron que son aplicables en nuestro país, por ser practicadas por ellos.

Por otra parte, el total de los médicos coincidieron en que la mayoría de pacientes a quienes recomiendan el uso la utilización de dichas técnicas, son mujeres casadas, aunque también dicen practicarlas en convivientes y en raras ocasiones a solteras; situación que al estarse realizando, da lugar a la formación de familias monoparentales, a las que con anterioridad nos hemos referido y que es uno de los motivos por los cuales la regulación de esta materia se vuelve cada vez más necesaria.

Como se ha podido observar, este sector expresó que desconocen si sus pacientes o alguna otra persona ha tenido problemas jurídicos surgidos como consecuencia de la práctica de una Inseminación Artificial, de lo que se puede deducir que dichos profesionales respondieron negativamente por temor a que se les pueda responsabilizar de ellos.

Si bien es cierto que no hay regulación en nuestro medio respecto al tema, los médicos tienen conocimiento de la existencia de una normativa internacional, cuya orientación es establecer las reglas éticas para la aplicación de las mismas. No así, la existencia de una institución que los controle o limite para la práctica de aquellas; incluso a nivel nacional, según lo dijeron, el Ministerio de Salud Pública y Asistencia Social No ejerce ninguna función al respecto, lo que a nuestro ver debe ser considerado en la futura que desarrolle la problemática.

Finalmente, la mayoría opinó que sí es necesaria la regulación jurídica de esta materia; primero con la finalidad de que no se haga mal uso de estos métodos asistidos de reproducción y segundo, porque acarrear consecuencias jurídicas, ética y psicológicas a las personas involucradas. Por su parte quienes no están de acuerdo, alegan que ello ocasionaría una violación a la Libertad de las parejas y a la Integridad Familiar.

5.1 CONCLUSIONES

1. El Estado Constitucionalmente está obligado a garantizar Seguridad Jurídica a las personas y para tal efecto se le ha conferido la facultad de crear normas que les garanticen el ejercicio de sus derechos fundamentales, siendo uno de ellos el derecho a la Procreación, de manera que el Estado al no regular la Reproducción Humana Asistida está en flagrante incumplimiento con uno de sus fines por los cuales se ha constituido como tal.
2. Las Técnicas de Inseminación Artificial generan conflictos entre las personas que las utilizan al momento de determinar la filiación, específicamente en la maternidad cuando se recurre a una madre subrogada, ya que la actual regulación de esta institución obedece a la concepción de una familia tradicional en la cual no se concebía otra forma de procreación distinta a la natural.
3. Las Técnicas de Inseminación Artificial son ampliamente conocidas por los médicos, por ser estos especialistas en la materia, no así por los jueces de familia de San Salvador y los Diputados de la Comisión de Familia de la Asamblea Legislativa, de quienes se comprobó el poco conocimiento sobre el tema, manteniendo por tanto, estos últimos principalmente, concepciones erradas.

4. La prueba del parto y la Identidad del nacido establecida en el artículo 136 del Código de Familia como formas de determinar la maternidad no son adecuadas, cuando se recurre a la Maternidad Subrogada, como medio para ejercer el derecho a la procreación frente a la esterilidad, por cuanto la madre gestante puede haber aportado parte del material genético del hijo, atribuyéndosele legalmente la maternidad a ésta.
5. La Falta de regulación de las Técnicas de Inseminación Artificial como muestra del desconocimiento y desinterés del Órgano Legislativo, sumado a la confusión respecto a las formas de determinar la maternidad establecidas en el artículo 136 del Código de Familia, y el desconocimiento sobre aquella por parte de los jueces de familia genera Inseguridad Jurídica al momento de establecer la filiación materna cuando se recurre a aquellas como métodos supletorios a la esterilidad.
6. Cuando se trata de impugnar el vínculo materno filial con ocasión del uso de la Maternidad subrogada, no existe un criterio unificado por parte de los jueces de familia de San Salvador, respecto a la forma de resolver, por cuanto no se cuenta con una normativa que señale parámetros de solución cuando se emplean aquellas.
7. En los casos de Maternidad Subrogada, el derecho del hijo a nacer dentro de una familia puede resultar vulnerado, dependiendo de la valoración adoptada por el juez al momento de resolver los procesos en los que se impugna la maternidad. Se vulnera cuando el juez determina la maternidad conforme al artículo 136 del Código de Familia, sin atender otros aspectos como lo son las condiciones socioeconómicas de la

madre gestante; sucederá lo contrario cuando el juez sobreponga el interés del menor al de la madre, invocando así Convenios y Tratados Internacionales ratificados por El Salvador.

5.2 RECOMENDACIONES

1. El Estado actualmente debe incluir en el Ordenamiento Jurídico Nacional el derecho a la Procreación como un derecho fundamental de la persona humana, siguiendo la tendencia del Derecho Internacional, y de esa forma cumplir con el fin Constitucional de garantizar Seguridad Jurídica a sus habitantes en todas las etapas de su desarrollo, lo que conlleva inevitablemente a regular la Reproducción Humana Asistida.
2. Para que se puedan resolver los conflictos que en materia de filiación surgen en virtud de la utilización de las Técnicas de Inseminación Artificial, específicamente en la Maternidad Subrogada, el Legislador debe adoptar un criterio amplio respecto a la forma en que aquella habría de determinarse. Obviando la verdad legal tradicional y sobreponiendo a esta el principio de la voluntad procreacional.
3. El Consejo Nacional de la Judicatura debe capacitar constantemente a los jueces de familia de San Salvador (Art. 187 inc 2º.), particularmente en lo que concierne a los avances científicos que tengan incidencia jurídica.
4. Para garantizar Seguridad Jurídica a las personas que resultan involucradas (madre – hijo – donante) cuando se utiliza la Maternidad Subrogada, el Órgano Legislativo por mandato Constitucional debe

reformular el Código de Familia, en el sentido de incorporar una nueva forma de filiación, entiéndase Filiación Asistida, lo cual conlleva a regular los derechos Reproductivos y con ello el Derecho a la Procreación, ubicándose dentro de este las Técnicas de Reproducción Asistida, tarea que se puede facilitar tomando en cuenta las consideraciones ofrecidas por Comités y Organismos Internacionales, así como las regulaciones y disposiciones vigentes en diversos países como Alemania, Suiza y Suecia, entre otros quienes tratan de proteger al ser humano desde la concepción. Sin que ello implique la omisión de un debate de la problemática con los diversos sectores involucrados en el país.

✓ Líneas Directrices o principios de la Posible Regulación:

✨ Distinguir frente a la Filiación Natural, una especie de Filiación Formal No Biológica o genética para los supuestos de fecundación asistida con la aportación de gametos o colaboración en la gestación de tercera persona, similar a la filiación Adoptiva, también meramente civil, sin perjuicio de que funcionalmente constituyan paternidad y maternidad jurídica (con todos los efectos y responsabilidades correspondientes) las de quienes son considerados como tales sin ser progenitores.

✨ En las Fecundaciones Asistidas con aportación de gameto de tercera persona, el elemento más relevante del nacimiento (en cuanto causa última y eficiente) y en la determinación de la paternidad / maternidad del nacido es la Voluntad de que ese ser nazca, manifestada a través del consentimiento para la Inseminación Artificial

Donante o Fecundación In Vitro. En cuanto a la Paternidad en concreto, el prestado por el marido o compañero de la mujer inseminada o en la que se implante el embrión. Ese debe de constituir el criterio de atribución de Paternidad y el que debe permitir la inscripción en el registro del estado familiar del nacido, para lo que deberá ser suficiente (tanto en la filiación matrimonial como extra matrimonial) el documento auténtico en que se preste aquel consentimiento, y la prueba de la efectiva Inseminación Artificial Donante o In Vitro o gestación en sustitución (según sea el caso), para lo que deberá bastar el certificado médico en el que conste haberse llevado a cabo.

✨ Los donantes de gametos no deben ser considerados, en principio, Padre o Madre en ningún caso, ni deben ser responsables frente al nacido del gameto por él aportado.

✨ Debe concederse al Nacido por inseminación artificial donante un explícito derecho a tener acceso a datos biogenéticos y caracterológicos del donante de gameto que el centro especializado donde aquella se efectuó, debe poner a su disposición en interés de su salud. Tal derecho al conocimiento de la identidad del donante no deberá comportar ninguna relación jurídica, ni la posibilidad de reclamaciones de ningún derecho recíproco, estableciéndose claramente. Dicha situación deberá ser advertida al donante, antes de la cesión de sus gametos.

☀ Debe excluirse no sólo que el donante de gameto pueda reclamar cualquier relación jurídica con el nacido de Inseminación Artificial Donante sino incluso el conocimiento de su existencia o identidad, sin perjuicio de prever excepciones suficientemente justificadas, en cuyo caso deberán ser advertidos de esa posibilidad la pareja que decide el nacimiento del hijo con esa colaboración del que aporta el gameto y sus riesgos.

☀ También resulta conveniente que el legislador determine un organismo competente para que vigile estas prácticas, el cual lógicamente deberá ser el Ministerio de Salud Pública y Asistencia Social, en nuestro caso en particular.

5. Se debe señalar en el apartado especial- que se ha propuesto- los parámetros bajo los cuales los jueces de familia determinen el vínculo materno filial en los casos de Maternidad Subrogada, con base a la Voluntad Procreacional y al interés superior del Menor.
6. En casos de Filiaciones Asistidas los jueces deben tener siempre como prioridad, al momento de resolver, el interés superior de menor, por cuanto es el interés más digno de proteger en virtud de que este sujeto involucrado no ha tenido la posibilidad de disidir sobre la utilización de la técnica.
7. Para resguardar el derecho a la Identidad del hijo, se debe imponer en la futura Legislación límites al derecho de anonimato del donante (óvulo-semen) cuando se utilice cualquier Técnica de Inseminación Artificial,

por cuanto no se debe privar al niño de saber de quién proviene gameto que posibilitó su nacimiento.

BIBLIOGRAFÍA

LIBROS:

1. **Auge**, Claude y Paul, “Nuevo Pequeño Larousse. Ilustrado. Diccionario Enciclopédico”, adaptación Española de Toro y Gisbert, España, Cuadragésima Edición, 1994.
2. **Azpiri**, Jorge Oswaldo, “Enciclopedia Derecho de Familia”. Tomo II. Divorcio – Matrimonio, Editorial Universitaria, Buenos Aires, Primera Edición, 1992.
3. **Bossert**, Gustavo A. y **Zannoni**, Eduardo, “Manual de Derecho de Familia”, Editorial Astrea, Buenos Aires, Quinta Edición, 1998.
4. **Cabanellas**, Guillermo, “Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual”, Tomo IV, Editorial Heliasta S. R. L. Buenos Aires, Vigésima Edición, 1989.
5. **Calderón de Buitrago**, Anita et. al. , “Manual de Derecho de Familia”, San Salvador, Tercera Edición, Talleres Gráficos UCA, 1996.
6. **Comisión Coordinadora para el Sector Justicia**, “Documento Base y Exposición de Motivos del Código de Familia”, Tomo I, El Salvador, Primera Edición, 1994.

7. **Criollo**, José Ernesto, “Memoria del VII Congreso Mundial sobre Derecho de Familia”, Publicación Financiada por el Proyecto de Reforma Judicial II, USAID, San Salvador, El Salvador, Primera Edición, 1992.
8. **Gómez Piedrahita**, Hernán. “Problemas Jurídicos de la Inseminación Artificial y la Fecundación Extrauterina en Seres Humanos”. Ediciones Librería del Profesional, Bogotá, Primera Edición, 1984.
9. **Gómez Vila**, Marcela, “Biojurídica. La Nueva Genética ante el Derecho”. Editorial Lerner. Madrid, Primera Edición, 1989.
10. **González de Cancino**, Emilssen, “Los Retos Jurídicos de la Genética”, Centro de Estudios sobre Genética y Derecho, Universidad Externado de Santa Fé de Bogotá, Primera Edición. 1995.
11. **Montero Duhalt**, Sara, “Derecho de Familia”, Editorial Porrúa S.A. de C.V. México. Segunda Edición, 1984.
12. **Pregno**, Elián, “Segundo Congreso Internacional Derechos y Garantías en el Siglo XXI: Hombre, Genética y Derecho”, Buenos Aires, 2001.
13. **Ramos R.** De Veciana. “La Eutelegenecia ante el Derecho Canónico”, Editorial Bosh. Barcelona. Tercera Edición, 1957.

14. **Rivera Hernández**, Francisco, Ponencia: “La Verdad Biológica y las Relaciones de Filiación derivadas de la Inseminación Artificial”, en: La Filiación a Finales del Siglo XX. Problemática planteada por los Avances Científicos en materia de Reproducción Humana, Editoriales Trivium, Primera Edición, España, 1989.

15. **Ruiz**, Silva, Ponencia: ”Fecundación Humana Asistida”, en: La Filiación a Finales del Siglo XX. Problemática planteada por los Avances Científicos en materia de Reproducción Humana”, Editoriales Trivium, Primera Edición, 1989.

16. **Segundo Congreso Mundial Vasco**. “La Filiación a Finales del Siglo XX. Problemática planteada por los Avances Científicos en materia de Reproducción Humana”. Primera Edición. Editoriales Trivium. 1989.

17. **X Congreso Mundial de Derecho de Familia**, “El Derecho de Familia y los Nuevos Paradigmas. Ponencias. Comisión 1”, Argentina, Primera Edición, 1998.

18. **Zanoni**, Eduardo A. et. al. “Derecho de Familia”, Rubinzal - Culzoni Editores. República de Argentina. Quinta Edición, 1990.

Tesis:

1. **Escobar de Arias**, Victoria de los Ángeles & Otros. “En qué medida se utiliza la Prueba Científica en el Reconocimiento del Hijo”. Trabajo de Graduación para Optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas, Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales, Universidad Tecnológica de El Salvador, San Salvador, 1998.
2. **Mena Rivera**, Lila del Carmen. “El Proceso de Declaratoria Judicial de Paternidad”. Monografía para Optar al grado de Licenciada en Ciencias Jurídicas, Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales, Universidad Salvadoreña Alberto Masferrer, San Salvador, 1998.

REVISTAS:

1. **Andorno**, Roberto, “El Derecho frente a la Nueva Eugenesia. La Selección de Embriones In Vitro”. Revista Chilena de Derecho. Vol. 221. Número 2, Santiago de Chile, Primera Edición, 1994.
2. **GARCÍA RUBIO**, María Paz, “La Experiencia Jurídica Italiana en Materia de Fecundación Asistida. Consideraciones respecto del Derecho Civil Español”. Revista Tapia. Año VII. No. 36. España. Octubre 1987.

LEGISLACIÓN:

1. Constitución de la República de El Salvador
2. Convención sobre los Derechos del Niño
3. Código de Familia
4. Ley Procesal de Familia

DIRECCIONES ELECTRÓNICAS:

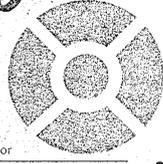
1. “Derechos Respecto a la Procreación y Derechos Humanos”,
<http://www.eurosur.org/futuro/fut71.htm>.
2. **Berni**, Adriana Elizabeth, “Maternidad en la Fecundación Asistida”,
http://lucreciamontegudo.com.ar/hed/cardesa/www/ponencias_faca.htm.
3. “El Marco Internacional de los Derechos Humanos”,
http://www.crlp.org/espww_issues.html.
4. **García Cantero**, Gabriel, “La Filiación en el caso de la Utilización de Técnicas de Reproducción Asistida”.
http://www.bioeticaweb.com/Comentarios_juridicos/la_filiacion_en_el_caso_de_la_ut.htm.

5. **Benavente**, Sergio, “Principales Innovaciones respecto de la Filiación en el Código Civil Chileno”,
<http://www.encolombia.com/etica-médica-capítulo-VIII-partez.htm>.
6. **Sánchez Torres**, Julio y **Córdoba**, Jorge Eduardo, “Maternidad o Gestación Subrogada. Maternidad Compartida”, Asociación Argentina de Derecho Médico.
http://www.saludline.com.ar/derechomédico/home/aadm/po_010.htm/

PERIODICOS:

1. Foro Judicial, Publicación mensual auspiciada por FESPAD, y sus centros ejecutores, Sección Doctrina, “El Desafío Bioético de la Fecundación Asistida. Necesidad de Protección Jurídica del Embrión Humano”. Año I - Número 8, diciembre, 1995.
2. La Prensa Gráfica, Sección Vivir Tu Salud, “La Ilusión que no se Cumple”, San Salvador, El Salvador, Domingo nueve de noviembre, 2003.
3. La Prensa Grafica, Sección Vivir Tu Salud, “Fertilización In Vitro. A un Paso de ser Padres”, San Salvador, El Salvador, Domingo 23 de noviembre, 2003.

ANEXOS



El desafío bioético de la fecundación asistida. Necesidad de protección jurídica del embrión humano.

Por Dolores Loyarte y Adriana Esther Rotonda.

DIRECTOR:
Francisco Díaz Rodríguez

REDACCIÓN:
Héctor Ventera, María Silvia Guillén de
Casta, Luis Salazar, Delmy Mejía,
Gabriel Abrego y René Castellón.

COLABORADORES:
García, Rina Aldano, María González,
Lombardi, Rosendo Manzano, Rogelio
Jairo Campos, Astor Escalante, Nelson
Ríoño Nieto, Rafael Carranza, Luciano
Iovato, Francisco Zepeda,
Jairo Montoya, Edgardo Anaya.

DIRECCIÓN:
Pje Los Pinos # 8,
Urbanización La Florida
San Salvador
El Salvador
Tel./FAX: (503) 225 1556
Apdo. Postal 2806.

© FORO JUDICIAL
DERECHOS RESERVADOS: FESPAD

I. PLANTEO DEL TEMA

Las nuevas formas de reproducción o procreación humanas, constituyen una verdadera revolución biológica hoy día.

En nuestro país, el atraso normativo en la materia plantea la urgente necesidad de sancionar leyes especiales en las que se cuente para su elaboración con una visión interdisciplinaria que garantice una sólida congruencia entre los aspectos biológicos, médicos, éticos y filosóficos de este tema.

La esencia del Derecho interpretar no sólo la realidad de lo que acontece con la conducta humana en la práctica -plano ontológico-, sino, fundamentalmente, arribar a definiciones deontológicas, como inspiradoras de lo que dicha conducta humana "debe ser". Sin duda, en la hora actual, el "deber ser" del obrar humano no puede

SUMARIO

- I. Planteo del tema.
- II. La Bioética en el Derecho
- III. Necesidad de una protección jurídica del embrión:
 - III.1. Visión biomédica.
 - III.2. Visión biojurídica.
 - III.3. Corolario
- IV. Nuestra posición en algunas jornadas sobre el tema. - V. Reflexiones finales.

transformarse en una mera abstracción vacía, alejada de la realidad. Por ello, la ética que informa habitualmente nuestro pensar jurídico adquiere en la actualidad un particular sentido frente al compromiso moral con las generaciones futuras.

Hoy más que nunca se hace necesaria una verdadera "solidaridad con nuestra especie", ante la acuciante pre-

ocupación por la supervivencia del hombre, no sólo desde un punto de vista físico u orgánico, sino especialmente desde el ángulo cultural y -valga la redundancia- humano propiamente dicho 1.

Este compromiso no puede ni debe agotarse o limitarse temporalmente. Es necesario ser conscientes de que el actual desarrollo tecnológico en el ámbito de la biogenética puede poner en peligro el "patrimonio genético" de la humanidad si se permiten las más aventuradas intervenciones en la formación de las futuras generaciones. Hoy es posible observar, no sin asombro, que el desarrollo biológico humano puede ser constatado, analizado, y ahora también modificado e interrumpido con intervenciones artificiales, en una dimensión imposible de imaginar años atrás.

o la página siguiente...

La ilusión que

UTILIZACIÓN VITRO

esperanzas de tener a jamás se debent. El éxitara cuando enpos de falopio es- talmente obstruidas, para vencer este pro- i también existen al- lras como la cirugía. de falla, la fertiliza- vitro sí podría ser alternativa.

El paso

lencia consiste en ar los ovarios para recan los folículos os, dentro de los van los óvulos.

deben estar en una de desarrollo apro- Después de esto, el os aspirará por ul- sografía vaginal, ayu- se de una aguja. A fónica se le llama re- dón de óvulos.

puente paso es inca- en una máquina ll- incubadora de ga- s. Pasado un tiempo, células serán fecun- ción el semen del ge que ha sido obte- r masurbaución.

resultados se verán de días después, ó el especialista sa- chos óvulos del cie- nicial y se asegure e están fecundados.

procedimiento ha resultado, los devol- la cavidad uterina madre.

semanas después, se mará el éxito o el ó del procedimiento na prueba de rzo.

Dr. Doctor José Roberto a, director del programa reucción del Hospital o Ginecológico. Teléfono: 893.247-1122 ext. 1158 ón: Colonia Médica, al Luis Edmundo Vá- s-hospital Centro Gineco-

La ilusión de muchos matrimonios es formar más que un hogar, una familia. Algunas veces este sueño es difícil de lograr debido a problemas físicos en la pareja; pero siempre existe una esperanza.

ROCÍORIVAS
vivir@laprensa.com.sv

Muchas parejas al casarse deciden esperar un tiempo prudencial para engendrar a sus hijos. Planifican entonces con algún método anticonceptivo y todo marcha bien.

El problema puede surgir en un 15% de las parejas que sueñan con tener a un bebé entre sus brazos.

Ellos, a pesar de llevar por más de un año una vida sexual plena y sin ningún tipo de protección, no logran concebir.

En este momento generalmente se cree que la esposa no es fértil. Y puede que ella se someta a todos los tratamientos que existen, sin obtener ningún resultado. La razón podría ser que, aunque en el 60% de los casos su cuerpo tiene una cuota de responsabilidad, también el cónyuge podría tener ciertos problemas en sus esper-



ÉSTA ES UN ARMA contra enfermedades venéreas.

matozoides, siendo esta última la razón, en un 40% de los casos, la que les ha impedido ser padres.

Un problema de dos

"Yo tuve un accidente que afectó mis órganos reproductores, por eso no podíamos tener hijos", recuerda Roberto P.

Para una pareja, este problema puede provocar tristeza, frustración o incluso la desintegración de su matrimonio. Pero según cuenta Roberto, él tuvo un gran apoyo y comprensión por parte de su esposa.

"Tomamos conciencia del problema y lo aceptamos maduramente. Luego decidimos buscar ayuda", comentó.

Causas y soluciones

Las razones de la infertilidad en la pareja pueden variar desde accidentes que dañaron órganos reproductores, la falta de ovulación, hasta la falta de espermatozoides.

Lo importante es saber cuál de estos problemas lo está dañando y buscar una solución apropiada.

Las veces necesarias

Roberto y su esposa, por su parte, se sometieron a un proceso llamado inseminación artificial. Ellos sabían que gracias a este método tres de cada 10 mujeres pueden cumplir su sueño de ser madres, por eso jamás pensaron que a la primera vez de intentarlo lograrían sus sueños.

Ellos tuvieron que someterse ocho veces a dicho proceso. Y aunque, según cuenta, pasaron muchos momentos de sacrificio y tensión, al final ambos se vieron recompensados.

Lo mismo puede pasar con otras parejas que hasta el momento no hayan podido concebir.

Ellas, al igual que Roberto y su esposa, deben tener fe, perseverancia y conciencia de que el proceso que inician no es nada fácil. Se necesita el apoyo del cónyuge para sobrellevar ciertas incomodidades y frustraciones. Pero al final, este sacrificio puede verse recompensado con la alegría de ser padres.

UN POCO DE AYUDA

Aparte de la relación coital, existe otra manera con la que los cónyuges pueden llegar a ser padres.

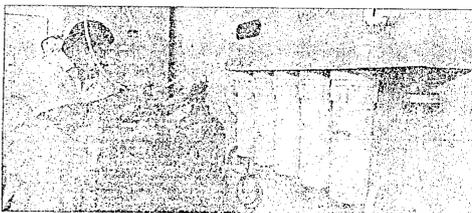
Este procedimiento, conocido como fertilización asistida, puede variar dependiendo del problema que ha causado la infertilidad en la pareja.

Por ejemplo, cuando el semen del esposo es deficiente, tiene bajo número y una baja movilidad, la inseminación artificial homóloga es la más adecuada para concebir.

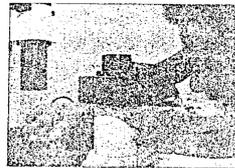
En el laboratorio, con medios de cultivo y nutrientes se puede mejorar el semen del esposo. Se trata: se incuban por unas horas y después se hace la inseminación a la esposa cuando ella está ovulando, afirma el especialista.

Mientras que cuando el esposo no posee ningún espermatozoide, se puede hacer la inseminación artificial heteróloga, con el semen congelado de un donante.

Este procedimiento incluye exámenes exhaustivos para garantizar que el semen no está contaminado con ninguna enfermedad.



CON AGUA DESIONIZADA (cinco veces desilizada) se lavan los espermatozoides y los óvulos. Se usa este tipo de agua, pues es parecida a los líquidos corporales.



EL MICROSCOPIO INVERTIDO se utiliza para ver si el óvulo y el espermatozoide están unidos.



EN UNA INCUBADORA ESPECIAL son depositados los óvulos. Las condiciones de humedad, luz y demás son parecidas a las de vientre materno.

ENFERMEDADES. **Y CORAZÓN.** LOS MÉDICOS HAN AVERIGUADO QUE LA CONDICIÓN PSÍQUICA TIENE UN GRAN IMPACTO EN EL ORIGEN Y LA EVOLUCIÓN DE ENFERMEDADES CARDIOVASCULARES, NO SÓLO EL ALMA, SINO TAMBIÉN EL CUERPO SUFRE BAJO EL ESTRÉS PRODUCIDO POR EL ENOJO, EL CINISMO Y LA AGRESIVIDAD.



10 cosas que cumple

El doctor José Roberto Bonilla, del programa de reproducción del Centro Ginecológico, la principal causa de infertilidad femenina es la anovulación. La infertilidad generalmente se debe al síndrome de ovarios poliquísticos (SOPQ). En algunas mujeres, el diagnóstico puede detectarse tempranamente, incluso desde la pubertad, y puede ser eliminado a base de mejor recepción hormonalmente puede recurrir a cirugía.

El doctor Bonilla, más del 60% de las mujeres tratadas por este mal pueden tener bebés.

Los problemas vienen cuando el SOPQ no responde al tratamiento a tiempo. El problema puede causar, aparte de la diabetes, resistencia a la insulina y por lo tanto está expuesta a la diabetes tipo 2, las enfermedades cardiovasculares o infartos al corazón.

En algunas de estas enfermedades, el desequilibrio hormonal (estrogenos y progesterona) que viven las pacientes puede dar lugar a problemas de memoria y depresión, lo que puede causar cáncer.

Enfermedades pélvicas inflamatorias

«Los mismos gérmenes que han atacado al hombre pueden atacar a la mujer y hacer que la pareja no pueda concebir.

«En la mujer causan infertilidad porque cierran la luz de las trompas debido a las inflamaciones provocadas por la infección», afirma el doctor Bonilla.

«Es importante aclarar que si usted posee alguna de enfermedad transmitida por vía sexual, su pareja también debe ser vista y tratada por un especialista.

«De lo contrario, el tratamiento no será efectivo, ya que su cónyuge seguirá sufriendo dicho mal y transmitiéndoselo a usted.

10 cosas que cumple

«Es importante aclarar que si usted posee alguna de enfermedad transmitida por vía sexual, su pareja también debe ser vista y tratada por un especialista.

- Retardar la edad del primer coito.
- Sólo tener una pareja sexual.
- Seleccionar bien la pareja.
- Usar preservativos.

La esterilización, una causa de infertilidad muy nuestra

«Como somos un país bien poblado, tenemos servicios de planificación familiar que sirven esterilización quirúrgica en todo el país. Las mujeres se esterilizan bien jóvenes y luego se arrepienten», comentó el médico.

Y es aquí donde surgen los problemas. Para concebir otro hijo se debe someter a una operación llamada reanastomosis tubaria, que revierte el proceso.

«El hospital de Maternidad es el único que realiza estas operaciones y tiene gente entrenada para eso», afirma el galeno. Además de ello, aclaró que no importa si la paciente tiene ligada o seccionadas sus trompas de falopio, el pronóstico es similar.

«El grado de dificultad para la reparación de las trompas siempre será el mismo. Pues la parte ligada de todas maneras se necrosa o muere. Es como si hubieses sido seccionadas», aclaró.

INFERTILIDAD

«No todo un matrimonio puede tener hijos, la responsabilidad no sólo es de la esposa. También el hombre tiene su gran cuota de responsabilidad.



fuente: Roberto Bonilla, especialista en Ginecología y Obstetricia

COPIA LA PRENSA/OSCAR CORVERA

10 cosas que cumple

«Mientras que del lado masculino, la principal causa de infertilidad se debe a problemas con los espermatozoides.

«Entre éstos se pueden mencionar la poca o ninguna presencia de espermatozoides, que éstas células no tengan suficiente movilidad o la forma apropiada.

«Pero para alivio de muchos, estos defectos no siempre son congénitos.

«Algunas veces se puede evitar al no contagiarse con enfermedades de transmisión sexual, especialmente cuando están involucrados gérmenes como la clamidia o la gonorrea.

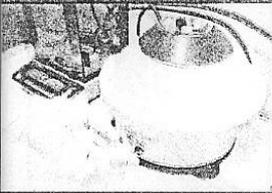
DOMINGO 23 DE NOVIEMBRE DE 2003

Hace unas semanas, Carolina y Yanover Letona viajaron desde Virginia, Estados Unidos, hasta El Salvador. El motivo de su viaje era algo fuera de lo común. Ellos regresaron a su tierra natal para cumplir su más grande sueño: ser padres.

Recorrido por una fertilización in vitro

Realizar una fertilización in vitro no es nada sencillo. Al contrario, se necesita de la presencia de varios especialistas; además de un tratamiento especial que no termina con la deposición en el útero o la matriz del óvulo fecundado.

Por tal razón, pueden existir muchos temores o dudas sobre el procedimiento. Para aclararlos, el doctor Jesús Roberto Bonilla, jefe de la unidad de fertilidad del Hospital Centro Ginecológico, y Elizabeth Cruz, bióloga del programa de fertilización in vitro, explican paso a paso cómo se realiza esta alternativa médica.



Una maestra centrifuga, donde se capacitan los espermatozoides.



FOTOS DE LA PREGNANCIA DE CAROLINA LETONA. El equipo médico libera los óvulos de Carolina.

ROCÍORIVAS

www.rociorivas.com.es

La ilusión de formar una familia siempre está latente en los matrimonios. Cuando este sueño es casi imposible de realizar debido a ciertos problemas en el organismo del hombre o de la mujer, la ciencia puede convertirse en un aliado.

Intentos fallidos

El amor del matrimonio Letona es grande. Y para perpetuar este amor que ya lleva más de 16 años de edad, Carolina y Yanover deseaban ser padres.

Lamentablemente todos los métodos a los que se sometieron no dieron resultado. La razón era que Carolina padecía de ovarios poliquísticos y obstrucción tubaria.

“Con una ultra descubrieron que yo tenía los ovarios muy grandes. Los óvulos no maduraban, ni podían bajar por las trompas de Falopio”, recordó Carolina.

Una vez descubiertas dichas enfermedades, y des-

pués de analizar sus posibilidades económicas, el matrimonio viajó desde Estados Unidos hasta su país, El Salvador.

Aquí Carolina se sometió a una operación, para luego regresar a su hogar.

Último recurso

De volver en casa, Carolina siguió sometiéndose a diferentes tratamientos, sin resultado. Fue por eso que se decidieron por la fertilización asistida.

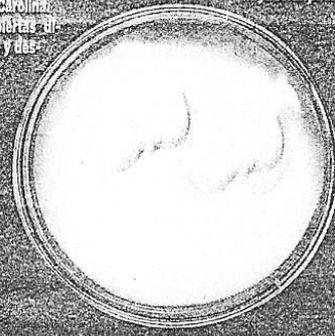
“Nosotros ya no queríamos esperar, por eso decidimos someternos a la fertilización in vitro”, comentó Carolina.

Después de investigar mucho, regresaron nuevamente a El Salvador.

Ahora, una semana después de la fertilización in vitro, todo va caminando adecuadamente. Carolina ha sido dada de alta y ya está lista para regresar a Estados Unidos.

Dentro de poco, en tierras lejanas, ella se realizará la prueba de embarazo. Si todo fue un éxito, para agosto, los esposos Letona ya serán padres.

in
A un



ESTIMULACIÓN OVÁRICA

El primer paso, después de haber recibido toda la información necesaria sobre lo que ocurrirá durante el procedimiento, es un período donde la esposa será inyectada con hormonas FSH (Folículo Stimulant Hormones).

La misión de este medicamento es estimular a los folículos ováricos; dentro de los cuales se encuentran los óvulos.

LOS MEDIOS DE CULTIVO

Un día antes de la aspiración de óvulos, se le extrae al paciente unos 50 centímetros cúbicos de sangre.

De aquí se extraerá el suero que se utilizará

para en la preparación de los medios que, además de otros nutrientes, estarán en contacto con los óvulos.

Este suero, que es rico en proteínas, es separado de la sangre por medio de una máquina centrífuga.

“Luego, con una especie de “baño María” será purificado.”

RECOLECCIÓN DE GAMETOS

El mismo día en que se llevará a cabo la extracción de óvulos, el esposo debe proporcionar sus espermatozoides.

Este procedimiento se da con ayuda de la masturbación.

Luego, el semen es depositado en un recipiente y llevado hasta el laboratorio.

“Allí, la especialista deposita el semen en unos tubos en espera de ser utilizados.”

En cada uno de ellos agrega un medio de cultivo que los capacita y mejora la calidad y el movimiento de los espermatozoides.

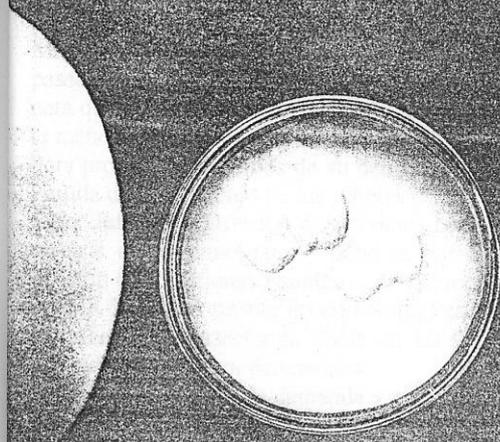
La máquina centrífuga se encargará de que los espermatozoides reciban los nutrientes necesarios para que puedan estar capacitados para la fecundación.

Después de reposar durante cinco o seis horas en la máquina incubadora, la bióloga escogerá los mejores espermatozoides.

ENFERMEDADES. **GRUPE.** LA GRUPE NO ES UNA ENFERMEDAD "PELIGROSA", Y LA MAYORÍA DE LA GENTE SE RECUPERA EN UN PAR DE SEMANAS. SIN EMBARGO, EXISTEN DETERMINADOS GRUPOS DE RIESGO EN LOS QUE LAS COMPLICACIONES DE LA ENFERMEDAD, UNA NEUMONÍA, POR EJEMPLO, PUEDEN LLEGAR A SER MORTALES.



Fertilización vitro Paso de ser padres



útero materno la cual es conocida como incubadora de gametos.

Cuatro o seis horas después los óvulos son examinados e inseminados.

COMPROBACIÓN DE FERTILIZACIÓN

Una vez realizado este procedimiento, los óvulos son regresados a la matriz artificial.

Allí permanecerán en un promedio de 44 ó 48 horas.

Durante este lapso, aproximadamente a las 22 horas, los óvulos son revisados en un microscopio invertido.

Desde ese momento se puede ver la unión espermatozoide-óvulo.

LOS GAMETOS CRECEN

Una vez han transcurrido las 44 ó 48 horas, los médicos deben verificar si han crecido los embriones. Generalmente este crecimiento equivale de dos a seis células embrionarias.

LA RECTA FINAL

Una vez los óvulos y los espermatozoides se han convertido en embriones, serán regresados y colocados en el útero materno.

Esta operación es rápida, por lo que la paciente no necesita anestesia; además, el esposo puede estar presente para ser la fortaleza de la futura madre.

En el caso del matrimonio Letona, gracias a un catéter de transferencia, fueron depositados cuatro óvulos fecundados en el cuerpo de Carolina.

Según las estadísticas, cuando se transfieren de cuatro a tres óvulos, la posibilidad de que se implante uno es del 25 al 30 por ciento.

ÚLTIMOS CONSEJOS

Después de que los embriones regresan al útero materno, la paciente debe permanecer en reposo y descansar, como el médico le indique, para no correr ningún tipo de riesgo.

Luego, el doctor le dará las últimas indicaciones para que pueda regresar a casa.

Entre estas están el tiempo en que ella recibirá la hormona progesterona; y en el caso de Carolina, si necesitará de una medicina especial debido a las secuelas que le dejaron los ovarios poliquísticos.

MOMENTO DE LA VERDAD

Dos semanas después de realizado el procedimiento, el matrimonio deberá acudir al médico para que pueda realizarse una prueba de embarazo.

Si esta resulta positiva, dentro de aproximadamente en cuarenta semanas, el sueño podrá ser realidad.

Si, al contrario, en esta oportunidad el tratamiento no fue un éxito, no debe considerarse como una derrota.

Quizá más adelante, cuando el cuerpo de ambos esté mejor preparado, pueden hacer un nuevo intento para cumplir el sueño de ser padres.



CAROLINA junto a su esposo luego del procedimiento.

través de una gura especial llegará hasta los folículos.

Una vez allí, aspirarán con una jeringa y el óvulo se deslizará hacia el recipiente.

Este líquido folicular, donde se espera encontrar los óvulos, es trasladado inmediatamente hacia el laboratorio.

En el laboratorio, la bióloga buscará los mejores óvulos.

En el caso de Carolina, los médicos lograron extraer seis óvulos.

ANTES DE LA UNIÓN

Después de que los óvulos son limpiados, seleccionados y depositados cuidadosamente en unos platos especiales (conocidas como cajas de petri), son trasladados hacia una máquina que hace las veces del

RACCIÓN VULOS

El semen ha sido colectado, la preparada para entrar a la sala antes donde se llevará a cabo el

lo a la anestesia, ella dormirá mientras que los especialistas en

de ultrasonografía buscarán. Una vez que son encontrados, introducirá una aguja, la cual a

SENTENCIA DE LA CAMARA DE FAMILIA. APELACIÓN. TÉCNICAS DE INSEMINACIÓN ARTIFICIAL

12-95

CAMARA DE FAMILIA DE LA SECCION DEL CENTRO: SAN SALVADOR A LAS NUEVE HORAS CON TREINTA MINUTOS DEL DIA TRECE DE JULIO DE MIL NOVECIENTOS NOVENTA Y CINCO.

El presente recurso de Apelación ha sido interpuesto por el Lic. (***) en calidad de Apoderado de la señora (***), mayor de edad, Secretaria Comercial, de este domicilio, de la sentencia definitiva proveída por la señora Jueza Segundo de Familia de esta ciudad en el proceso de Impugnación de Reconocimiento Voluntario de Paternidad, contra (***), de siete años de edad, representada por sus padres (***) y por (***), empleado y secretaria respectivamente, ambos de este domicilio. El Apoderado del señor (***) es el Lic. (***) quien sustituye a la Lic. (***); y el Apoderado de la señora (***) es el Lic. (***) quien sustituye al Doctor (***). En esta instancia comparecieron los Licenciados (***) y (***), sustituido por el Lic. (***) y el Doctor (***), Procurador de Familia Adscrito a esta Cámara.

VISTOS LOS AUTOS Y CONSIDERANDO:

I. Que en la demanda de fs. 1, 2 y 3 de la pieza principal, el Lic. (***) expone en lo esencial: Que la señora (***) es cónyuge del señor (***) que éste reconoció voluntariamente como hija suya a la menor (***) el día veintitrés de agosto de mil novecientos ochenta y ocho; y que es imposible que el señor (***) haya engendrado a dicha menor, debido a que éste se le practicó una vasectomía bilateral en el Hospital Militar, el primero de septiembre de mil novecientos setenta y uno; que el día veintidós de agosto del año pasado fue citado a la Procuraduría General de la República por la señora (***), madre de la menor (***) para que le proporcionara alimentos. Es por eso que ella solicita que en sentencia definitiva se declare que la menor (***) no es hija del señor (***) y que se mande a rectificar la partida de nacimiento respectiva. Para probar los extremos de su demanda ofreció las pruebas siguientes: Instrumental: Certificaciones de Partida de Matrimonio de los señores (***), de nacimiento de la menor (***), constancia extendida por el señor Jefe de la División de Servicios Médicos del Hospital Militar; una certificación del resultado de análisis de espermograma extendida por el Laboratorio Somes; esquila de citación expedida por la Sección de Relaciones Familiares de la Procuraduría General de la República, la compulsión del expediente (59-LR-94) de la misma Procuraduría; Pericial: Se nombre perito en medicina para que dictamine sobre los efectos de vasectomía doble en las facultades reproductoras y sobre si el señor (***) ha podido engendrar a la menor demandada.

II. Una vez admitida la demanda y emplazados los demandados, el Doctor (***) como Apoderado de la señora (***) en escrito de fs. 20 y 21 de la pieza principal, contestó la demanda en sentido negativo y opuso las excepciones dilatorias de oscuridad e informalidad de la demanda ya que se pide que en sentencia definitiva se manifieste que el señor (***) es el padre de la menor (***) a pesar de que existe partida de nacimiento en la que expresa que este señor es el padre de la misma; y porque en la demanda no dice cual es el interés actual de la demandante; además alego la excepción de prescripción del derecho impugnar la paternidad aunque lo correcto es decir caducidad de la acción.

La Jueza a quo, tuvo por parte a la señora (***) en su carácter de representante legal de la menor (***), en su calidad de madre y le dio intervención al Doctor (***) como Apoderado de la misma; además tuvo por opuesta y alegada la excepción de caducidad de la acción y previno al Doctor (***) que manifestará los medios de prueba con los que haría valer su oposición Art. 46 Inc. 2º L. Pr. F.; y declaró sin lugar las excepciones de oscuridad e informalidad de la demanda, según el Art. 7 Lit. f) de la misma ley.

III. El día veintisiete de marzo del presente año se celebró la audiencia preliminar en la que estuvieron presentes la Procuradora de Familia, la demandante con su respectivo apoderado y el demandado señor (***). La demandada señora (***) no compareció y por esa razón se omitió la audiencia conciliatoria; seguidamente se pasó a la fase sancionadora en la cual se determinó que la parte demandada no ha determinado los medios probatorios para hacer valer su derecho y alegó la situación prevista en el Art. 151 del C.F.; la Jueza dijo que se refería ese artículo a la presunción de paternidad por disposición de la ley, mencionados en el Art. 140 y 141 del mismo Código; la Procuradora Adscrita de ese Juzgado solicitó la investigación social para determinar lo alegado por la demandante y para defender los derechos de la menor. Para llevar a cabo la audiencia de sentencia según el auto de fs. 36 de la pieza principal, se señaló el día dieciséis de mayo del corriente año; y además ordenó citar a los señores para que comparezcan a declarar en calidad de testigos.

IV. En el escrito de fs. 37 a 39 de la pieza principal, el Lic. (***) manifestó que la señora (***) y el señor (***) mantuvieron una relación marital de hecho, desde el mes de agosto de mil novecientos ochenta y seis hasta mediados de mil novecientos noventa; que durante esa unión el señor (***) quiso procrear un hijo con la señora (***) proponiéndole para tal efecto se sometiera a la práctica de una inseminación artificial, a lo cual accedió la señora por desear un hijo de dicho señor, al consultar con su ginecólogo, Doctor (***) en mil novecientos ochenta y siete, éste la refirió con el Doctor (***), médico especialista, quien le manifestó la necesidad de un donante de esperma, a lo cual el señor (***) propuso que fuera su hermano, el señor (***) quien aceptó dicha proposición.

Se ofrecieron como prueba la testimonial de los señores (***) y (***), la documental consiste en ocho fotografías, carnet del Hospital Militar Central de la Fuerza Armada de El Salvador, constancia del Doctor (***), constancia del Hospital del Centro Ginecológico, fotocopia del certificado de nacimiento del Centro Ginecológico, autorización para que la menor (***) pueda salir del país.

A fs. 50 de la pieza principal, la Jueza a quo le dio intervención de ley al Lic. (***) y con base al Art. 119 L. Pr. F. admitió como hecho nuevo la fecundación humana asistida y ordenó citar de oficio a las personas antes mencionadas para que declaren en calidad de testigos. La audiencia de sentencia se llevó a cabo en la fecha indicada, en la cual se recibieron las pruebas a que se hace mención en el acta respectiva de fs. 56 a fs. 59 frente y vuelto; y se dictó el fallo correspondiente que fue fundamentado en la sentencia definitiva pronunciada el día veintidós de mayo de este año, en la forma siguiente: a) No ha lugar a la acción de impugnación de reconocimiento de paternidad que pretende desplazar de su filiación a la niña (***), quien queda con respecto a su padre (***) con todos los derechos y deberes que tal filiación conlleva. 2) Fijese como cuota que en concepto de alimentos deberá proporcionar el padre, provisionalmente en QUINIENTOS COLONES, para hacerse efectiva a partir del día último del presente mes, sujeta a modificación previo estudio socio-económico que se realice. 3) Ha lugar la indemnización por daño moral establecido en los Arts. 144 Lit. f) de la L. Pr. F. y 150 del C. F. a cargo del señor (***). 4) Ha lugar la indemnización por daños y perjuicios a cargo de la señora (***). Al quedar ejecutoriada esta sentencia, para efecto de los numerales 3 y 4, nombrense peritos a fin de establecer el monto.

V. Por su parte el Lic. (***) interpuso recurso de apelación de la sentencia antes citada y manifestó lo siguiente: Que por existir aplicación errónea de los Arts. 157 y 198 C. F., inobservancia de los Arts. 156 C. F., 21 Cn. y 9 C.; solicitó que el fallo de mérito debe revocarse en todas sus partes y tramitado el recurso con sus respectivos alegatos, la Procuradora Adscrita a ese juzgado expuso estar de acuerdo con la sentencia y pidió que se confirme en todas sus partes.

Al respecto el Lic. (***) argumenta que el señor (***) no puede ser considerado padre de la menor (***), por no haber aportado su material genético en la procreación y que nuestro sistema jurídico reconoce como única fuente de la filiación, la consanguinidad o la adopción, de acuerdo al Art. 134 C. F., en relación con el último inciso del Art. 36 de la Constitución donde expresa que la ley determinará asimismo las formas de investigar y establecer la paternidad y que la orientación general en cuanto a la familia, es atribuir la filiación consanguínea a una fuente exclusivamente genética, para lo cual menciona los Arts. 128, 131, 139, 143, 144, 146, 149, 151 y 156 C. F. y el Art. 140 L. Pr. F. que van dirigidos a reconocer el parentesco consanguíneo, con carácter genetista, antropomórfico, hereditario o biológico de hijo y padre para establecer el nexo y concluye su tesis de que la fecundación asistida no está determinada en la ley vigente y que los que diseñaron nuestro actual sistema de derecho familiar, fueron de opinión que el tema de "la fecundación asistida" fuera objeto de una ley especial, lo que aparece en la exposición de motivos del anteproyecto que "la normativa afectada excede el ámbito del Derecho de Familia"; y que al no haber regulación, opina el Lic. (***) que la mera voluntad procreacional o el acuerdo de voluntades procreacionales, no podría, bajo nuestro sistema legal, ser reconocido como fuente de la titularidad filial-paternal, atribuyéndoles a los hechos que dieron lugar a la concepción y nacimiento de (***) otras consecuencias jurídicas, ya que resultaría la inobservancia de la Constitución y la violación a la ley, atribuirle la paternidad a quien no tiene nexo biológico con la menor.

VI. En relación a los casos de inseminación artificial, fecundación asistida, fecundación in vitro con transferencia de embriones y cualquiera otra técnica de reproducción asistida o artificial es fácil constatar que no existe regulación expresa en la legislación de familia, por lo que se puede afirmar que efectivamente existe "anomia" al respecto. Algunas de esas técnicas de reproducción eran casi inimaginables hasta hace muy poco tiempo, ya que los campos de la Biomedicina, Biogenética y la Biotecnología, han tenido avances y descubrimientos científicos, que han abierto expectativas y esperanzas en el tratamiento de la esterilidad o infertilidad masculina o femenina, cuando otros métodos fueron inadecuados o ineficaces, existiendo una impostergable necesidad para que los Estados decreten

leyes que regulen dicho status, ya que por lo general, los avances científicos van por delante del derecho, retrasando su acomodación y este asincronismo entre la Ciencia y el Derecho, origina un vacío jurídico respecto de problemas concretos que lógicamente deben solucionarse jurídicamente, no pudiendo evadir o dejar a estas personas, los menores nacidos bajo estas circunstancias, en situaciones de abandono o indefensión, no teniendo ellos ninguna culpa de haber venido a nuestro mundo. Esas son realidades sociales que estamos viviendo constantemente y como primera interrogante que nos haríamos los operadores de la ley, de quienes la sociedad espera una respuesta positiva, es la siguiente: ¿Cómo quedaría el derecho de (***) a ser protegida por la ley, si se le respondiera que su caso no está previsto en la ley y que por lo tanto no tiene derecho a un padre? ¿Cómo justificarían los Jueces y Magistrados de Familia abstenerse de resolver en un caso como el planteado, alegándose vacío legal?

Afortunadamente nuestra legislación de familia contempla estas posibilidades y el Art. 7 letra f) L. Pr. F. obliga al Juez o Magistrado resolver los asuntos que le fueren sometidos a su decisión, no obstante oscuridad, insuficiente o vacío legal. En estas situaciones debemos integrar la ley para suplir las lagunas legales que existen en todo ordenamiento jurídico. Para resolver en estos casos se deben aplicar las reglas de la heterointegración de la ley y además uno de los principios jurídicos tomados de la auto-integración de la ley; para utilizar diversos elementos de interpretación de la ley, como la equidad, la doctrina jurídica, los preceptos de leyes similares en otros países y de ser indispensable, recurrir al procedimiento de aplicación por analogía. Creemos que la equidad sirve para atemperar el rigor de la ley o evitar las injusticias que se cometerían al aplicar una norma de carácter general al caso concreto y dejar de resolver un conflicto por no haber regulación expresa en nuestro sistema jurídico de familia.

VII. En el presente caso, consta que el demandado señor (***) carece de capacidad progeneradora, la cual fue extinguida por voluntad propia al hacerse practicar la vasectomía bilateral. Hay evidencia significativa dentro del proceso que debido a la operación mencionada, no puede haber producción alguna de espermatozoides y existe prueba de que el señor (***) y la señora (***), madre de la menor (***), tuvieron relaciones de convivencia durante la época en que de acuerdo con la ley pudo presumirse la concepción de dicha menor, así como durante el tiempo de nacimiento y después de éste y que dicho demandado solicitó a su hermano (***) que le sirviera de donante para la práctica de la fecundación asistida de la referida menor (***), sobre lo cual también testificó el otro hermano del demandado y del donante, (***). La prueba relacionada en la sentencia de primera instancia no ha sido objetada en ésta y por lo tanto no hay necesidad de analizarla; y por otra parte, la prueba testimonial recibida en la audiencia de sentencia, fue escuchada por medio de la grabación magnetofónica, que en relación a la misma, fue remitida a este Tribunal por la Jueza a quo; cuya audición se verificó en presencia de las partes y sus apoderados, tal como consta en el acta respectiva de fs. 23 del incidente de apelación. En cuanto a la prueba ofrecida en primera instancia y reiterada en ésta, por el apelante, relativa a la compulsión del expediente cincuenta y nueve de la Segunda Sección del Departamento de Relaciones Familiares de la Procuraduría General de la República (59-LR-94), estimamos que no procede ordenar su recepción en esta instancia por considerarla impertinente para la resolución del caso planteado y que su omisión en practicarla no fue impugnada en su oportunidad de conformidad al Art. 153 letra h) y 158 Inc. 2º L. Pr. F. Además de las alegaciones del apelante aparece que esa prueba fue ofrecida para demostrar el interés actual de la demandante y la falta de caducidad de la acción para impugnar el reconocimiento y desvirtuar con ello lo establecido en el Art. 157 C. F., que se refiere a la caducidad de la acción, pero estos extremos no han sido elemento determinante de la sentencia, tan es así que se le dio curso legal a la demanda y al fallo y la sentencia se dictaron con base a la prueba vertida y su correspondiente fundamentación.

VIII. Ahora bien, en el presente caso lo que interesa es establecer si de acuerdo a nuestra legislación de familia puede la voluntad procreacional considerarse como fuente del vínculo paterno filial. En forma expresa la ley contempla como ejemplo de estos casos, la adopción. Fuera de ella, algunos tratadistas sostienen que el derecho admite que la verdad biológica conocida, no siempre se traduce en una relación jurídica de filiación, ya que en algunos casos, un comportamiento voluntario, mantenido bajo la forma de posesión de estado en las relaciones familiares, impide a los mismos que mantuvieron el comportamiento, lo mismo que a terceros, impugnar la filiación así determinada aunque no esté basada en la biología.

Por de pronto, no nos interesa si puede haber o no impugnación en el caso de (***); la cuestión fundamental es cómo se debe considerar el hecho jurídico de la proposición del señor (***) para que la señora (***), consintiera en dejarse fecundar mediante la inseminación artificial, con un donante que resulta ser el hermano de (***), compañero de vida de (***) y que ambos consintieron en que el producto de esa fecundación fuera reconocido como hijo de ellos, tal como efectivamente ocurrió al presentarse voluntariamente al Registro Civil, hoy Registro del Estado Familiar, el demandado (***) quien admitió

en forma voluntaria y espontánea ser el padre de la recién nacida y de esa manera firmó la respectiva partida de nacimiento de la niña(***) y además de la prueba del reconocimiento voluntario, también existe la necesaria y suficiente de la voluntad procreacional y convivencia de ambos progenitores, como una "verdad real"; para tener por cierta la filiación relacionada.

Respecto a la posibilidad de contrariar la Constitución alegada por el recurrente, sostenemos, que la interpretación de dicho precepto no es correcta, ya que el artículo supuestamente violado indica la obligación de investigar y establecer la paternidad, dejándose el desarrollo de este precepto a la ley respectiva. En cambio, el caso que nos ocupa se refiere a una paternidad ya reconocida y establecida por la misma ley, la cual se pretende impugnar o desplazar la filiación de dicha menor para dejarla sin protección paterna. Consideramos que para disipar toda duda, en cuanto a la interpretación de la norma constitucional a este respecto, se debe distinguir entre; a) La obligación de investigar y establecer la paternidad y b) Las formas de hacerlo. De ello se concluye que la Constitución en ningún momento ha prohibido que la voluntad procreacional sirva como elemento para determinar la paternidad y tampoco señala que el nexo biológico sea el único fundamento para el mismo efecto; de donde la pretendida violación constitucional, alegada por el Lic. (***) no puede existir en el presente caso.

Por otra parte, el Art. 134 C.F., que también menciona el apelante, no dice que las únicas fuentes de filiación sean la consanguinidad y la adopción; este precepto señala en forma amplia que la filiación puede ser por consanguinidad o por adopción y no excluye otra forma de establecerla al grado tal que si continuamos leyendo el Código de Familia, el artículo 153 indica que entre las formas de establecer la paternidad se encuentran el reconocimiento voluntario y la decisión judicial.

En consecuencia, podemos sostener, tal como gran parte de la doctrina lo acepta, que la voluntad procreacional puede comenzar a exteriorizarse antes del hecho biológico mismo; la cual puede existir, como también lo menciona el apelante, aunque parezca paradójico, sin que haya unión sexual. Con algunos ejemplos se puede ilustrar lo expresado, como cuando un hombre contrae nupcias con una mujer embarazada por otro y conociendo esta situación, el cónyuge asume legalmente una voluntad procreacional, de donde deriva la condición de padre de ese hijo que biológicamente jamás pudo ser suyo; también en el caso en que el marido perdona el adulterio y asume y toma para sí la condición de padre con todas las consecuencias. Hay otros ejemplos extremos, como el caso de una mujer violada por un extraño y a consecuencia del mismo resulta en estado de embarazo y el marido o el compañero de vida o el pretendiente de dicha mujer, asume la paternidad y la reconoce ante las autoridades del Registro de Estado Familiar. Para el caso que nos ocupa, tales ejemplos perfectamente se pueden aplicar en las uniones no matrimoniales y en general para el establecimiento de la filiación extramatrimonial.

En todos los casos enunciados, a pesar de la ausencia de acto copulatorio, la voluntad procreacional determina el vínculo paterno filial al ser reconocido el hijo por el padre y lo que en doctrina se conoce como teoría de la responsabilidad procreacional, la cual tiene cabida en el Art. 135 del C. de F. que establece el reconocimiento voluntario como una de las normas de establecer la paternidad; que es irrevocable conforme a lo dispuesto en el Art. 147 C.F. Para la fundamentación de esta sentencia también es necesario relacionar el Art. 7 de la Convención sobre los Derechos del Niño, la cual es la ley de la República, desarrollado en el Art. 351 N° 3 C.F., en que establece "Que el niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, adquirir una nacionalidad y en la medida de lo posible a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos"; por lo que en la solución de casos como el presente, merece consideración especial el atender de preferencia el interés superior del niño de conformidad al Art. 3 de la referida Convención desarrollado en el Art. 350 C. F.; y no solo el interés privado de las partes que intervienen en el conflicto, es decir, que no debemos olvidar que los problemas de filiación constituyen materias de orden público y que los particulares deben acomodar su voluntad a las normas de convivencia social establecidas para el bienestar de los niños y de la familia; lo cual está en perfecta armonía con los preceptos constitucionales sobre esta materia.

Por lo anterior debemos concluir que la menor (***) no puede ser desplazada de su filiación y por lo tanto la responsabilidad paterna le corresponde al demandado señor (***), con todos los derechos y obligaciones que conlleva, por lo que debe confirmarse la sentencia apelada en su número 1) que declara que no ha lugar a la acción de impugnación de Reconocimiento de Paternidad y en cuanto a la fijación provisional de la cuota de alimentos que deberá proporcionar el padre, fijada en quinientos colones, esta cuantía queda sujeta a ser aumentada al verificarse el estudio socio económico que debe realizarse por el Tribunal a quo, recomendándose tomar las providencias necesarias que garanticen el cumplimiento de cualquier obligación alimenticia y confirmando lo resuelto en el número 2 de la Sentencia recurrida.

IX. En relación a los puntos apelados de la Sentencia bajo los números 3 y 4 que determinan que ha lugar a la indemnización por daño moral, establecido en el Art. 144 letra f) L. Pr. F. y Art. 150 C. F. a cargo del señor (***) y de la señora (***), esta Cámara considera que las disposiciones legales enunciadas en el fallo, no son aplicables al caso cuestionado, ya que el Art. 150 del C. de F. dispone que la indemnización procede en los casos de declaración judicial de paternidad, o sea cuando el supuesto padre es forzado judicialmente a reconocer al hijo, pero el planteamiento sub judice es diferente; se trata de una cónyuge que con legítima actuación procesal, impugna el reconocimiento de paternidad que su cónyuge ha verificado de una hija extramatrimonial, con base en el Art. 156 C. F. y si fracasa en su pretensión se debe a los razonamientos jurídicos expuestos en los considerandos anteriores, pero no está sujeta como demandante, al pago de esa indemnización especial que va dirigida hacia los padres irresponsables que se niegan a reconocer voluntariamente a sus hijos, por lo que es procedente confirmar el punto apelado y si bien es cierto que el señor (***), como padre de la menor y demandado en el presente juicio, se allanó a la demanda de impugnación, su actitud no lo convierte en demandante, ni podría cambiar la naturaleza del juicio, aunque puede considerarse falta de ética de comportamiento procesal, pero la ley en estos casos, no sanciona pecuniariamente estas actitudes, que a veces son producto de malos asesoramientos por parte de quienes al desconocer la filosofía del Derecho de Familia, no buscan la conciliación de la familia, ni el interés superior del menor, como principios básicos y objetivos del Derecho de Familia. En relación al allanamiento del demandado, la ley ha previsto que el Juez, con sus poderes de dirección y administración de la prueba, pueda desecharlo cuando se trate de derechos indisponibles o vayan contra el orden público como lo hizo, con acierto, la Jueza a quo. En relación al Art. 144 L. Pr. F. tampoco tiene aplicación en el presente caso, por que tal artículo se refiere a la protección de la integridad física de los miembros de la familia y además para condenar en daños y perjuicios, inclusive el daño moral, fuera de los casos expresamente señalados en la ley, consideramos que ellos deben pedirse en la demanda o contestación y probarse en el proceso. Por las razones expuestas, esta Cámara estima que se deben revocar las resoluciones contenidas en los puntos 3 y 4 de la sentencia venida en apelación, por no ser atingentes las disposiciones invocadas, ni consecuencia del proceso o pretensiones planteadas.

X. Con base en las consideraciones anteriores y Arts. 3 g), 7 I), 42, 56, 82, 160 y 161 de la L. Pr. F.; 134, 135, 147, 150, 156, 350 N° 3 del C. F.; 3 y 7 de la Convención sobre los Derechos del Niño y Arts. 427 y 428 Pr., a nombre de la República de El Salvador FALLAMOS: 1) Confírmase la sentencia venida en apelación en lo referente a los números 1 y 2 que declara no ha lugar a la impugnación del Reconocimiento de Paternidad de la menor (***) y fija como cuota provisional de alimentos la cantidad de QUINIENTOS COLONES mensuales que deberá pagar su padre (***). 2) Revócanse las resoluciones comprendidas en los números 3 y 4 de la sentencia referida, por no estar arregladas a derecho y devuélvase las diligencias originales al Tribunal remitente con certificación de esta sentencia. NOTIFIQUESE.

PRONUNCIADA POR LOS SEÑORES MAGISTRADOS QUE LA SUSCRIBEN.

AFS01295