

UNIVERSIDAD EVANGÉLICA DE EL SALVADOR

Escuela de Posgrados

MAESTRÍA EN DERECHO DE FAMILIA



Seminario de Especialización

Informe Final

para optar al título de Maestra y Maestro en Derecho de Familia

“La garantía del derecho de identidad de las personas que establecen su filiación por Técnicas de Reproducción Humana Asistida, en la legislación salvadoreña”

Asesora de Contenido: Ruth Anabell Martínez Agreda

Asesora de Metodología: Hazel Jasmín Bolaños Vásquez

Autores:

Kenny Guadalupe Escobar Rodas

Keila Eunice Molina Bonilla

Emilio José Ayala

San Salvador, julio 2022.

Dra. Cristina Juárez de Amaya
Rectora

Dra. Mirna García de González
Vicerrectora Académica

Ing. Sonia Candelaria Rodríguez
Directora Académica

Dra. Nadia María Menjívar Morán
Directora General Escuela de Posgrados

TABLA DE CONTENIDO

INTRODUCCIÓN.....	1
CAPÍTULO I. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.....	3
1.1 SITUACIÓN PROBLEMÁTICA.....	3
1.2 ENUNCIADO DEL PROBLEMA.....	12
1.3 OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN.....	12
1.3.1 Objetivo General.....	12
1.3.2 Objetivos Específicos.....	12
1.4 CONTEXTO DE LA INVESTIGACIÓN.....	12
1.5 JUSTIFICACIÓN.....	14
2 CAPITULO II: FUNDAMENTACIÓN TEÓRICA.....	16
2.1 El derecho de identidad desde la perspectiva de derechos humanos.	16
2.2 Concepto de derecho de identidad.....	17
2.3 Elementos del derecho de identidad.....	18
2.3.1 Nombre y apellido.....	18
2.3.2 Nacionalidad.....	19
2.3.3 Imagen.....	20
2.3.4 La inscripción del nacimiento.....	21
2.3.5 Filiación como elemento del derecho de identidad.....	23
2.3.6 Vínculo socio afectivo.....	23
2.3.7 Sexo.....	24
2.3.8 Género.....	25
2.3.9 Estado familiar.....	25
2.4 Dimensiones del derecho de identidad.....	26
2.5 Regulación del derecho de identidad en instrumentos jurídicos internacionales.....	28

2.6	El derecho de identidad en la Legislación Salvadoreña.	29
2.7	DERECHO FILIATORIO.	32
2.7.1	<i>Concepto de derecho de filiación.</i>	33
2.7.2	<i>Clases de filiación.</i>	34
2.7.3	<i>El derecho de filiación en instrumentos jurídicos internacionales.</i> 37	
2.7.4	<i>La Filiación en la legislación salvadoreña.</i>	38
2.8	TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA.	40
2.8.1	Clases de TRHA.	41
2.8.2	Tipos de TRHA.	43
2.8.3	Disociación de los elementos de la filiación en personas nacidas por TRHA heterólogas.....	46
2.8.4	Las TRHA en la legislación salvadoreña.	47
2.8.5	La aplicación del principio de igualdad y no discriminación en el establecimiento de la filiación de personas nacidas por medio de TRHA. 49	
2.9	SUPUESTO TEÓRICO.	50
3	CAPÍTULO III: MARCO METODOLÓGICO.	51
3.1	Tipo, clase de investigación jurídica, enfoque y diseño.	51
3.1.1	Tipo de investigación.	51
3.1.2	Clase de investigación jurídica.	52
3.1.3	Enfoque de la investigación.	52
3.1.4	Diseño de la investigación.....	53
3.2	Sujetos y objetos de estudio.....	53
3.2.1	Sujetos de estudio.	53
3.2.2	Objeto de estudio.....	54
3.2.3	Población y muestra.....	54
3.2.4	Variables e Indicadores.....	55
3.3	Técnicas e instrumentos.	58

3.3.1	Técnicas a emplear en la recopilación de la información.....	58
3.3.2	Instrumentos de registro y medición.	59
3.3.3	Métodos para el procesamiento y análisis de la información.....	60
4	<i>CAPITULO IV. ANÁLISIS DE LA INFORMACIÓN.....</i>	61
4.1	Análisis de líneas jurisprudenciales de la Sala de lo Constitucional sobre el derecho de identidad en El Salvador.....	62
4.2	Análisis de los criterios jurisprudenciales de las TRHA en El Salvador.	65
4.3	Análisis de entrevistas a funcionarios judiciales sobre la aplicación de la legislación salvadoreña en los casos de personas que establecen su filiación por TRHA.	71
4.4	Análisis de los resultados obtenidos en las entrevistas realizadas a abogados independientes sobre la aplicación de la legislación salvadoreña en los casos de personas que establecen su filiación por TRHA.	76
5	<i>CAPITULO V CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.....</i>	80
5.1	Conclusiones.	80
5.2	Recomendaciones.....	82
6	<i>Bibliografía.....</i>	84
	<i>ANEXOS.....</i>	90



UNIVERSIDAD EVANGÉLICA DE EL SALVADOR
ESCUELA DE POSGRADOS
MAESTRÍA EN DERECHO DE FAMILIA

CARTA DE APROBACIÓN DE INFORME FINAL
DE MONOGRAFÍA

San Salvador, a los dos días del mes de julio de 2022.

Coordinadora de la Maestría en Derecho de Familia
Presente.

Estimada Coordinadora:

Por este medio notifico que el Informe Final de la Monografía titulada: "La Garantía del Derecho de Identidad de las Personas que establecen su filiación por Técnicas de Reproducción Humana Asistida, en la Legislación Salvadoreña"

Fue elaborado por los maestrandos:

Kenny Guadalupe Escobar Rodas

Keila Eunice Molina Bonilla y

Emilio José Ayala

A quienes se asesoró y orientó en su proceso de diseño y ejecución por parte de Ruth Anabell Martínez Agreda como asesora de contenido, por lo cual se da fe de la revisión y nota correspondiente al 35% del proceso de Seminario de Especialización obteniendo un total de: 8.75

Atentamente

Ruth Anabell Martínez Agreda

Nombre y Firma del Asesor de Contenido

AGRADECIMIENTOS

A quienes hicieron posible y me acompañaron en esta meta profesional, a quienes me animaron y acompañaron en todo momento.

A Dios...

Por permitirme realizar este trabajo de investigación, brindándome las herramientas espirituales, la sabiduría y el entendimiento. Por guiarme y darme la oportunidad de dar un paso más mi crecimiento personal y profesional.

A mis Padres...

Por ser aquellos seres que siempre quisieron lo mejor para mí, por corregirme, guiarme y darme la oportunidad de aspirar a un futuro prometedor. Por creer en mí y por darme la fuerza y el apoyo que siempre necesite para salir adelante.

A mis compañeros de tesis,

Por apoyarnos a fortalecer nuestros conocimientos, superando adversidades y celebrando los logros alcanzados.

A nuestra querida asesora de tesis

Por tomarse el tiempo y la paciencia de instruirnos y guiarnos para la elaboración del presente trabajo de investigación, porque sabemos que todo lo aprendido y aconsejado es fundamental para nuestro desempeño académico y profesional. Gracias por siempre dar lo mejor de usted y dotarnos de herramientas útiles para seguir forjando nuestro futuro.

Kenny Guadalupe Escobar Rodas

El principal agradecimiento es a Dios, por haberme dado las fuerzas y acompañarme en este proceso, ayudándome a superar cada obstáculo, asimismo agradeciendo a cada persona, que estuvo en esta etapa tan importante de mi vida, buscando lo mejor para mi persona.

Keila Eunice Molina Bonilla.

AGRADECIMIENTOS

A quienes hicieron posible y me acompañaron en esta meta profesional, a quienes me animaron y acompañaron en todo momento.

A Dios, por permitirme tener esta experiencia académica, culminar una meta más en mi vida profesional, haberme guiado, y ser ese acompañante en mí caminar en todo momento.

A mi familia, por ser fuente de inspiración, motivación y apoyo para salir adelante, superando obstáculos y de manera siempre incondicional.

A mis amigos y amigas, quienes me han brindado su apoyo y comprensión siempre.

A mis compañeras de tesis, con quienes fortalecimos nuestros conocimientos, superando adversidades y celebrando los logros alcanzados.

A nuestras asesoras de tesis, que nos acompañaron en este proceso tan importante con paciencia y entrega, compartiendo su valiosa experiencia y conocimiento. Siempre animándonos y mostrando apoyo para superar cada uno de los obstáculos encontrados.

A los Magistrados, Jueces y Abogados en el libre ejercicio, que nos brindaron un poco de su tiempo para compartir sus conocimientos y enriquecer nuestra investigación.

Emilio José Ayala.

RESUMEN

La Garantía del Derecho de Identidad de las Personas que establecen su filiación por Técnicas de Reproducción Humana Asistida, en la Legislación Salvadoreña.

Kenny Guadalupe Escobar Rodas, Keila Eunice Molina Bonilla, Emilio José Ayala.

RESUMEN.

La filiación tradicionalmente ha sido asociada a los elementos genéticos y biológicos, estos elementos se disocian cuando el nacimiento se da por medio de la utilización de técnicas de reproducción humana asistida heterólogas, pues la naturaleza de estas involucra la participación de donación de gametos masculinos o femeninos, para lograr un embrión, o bien de la participación de una gestante por sustitución.

Uno de los principales desafíos es garantizar el derecho de identidad de las personas nacidas por técnicas de reproducción humana asistida, lo que involucra el establecimiento de la correcta filiación de ellas con respecto a los padres y/o madres que ejercieron la voluntad procreacional.

El objetivo de esta investigación es determinar si el ordenamiento jurídico salvadoreño garantiza del derecho de identidad de las personas que establecen su filiación, a través de técnicas de reproducción humana asistida, en consecuencia se analizó la existencia de garantías constitucionales relacionadas al derecho de identidad en El Salvador, con un estudio legal, doctrinal y jurisprudencial; además, se describieron los criterios de aplicación de la legislación salvadoreña en los casos de establecimiento de filiación de personas nacidas por TRHA, en ese sentido se tuvo participación de Jueces de Familia, Magistrados de Cámaras de Familia y abogados en el libre ejercicio, obteniendo como resultado que actualmente estos casos se resuelven por simulaciones, lo que vulnera el derecho de identidad de dichas personas.

INTRODUCCIÓN.

Los avances científicos se involucran con el origen de la vida humana, creando diferentes debates para las personas cuya filiación ha sido establecida con utilización de las técnicas de reproducción humana asistida, más aún cuando se involucra la participación de terceros, ajenos a la pareja, que aportan el material genético para lograr la fecundación, generando una disociación de los elementos tradicionales de la filiación y una necesidad mayor de garantizar el derecho de identidad a dichas personas.

Este estudio tiene su génesis precisamente en la obligación constitucional del Estado salvadoreño de brindar una protección reforzada a la familia, pero también en el reconocimiento y garantía a los derechos que cada uno de sus miembros tutela, independientemente del origen de su filiación.

El propósito principal de esta investigación es identificar si el ordenamiento jurídico salvadoreño garantiza el derecho de identidad, a través del establecimiento de la filiación de las personas nacidas a través de reproducción humana asistida, por consiguiente se realiza un estudio de los derechos de identidad, derecho de filiación y de las técnicas de reproducción humana asistida, se advierte de la lectura del Código de Familia, que dichas técnicas no están reguladas, pero en la presente investigación es la variable donde los mencionados derechos se relacionan.

En función del propósito pretendido y con un enfoque de derechos humanos, el estudio se divide en tres capítulos. En el primero se desarrolla el problema de investigación planteado, el enunciado con base en la problemática planteada que guía el desarrollo de la investigación; así mismo se presentan el contexto y justificación de la investigación.

En el capítulo II, se presentan elementos básicos del derecho de identidad, derecho filiatorio y técnicas de reproducción humana asistida, desarrollando los

conceptos y teorías de cada una, relacionándolas entre ellas con base en la teoría de los derechos humanos, para lograr una explicación del problema. Veremos cómo la concepción moderna de estos derechos se encuentra recogida en la Constitución, legislación, doctrina y jurisprudencia nacional e internacional.

En el capítulo III, se constituye la metodología de la investigación y se trae a cuenta que se hizo una investigación jurídico-doctrinal, utilizando fuentes jurisprudenciales y doctrinales, reforzadas con información de carácter público y entrevistas a diferentes expertos en el derecho de familia, que permitieron obtener información concreta e ilustrativa, para fortalecer el enfoque cualitativo de la investigación. Así mismo, es de tipo pura y explorativa, al constituir un estudio novedoso.

El capítulo IV se encuentra constituido por el análisis de resultados y contiene la información analizada del estudio de jurisprudencia, obtenida como respuesta a solicitudes de información pública y las entrevistas a expertos, los cuales fueron elegidos con determinados criterios de inclusión y exclusión, que permitió la elaboración de conclusiones y recomendaciones, que reflejan los hallazgos concretos.

CAPÍTULO I. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.

1.1 SITUACIÓN PROBLEMÁTICA.

Los avances de la ciencia y la genética han generado diversos cambios en el Derecho de Familia, entre ellos, la determinación de la filiación establecida por medio de técnicas de reproducción humana asistida, en adelante TRHA, que se pueden definir como aquel sistema de pasos y procedimientos biológicos apoyados, desarrollados y aplicados de manera científica¹ con el fin de lograr la reproducción humana, o como el «conjunto de métodos biomédicos que conducen a facilitar, o sustituir los procesos biológicos naturales que se desarrollan durante la procreación humana».² Estos métodos, según plantea Bladilo: «representan el medio para que miles de personas en el mundo logren alcanzar la paternidad (o maternidad), por fuera de la noción de infertilidad, es decir, sin problemas de salud de por medio».³

Estas técnicas pueden ser homólogas o heterólogas, dependiendo de la aportación del material genético: así, en las primeras, el material genético utilizado es de la pareja que se somete a la técnica; mientras que, en la segunda, dicho material incluye al menos un donante ajeno a la pareja⁴; siendo esta última técnica la que genera innumerables consecuencias jurídicas, pues se genera una alteración o disociación de los elementos que tradicionalmente han definido la filiación, así como de los conceptos de paternidad y maternidad. Dentro de estas técnicas podemos mencionar -como más adelante se desarrollará- la inseminación artificial, la fertilización in vitro y la gestación por sustitución, entre otras.

¹ Juan Pablo Monroy, «Técnicas de reproducción asistida y su incidencia en Colombia», *Verba Luris* 30, (2013): 135–150.

² Julio César Rivera, *Instituciones de derecho civil: parte general*, (Argentina: Buenos Aires, 2004), tomo I, tercera edición, 367.

³ Agustina Bladilo, Natalia de la Torre y Marisa Herrera, «Las técnicas de reproducción humana asistida dentro de los derechos humanos como perspectiva obligada de análisis», *Revista IUS*, vol. 11, n. 39 (2017).

⁴ María E. Baldessari, e Javier Nancalres Valle, «Filiación por técnicas de reproducción humana asistida en el nuevo código civil y comercial de la República de Argentina y los derechos de los hijos así concebidos», (Trabajo de fin de máster. Universidad de Navarra, 2017), 9, <https://hdl.handle.net/10171/54595>.

Para comprender la problemática planteada debe hacerse constar que tradicionalmente, la filiación se ha asociado con los elementos genéticos y biológicos de tal forma que, por ejemplo, como señala el artículo 136 del Código de Familia, se presume la maternidad «con la prueba de nacimiento y la identidad del nacido»; es decir que la prueba del parto -que es el elemento biológico- es suficiente para probar la maternidad; o, por ejemplo, una prueba de ADN parecía establecer claramente la paternidad de una persona, si existía esta identidad genética entre ascendiente y descendiente.

Sobre la base de la consideración anterior, lo que sucede con las TRHA es, que en muchos casos, los elementos se disocian, es decir, no coincide la identidad genética o biológica del hijo o hija con padre y/o madre, por ejemplo, porque ha habido un donante de material genético ajeno a los progenitores; o deja de coincidir el biológico, porque es otra persona quien gestó por sustitución; teniendo que entrar entonces a un análisis más complejo y al fortalecimiento del elemento volitivo, como principal forma de establecer la filiación. Al respecto, la autora Eleonora Lamm señala que «la figura de paternidad y maternidad aparecen disociados, disipando o difuminando el componente biológico y realzando el sociológico»⁵, lo que hace necesario estudiar cómo se garantiza el establecimiento de la filiación de las personas nacidas por esta técnica y, en consecuencia, su derecho de identidad en cuanto a los elementos que derivan de la filiación, como nombre, apellido, nacionalidad, sexo, genero, además del vínculo socioafectivo, entendiéndose que, en muchos casos, no será a través de la tradicional forma de establecimiento de la filiación.

Resulta oportuno, entrar al análisis de esta problemática haciendo no solo un análisis de la legislación respecto a la regulación de las TRHA, sino también a la forma de determinación de la existencia e identidad de la persona nacida. Al

⁵ Eleonora Lamm, «El elemento volitivo como determinante de la filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida», (Tesis de máster, Universidad de Barcelona, 2008). 26 <http://hdl.handle.net/2445/11381>

respecto, Sesta⁶ hace referencia a que los problemas que presentan las técnicas de reproducción están en dos órdenes: el relativo a la licitud de la práctica de procreación asistida, y la modalidad de atribución del estatus del nacido a través de ellas. Aunado a ello, agregamos que con el uso de estas técnicas entran en conflicto diferentes intereses, como el de la intimidad familiar, el anonimato de terceros involucrados y el derecho de toda persona a conocer sus orígenes o ascendencia biológica, el cual es uno de los elementos del derecho de identidad, reconocido como «el conjunto de atributos y características que permiten individualizar a la persona en sociedad».⁷

Ahora bien, no puede ignorarse en esta problemática el componente social y muchas veces moral o religioso- de la utilización de estas técnicas para la reproducción humana; sobre la cual, existen argumentos a favor y en contra entre los diversos grupos de actores sociales. Así, a favor de estas técnicas, encontramos a la comunidad científica, las organizaciones feministas, pro-diversidad sexual y algunos organismos de Derechos Humanos; siendo algunos de los argumentos que justifican su utilización el derecho de los seres humanos a tener hijos biológicos, la oportunidad que ofrecen a la mujer en cuanto a la libertad de optar por una maternidad sin tener que incluir en su proyecto de vida a la figura masculina⁸, entre otros. Aunado a ello, La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha avalado el uso de las Técnicas de Reproducción humana asistida como derecho humano de las personas, en el caso *Artavia Murillo y otros vs Costa Rica*, en el cual hace un análisis del derecho a la salud sexual y reproductiva y del derecho a gozar de los beneficios del progreso científico y tecnológico.⁹

⁶ Michelle Sesta, «*Filiazione*» en *Enciclopedia del Diritto, Aggiornamento*, tomo 4, Milán, Giuffrè, 2002, p. 594., citada por Enrique Varsi Rospigliosi, *Determinación de la filiación en la procreación asistida*, (vol.11) *Revista IUS*. 2017.

⁷ Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, *STC Inconstitucionalidad 55-2012*, del 4 de diciembre de 2012.

⁸ María Victoria Sotelo Bovino, «*El debate sobre la Reproducción Humana Asistida en Uruguay*» (Uruguay, 2019), 17-19, acceso el 1 de marzo, <https://repositorio.cfe.edu.uy/bitstream/handle/123456789/788/Sotelo%2CM.EIDebate.pdf?sequence=2&isAllowed=y>

⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, «*Caso Atavia Murillo y Otros (fecundación In vitro) vs. Costa Rica*, Resumen Oficial emitido por la Corte Interamericana, de la sentencia de 28 de noviembre 2012.

Entre los actores que rechazan el uso de estas técnicas, se destacan los sectores más radicales como la Iglesia y las organizaciones Provida, siendo algunos de los argumentos en contra que la utilización del «embrión humano o el feto, como objeto o instrumento de experimentación, es un delito contra su dignidad de ser humano, que tiene derecho al mismo respeto debido al niño ya nacido y a toda persona humana»¹⁰, que la manipulación de material reproductivo abre la puerta a experimentaciones como el congelamiento de embriones, la clonación, el descarte de embriones y la pérdida de estos, o que la utilización de estas técnicas refuerza la idea de que las mujeres necesitan ser madres para sentirse satisfechas, por lo cual esta técnica se vuelve más opresiva que liberadora.¹¹

Ante tal problemática, encontramos que el artículo 32 de la Constitución de la República de El Salvador reconoce la protección y el derecho a conformar familia; adherido a ello, en el artículo 36 de dicha normativa, se reconoce el derecho de identidad de las personas y la igualdad de derechos de los hijos e hijas independientemente de la naturaleza de su filiación, reconociendo la investigación de esta y la obligación de regulación en la norma secundaria. Asimismo, el artículo 144 establece que los tratados internacionales ratificados por El Salvador constituyen leyes de la República con criterio de prevalencia sobre la legislación secundaria, por lo que es importante analizar esta temática en tales instrumentos internacionales.

En ese orden, la Declaración Universal de Derechos Humanos¹², en su artículo 16, establece que toda persona tiene el derecho a fundar familia y que no existen restricciones para el ejercicio de dicho derecho; sobre el derecho de

¹⁰ Congregación para la Doctrina de la Fe, «*Instrucción Donum Vitae: el respeto a la vida humana naciente y la dignidad de la procreación*», acceso el 14 de marzo de 2022 en: https://www.vatican.va/roman_curia/congregations/cfaith/documents/rc_con_cfaith_doc_19870222_respect-for-human-life_sp.html

¹¹ Instituto Interamericano de Derechos Humanos *Reproducción asistida, género y derechos humanos en América Latina* (Costa Rica: San José, 2008), 19-30.

¹² Declaración Universal de Derechos Humanos, Asamblea General de las Naciones Unidas en París, 10 de diciembre 1948.

identidad, en el artículo 6, establece el reconocimiento de la personalidad jurídica de todas las personas. Además, el artículo 14.1, b del Protocolo de San Salvador¹³, establece el acceso universal al goce de los beneficios del progreso científico y tecnológico; estableciendo como derecho humano la oportunidad de apoyarse de la ciencia y tecnología, para llevar a cabo el proyecto parental de las personas. Además, el art. 7.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño establece que el niño, niña o adolescente tiene el derecho a conocer a sus padres; en dicho artículo se reconoce el derecho de identidad, el cual se configura por elementos como el nombre, la imagen, el estado familiar y el origen; pues a tenor literal, se establece que «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», agregando que es responsabilidad de cada Estado velar por dichos derechos, en virtud de la legislación nacional.

Se observa claramente, que la Constitución de la República y el derecho internacional ratificado como ley de la República garantizan el derecho a fundar familia y el derecho de identidad; no obstante, no hay desarrollo legislativo respecto a las TRHA ni de la forma en que se establecería la filiación derivada de ellas en la legislación secundaria interna en materia familiar, más allá de los criterios jurisprudenciales y de las prohibiciones del Código Penal Salvadoreño, que regula tipos penales específicos vinculados con el avance científico en el ámbito de la medicina, como la manipulación genética en el artículo 140 y 141, la inseminación artificial no consentida en el artículo 156 o fraudulenta en el artículo 157¹⁴; por lo tanto, nuestra legislación prohíbe ciertas acciones relativas a las técnicas de reproducción humana asistida. Es importante enunciar que, por exclusión, valorando la taxatividad de la ley penal, puede comprenderse que el Estado reconoce la existencia de las TRHA, y prohíbe solo las conductas que según el

¹³ Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales "*Protocolo de San Salvador*", Organización de los Estados Americanos, 1988.

¹⁴ Código Penal, del 13 de febrero de 1973 (Diario Oficial No 63, Tomo 238 del 30 de marzo de 1973).

Órgano Legislativo constituyen delito, de tal forma que lo que no estuviera contemplado en las mismas, estaría permitido.

Hecha la observación anterior, a pesar del desarrollo de las técnicas de reproducción humana asistida y algunas prohibiciones en materia penal, no se ha regulado expresamente en la legislación secundaria de familia la forma de determinar la filiación y garantizar el derecho de identidad de las personas nacidas por medio de ellas; ya que en el Código de Familia¹⁵ la filiación se reconoce expresamente como el vínculo de familia existente entre padres e hijo que puede generarse por consanguinidad o adopción, y no obstante señalarse en la jurisprudencia que esta clasificación es enunciativa, como se desarrollará más adelante, debe realizarse un esfuerzo de integración e interpretación normativa, para reconocer los derechos de las personas en un caso en concreto.

En ese orden, es importante hacer constar que existe jurisprudencia que data desde el año 1995, como la sentencia con referencia 12-95, en la cual la Cámara de Familia de la sección del centro señaló la necesidad de una regulación especial secundaria sobre esta temática y reconoció que estas técnicas eran poco imaginables en el momento de la elaboración de la ley, 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»¹⁶. Dicho criterio fue emitido ante la polémica causada por determinar la correcta filiación paterna de una persona nacida a través de inseminación artificial, de la cual se impugnaba la paternidad con el fin de cesar la prestación alimenticia a favor de la hija, determinando en ese caso, que a pesar de no existir identidad genética entre padre e hija- al haber sido el donante de material genético, un hermano del progenitor legal- lo que determinaba la filiación, era la voluntad procreacional; siendo en consecuencia el progenitor legal, el obligado a aportar la prestación alimenticia.

¹⁵ Código de Familia, del 11 de octubre de 1993 (Diario Oficial No 231, Tomo 321, del 13 de diciembre de 1993.

¹⁶ Cámara de Familia de la Sección del Centro, STC *Apelación 12-95*, del 13 de julio de 1995.

Respecto a la sentencia antes relacionada, hubo interposición de recurso de casación y, en consecuencia, conocimiento de la Sala de lo Civil de la Honorable Corte Suprema de Justicia de El Salvador, por medio de la Sentencia 1055 Cam. Fam. S.S., del 22 de septiembre de 2003¹⁷, es decir, aproximadamente ocho años después de la sentencia de Cámara de Familia, en la cual se confirmó el criterio dado en segunda instancia, señalado que la voluntad procreacional determina el vínculo filial-paterno al ser reconocido el hijo por el padre; que la filiación es una de las materias con más modificaciones a través del tiempo, precisamente por la evolución de la ciencia; que «con el avance científico en la biología humana, la doctrina moderna nos enseña que existe una tercera clase de filiación, la cual, respondiendo a fines didácticos, ha sido llamada "filiación civil"», reconociendo con dichos criterios, la determinación de la filiación más allá de la consanguinidad y la adopción, marcando una línea jurisprudencial en el reconocimiento de una tercera fuente filial y reconociendo el uso de dichas técnicas en nuestro país. En cuanto al derecho de identidad, la Sala estableció que suelen olvidarse los aspectos más dinámicos del derecho fundamental de identidad, el cual incluye, entre otros, el elemento biológico y que, debe establecerse la obligación de darle a conocer a las personas nacidas por TRHA su realidad biológica, como garantía de su derecho de identidad, independientemente de su origen.

Un punto de importante valoración para la presente investigación es la existencia en El Salvador de clínicas que se dedican a este tipo de técnicas, por ejemplo, Latid Fertility Center, quien se atribuye ser el primer centro especializado de reproducción humana asistida, avalado por el Consejo de Salud Pública de El Salvador, cuyos especialistas se atribuyen más de 300 ciclos de fecundación in vitro y más de 500 ciclos de inseminación artificial,¹⁸ lo que significa que es una realidad social existente.

¹⁷ Sala de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia, STC *Casación 1055 Cam. Fam. S.S.*, del 22 de septiembre de 2003.

¹⁸«Quiénes Somos», Latid Fertility Center acceso el 19 de febrero de 2022 en: https://latidfertilitycenter.com/es_es/quienes-somos/

En el ámbito internacional, se reconoce que fue en 1978 el año en que se reconoce el primer nacimiento por medio de fecundación in vitro.¹⁹ Ya para dos mil diecisiete se estimaba que, a nivel mundial, más de 4 millones de nacimientos fueron posibles con el empleo de TRHA; mientras que, en América Latina, se estima el nacimiento de 238,000 personas por estas técnicas²⁰. A pesar de dichos datos, en El Salvador existen estadísticas de nacimientos anuales por departamentos que ascienden a los 41,580 en el período de enero a septiembre de 2021 (como indicó el Ministerio de Salud en el reporte «Nacidos Vivos registrados en los Hospitales Nacionales del MINSAL, desagregados por Departamento de procedencia de paciente, sexo y área enero a septiembre de 2021»); sin embargo, dichas estadísticas no tienen segregada la cantidad de embarazos logrados por TRHA.

Ante esta realidad, debe señalarse que en nuestro país existen figuras relativas al reconocimiento voluntario y presunciones de maternidad y paternidad, que regula el Código de Familia en los artículos 135, 136, 141, 142, 159 y 160, que permiten el establecimiento de la filiación basada en la mera voluntad de las personas en reconocer a otra como su hijo o hija biológica, lo cual puede conllevar que en algunos casos se invisibilice el origen de tal filiación, o se simule una realidad biológica distinta a la verdadera. Lamm,²¹ con respecto a esta situación, señala que esta especie de "simulaciones" generan incertidumbres, especulaciones jurídicas y violaciones de los derechos de las personas así inscritas, en lo que respecta a su identidad; de ello también la necesidad de regularlo como un tipo filial propio y autónomo.

¹⁹ «*Louise Brown, la primera bebé probeta: "Es triste que la fecundación in vitro siga siendo un tema tabú"*», El País, 2020», Nacho Sánchez, consultado el 8 de marzo de 2022 en: https://elpais.com/elpais/2020/03/06/mamas_papas/1583486018_035212.html

²⁰ Fernando Zegers-Hochschild «Celebrando 30 años de Arte en América Latina y reporte de 2018», *Reprod Biomed Online*, (2021). DOI 10.5935/1518-0557.20210055

²¹ Eleonara Lamm, "*Diversidad familiar: la cláusula tercera del Código Civil y Comercial como una ampliación de su recepción legal*" La Ley 12/07/2016, 12/07/2016, 4, AR/DOC/1984/2016, citada en Mariana Rodríguez Iturburu, *Actualidad de la inscripción de los niños nacidos por TRHA*, Diario DPI Suplemento Derecho Civil, Bioética y Derechos Humanos Nro 28 – 18.04.2017

Ante la situación planteada, en El Salvador se contempló oportunamente la posibilidad de regular las TRHA como una tercera clase de filiación, pues el artículo 143 del Anteproyecto del Código de Familia, regulaba que «en los casos de fecundación asistida la filiación se determinará conforme una ley especial»²²; la exposición de motivos de dicho anteproyecto establecía que este artículo no tiene ningún antecedente legislativo, es decir, que en dicho anteproyecto se contempló por primera vez la regulación de una tercera fuente filial, referida a las técnicas de reproducción humana asistida. Asimismo, se estableció que «dichas técnicas generan o pueden generar problemática jurídica que no es posible articular en un Código de Familia»²³, por ello se dejaba la posibilidad de regulación en una ley especial de urgente elaboración para estar acorde con el avance de la genética; sin embargo, dicho artículo y argumento, no fueron considerados en el proyecto que finalmente se aprobó y que se mantiene vigente actualmente, por considerar que no sería correcto que una ley especial direccionara a la elaboración de otra ley especial.

Por lo anterior, es necesario retomar la temática y establecer las garantías al derecho a la identidad a través de la determinación de la filiación de las personas nacidas por medio de técnicas de reproducción humana asistida; por lo cual es pertinente analizar las respuestas de la jurisprudencia nacional, tomando como parámetro la regulación existente sobre esta temática, así como la diversa doctrina sobre las TRHA. A partir de ese análisis determinar la necesidad de renovar o no la legislación secundaria en materia de filiación, como parte de esa garantía estatal respecto a los derechos filiatorios y de identidad de las personas nacidas bajo estas técnicas, de tal forma que el marco legal se encuentre en armonía con los avances científicos, no pudiendo obviarse tal realidad. Esto conlleva la adecuación de los modelos familiares y los afectos filiatorios como tradicionalmente se han abordado, atendiendo a la garantía de derechos humanos de estas personas.

²² Comisión Revisora de la Legislación Salvadoreña, *Anteproyecto Código de Familia*, (San Salvador 1990), 515.

²³ Comisión Revisora de la Legislación Salvadoreña, *Exposición de Motivos*, (San Salvador, 1990), 348.

1.2 ENUNCIADO DEL PROBLEMA.

¿Garantiza el ordenamiento jurídico salvadoreño el derecho de identidad de las personas que establecen su filiación por técnicas de reproducción humana asistida, desde una perspectiva de derechos humanos?

1.3 OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN.

1.3.1 Objetivo General.

- Determinar si el ordenamiento jurídico salvadoreño garantiza el derecho de identidad, de las personas que establecen su filiación a través de técnicas de reproducción humana.

1.3.2 Objetivos Específicos.

- Analizar las garantías constitucionales relacionadas al derecho de identidad de las personas en El Salvador.
- Describir los criterios de aplicación de la jurisprudencia salvadoreña en los casos de establecimiento de filiación de personas nacidas bajo TRHA.

1.4 CONTEXTO DE LA INVESTIGACIÓN.

El estudio se realiza con base a la información obtenida del análisis jurisprudencial y doctrinal del derecho de familia, y niñez y adolescencia, abordando la filiación civil y el derecho de identidad de las personas nacidas por TRHA, desde 1994, año en que entró en vigor el Código de Familia, como normativa a analizar en la presente investigación.

Es importante señalar que en 1995, la Cámara de Familia de la Sección del Centro pronunció la primera resolución respecto al establecimiento de la filiación de una persona nacida por técnicas de reproducción humana asistida, conforme a la legislación; considerada sentencia hito, respecto a esta temática; existiendo ante la impugnación de tal sentencia, jurisprudencia de la Sala de lo Civil, reconociendo una tercer clase de filiación: la civil, en la que se enmarca la de las referidas personas, y en la cual se pondera principalmente como elemento definitivo, la voluntad procreacional. A partir de ello, del análisis de posibles casos posteriores y la legislación vigente, se verificará si existen las garantías del derecho de identidad para las personas nacidas a través de las técnicas de reproducción humana asistida, en el marco legal salvadoreño.

Por otra parte, debido a los avances genéticos, la globalización y el avance en la autodeterminación de la persona, nos encontramos en un contexto en el cual la ciencia ha sobrepasado al derecho y como se ha establecido, el tema no cuenta con una regulación especial más allá de las prohibiciones penales y los criterios jurídicos emitidos, precisamente, para dar una respuesta a las interrogantes surgidas en los casos ventilados en los diferentes Juzgados y Cámaras de Familia, así como la Sala de lo Civil de la honorable Corte Suprema de Justicia; ya que, de acuerdo con lo establecido previamente, existen clínicas que realizan estas prácticas en el territorio salvadoreño, que se atribuyen una alta cantidad de procesos exitosos de reproducción humana asistida y resulta necesario analizar la respuesta que se da, a esta realidad.

Debido a lo anterior, el estudio comprende la Constitución de la República de El Salvador, Código de Familia, Ley del Nombre de la Persona Natural, Ley Transitoria del Registro del Estado Familiar y de los Regímenes Patrimoniales del Matrimonio, Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia, Tratados Internacionales y demás legislación pertinente. De igual manera se incorporará doctrina relativa a la temática a abordar; como libros, trabajos de investigación, revistas y sitios web, tomando en cuenta que la aplicabilidad de dichas normas es

en toda la República de El Salvador, la cual cuenta con una superficie 21.040 kilómetros cuadrados, está dividido por catorce departamentos agrupados geográficamente en tres zonas, oriental (Usulután, San Miguel, Morazán y La Unión), Central (La Libertad, Chalatenango, Cuscatlán, San Salvador, La Paz, Cabañas y San Vicente), Occidental (Ahuachapán, Santa Ana y Sonsonate).

1.5 JUSTIFICACIÓN.

La importancia de realizar el análisis, sobre la garantía del derecho de identidad de las personas nacidas por técnicas de reproducción humana asistida, a través de su filiación en El Salvador, consiste en determinar y visibilizar la necesidad de una regulación secundaria ante la posible vulneración de derechos humanos de dichas personas, especialmente en lo concerniente a su derecho de identidad y la determinación de su filiación. Pues a pesar de la existencia de criterios jurisprudenciales y prohibiciones tipificadas penalmente sobre las TRHA, aún persisten ciertos vacíos en las respuestas existentes para atender de manera integral las múltiples dimensiones del problema, lo que podría llevar a la discrecionalidad al resolver un caso puesto a conocimiento ya sea de un funcionario encargado de los Registros del Estado Familiar, o de un funcionario público, por ejemplo, Procurador General de la República o procuradores auxiliares, los Gobernadores Políticos Departamentales, o por actos judiciales que conozcan sobre efectos filiatorios.

Ante la situación planteada el desarrollo de esta investigación aportará un análisis cualitativo de la realidad que enfrentan las personas nacidas por TRHA heterólogas al momento de querer asentar su nacimiento y filiación; y, además consignará información sobre el tercer tipo filial, jurisprudencialmente ya introducido en el país.

Actualmente la Ley Procesal de Familia, en el artículo 7 literal F, mandata que los problemas jurídicos deben solucionarse aún y cuando no hay un

procedimiento establecido para ello; debido a tal situación, es importante la recopilación jurisprudencial, que permita determinar la respuesta a las diferentes situaciones jurídicas planteadas ante los tribunales.

Esta investigación representa además un aporte para futuras investigaciones que fortalezcan el debate nacional sobre la necesidad de una regulación especial con respecto a las TRHA, a fin de minimizar las diferentes problemáticas jurídicas que se derivan de estas.

De todo lo anterior, se justifica analizar el marco legal salvadoreño, incorporando la Constitución de la República de El Salvador, derecho internacional y legislación secundaria, así como la jurisprudencia que plasme la interpretación e integración de esta normativa para cumplir con la garantía del derecho de identidad y determinación de la filiación de las personas nacidas bajo estas técnicas.

En conclusión, el propósito de esta investigación es estudiar y conocer más sobre esta temática debido a que es una situación compleja; no obstante existir esfuerzo previo por regularlo en una ley especial y su reconocimiento jurisprudencial han resultado insuficientes para visibilizar el problema de estudio como una situación que afecta los derechos de las personas nacidas por medio de técnicas de reproducción humana asistida y ofertar una respuesta garante de sus derechos.

2 CAPÍTULO II: FUNDAMENTACIÓN TEÓRICA.

2.1 El derecho de identidad desde la perspectiva de derechos humanos.

En el marco de la teoría de derechos humanos, el de identidad se encuentra reconocido como de segunda generación, siendo un derecho humano con las características propias de cualquier otro, es decir que es universal, indivisible, imprescriptible, interdependiente etc.; este derecho es uno de los elementos que conforman la esencia del ser humano como tal y que representa la individualidad de cada uno y la potencialidad que cada persona desarrolla como parte de un grupo social.

Con referencia a lo anterior, el derecho a la identidad puede calificarse como derecho humano de carácter y contenido tan fundamental y básico que puede oponerse erga omnes, el cual es autónomo, cuya existencia no está subordinado a otros derechos, sino que es un derecho en sí mismo, además tiene contenido y valor propio, además sirve a otros derechos para su plena realización y ejercicio.²⁴

Cabe agregar, que si bien es cierto el derecho de identidad implica otros derechos humanos, nunca pierde cada uno de ellos su especificidad y especialidad, a medida que la cultura de los derechos humanos se torna característica de las tendencias democráticas contemporáneas, es necesario que cada individuo cuente con una identidad, que sea preservada y que pueda en todo momento acreditarla, haciendo valer su propia personalidad en todas las actividades y manifestaciones legítimas que desee, en uso de su libertad.²⁵

Es en este contexto donde el derecho a la identidad ha adquirido y desarrollado su autonomía, cabiéndole una construcción propia. Así por medio del

²⁴ Oliverio Castillo Ramírez, *Garantías Constitucionales y Derechos Humanos*, libro en PDF (2011), Acceso el 22 de marzo de 2022, <https://www.sedh.gob.hn/documentos-recientes/210-garant%C3%ADas-constitucionales-y-derechos-humanos/file>

²⁵ Secretaria de Gobernación, *El derecho de identidad como derecho humano*, (Mexico:2011) primera edición en PDF, página 102.

derecho a la identidad, se protege la vida humana en su realidad radical que es la propia persona en sí, indivisible, individual y digna.²⁶

2.2 Concepto de derecho de identidad.

Doctrinariamente, el concepto del derecho identidad más utilizado, le corresponde al jurista Fernández Sessarego, quien afirma que es «el conjunto de atributos y características que permiten individualizar a la persona en sociedad».²⁷ Mismo que ha sido retomado incluso por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en adelante CIDH, en la Opinión Consultiva 24-17. En tal sentido, comprende varios derechos, como el derecho al nombre, a ser inscritos desde el nacimiento, a establecer la filiación y la nacionalidad, entre otros.²⁸

El derecho humano a la identidad y los derechos que comprende surgen desde el nacimiento, tal como considera Victoria Martínez al establecer que «el derecho de identidad constituye un proceso que se inicia con el nacimiento y se prolonga hasta la muerte».²⁹ Por lo tanto, en el trascurso de la vida, como seres sociales se crean relaciones que proveen cambios y desarrollan el derecho a la identidad. Es así que, el derecho de identidad es personalísimo y consiste en la definición del ser humano, con sus propias características, con un conjunto de atributos y características que permiten individualizar a la persona en sociedad.³⁰

²⁶ Constanza Nuñez, *Una aproximación conceptual al principio pro persona desde la interpretación y argumentación jurídica, Materiales de filosofía del derecho*, Universidad Carlos III de Madrid (2017), <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r37509.pdf>.

²⁷ Carlos Fernández Sessarego, *Derecho a la identidad Personal*, (Buenos Aires, Argentina: Editorial Astrea, 1992), 13

²⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Opinión Consultiva OC- 24/17, identidad de género e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo*, solicitada por la República de Costa Rica. (24 de noviembre de 2017), Acceso el 27 de marzo 2022. <https://www.refworld.org/es/docid/5a5d311f4.html>

²⁹ Secretaría de Derechos Humanos, Ministerio de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos de la Nación con la colaboración de Fondo de las Naciones Unidas para la infancia, *Derecho a la identidad: dimensiones, experiencias y políticas públicas*, (Buenos Aires:2009) edición en PDF, cap. 1. <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r26889.pdf>.

³⁰ Francisco Javier Laporta, «Identidad y derechos: una introducción temática», Boletín Oficial del Estado (2013). <http://hdl.handle.net/10486/662577>.

Lo anterior permite concluir que el derecho de identidad incluye una gama de derechos y que éste se encuentra directamente relacionado con el derecho de filiación, entre otros. Los cuales son inherentes a la persona humana, desde su nacimiento y sin distinción alguna en razón de su origen, las condiciones de su nacimiento o cualquier otra circunstancia.

2.3 Elementos del derecho de identidad.

El derecho de identidad está compuesto por elementos como el nombre y apellido, nacionalidad, imagen, la inscripción de nacimiento, filiación, vínculo socioafectivo, sexo, género y estado familiar, los cuales pueden ser dinámicos o estáticos. Su construcción se prolonga durante la vida del ser humano, en un proceso continuo que abarca esta multiplicidad de elementos.

2.3.1 Nombre y apellido.

Dentro del derecho de identidad, el nombre tiene una indiscutible relevancia, ya que no se debe considerar un mero requisito administrativo o legal, sino un verdadero derecho humano que cumple esa función de identificar e individualizar a las personas, el cual se encuentra íntimamente relacionado con la familia y la identidad en el ámbito social; ya que, según sostiene Domínguez, «el nombre se instala en la persona de manera permanente, acompañada de un proceso de construcción de la identidad en el ámbito social».³¹

El nombre, según Guillermo Cabanellas de Torres, «es la palabra o vocablo que se apropia o se da a una persona o cosas, a fin de diferenciarla y distinguirla de las demás».³² Por su parte Rosa Chaman, define el nombre como «aquél que distingue su individualidad de la de los demás en la vida social, no solo es un

³¹ Andrés Gil Domínguez, María Victoria Fama y Marisa Herrera, Derecho Constitucional de Familia, Tomo II, (Buenos Aires: editorial Ediar, 2006) Tomo II, pág., 84

³² Guillermo Cabanellas de Torres, *Diccionario Jurídico Elemental*, Edición actualizada, corregida y aumentada por Guillermo Cabanellas de las Cuevas, Editorial Healist. Acceso 28 de marzo 2022, <http://www.unae.edu.py/biblio/libros/Diccionario-Juridico.pdf>.

distintivo».³³ De tal forma que el nombre es un derecho, que se distingue socialmente y nos individualiza como personas.

Ahora bien, el nombre consta de dos elementos: por una parte, el nombre propiamente dicho y por otra el apellido, también denominado nombre de familia. El nombre propio, por su naturaleza jurídica, constituye una sólida base de diferenciación de los sujetos, para poder referirse a ellos; el apellido en cambio, se otorga de pleno derecho a los descendientes. Por lo tanto, el nombre propio aunado al apellido determina en cada sujeto, su atributo personal de diferenciación.³⁴

El derecho al nombre está reconocido en la normativa constitucional en el artículo 36 inciso tercero, señalando que «toda persona tiene derecho a tener un nombre que lo identifique. La ley secundaria regulará esta materia», posteriormente, por mandato constitucional, la Asamblea Legislativa emite el Decreto 450 que contiene la Ley del Nombre de la Persona Natural. Así esta ley, refiere que toda persona natural tiene derecho al nombre que usa legítimamente, con el cual debe individualizarse e identificarse, también establece que los nombres propios no deben ser lesivos a la dignidad humana, impropio de persona o equívoco respecto del sexo, y a la vez ordena que el nombre no se cambiará sino en los casos y de la manera que señala la ley, atendiendo a los artículos 1, 11, 16.³⁵ Sin embargo, jurisprudencialmente, en la inconstitucionalidad de referencia 33-2016/195-2016, del 18 de febrero de 2022, la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, ha establecido que el cambio de nombre es posible también por razones de identidad de género, descartando así posibilidad de un trato discriminatorio.

2.3.2 Nacionalidad.

³³ Rosa María Mejía Chuman, «Criterios que diferencia el cambio y rectificación de nombre», Revista Jurídica Científica, Facultad de Derecho SSIAS, Vol.7, numero 1 (2014), <http://revistas.uss.edu.pe/index.php/SSIAS/article/view/159/158>.

³⁴ Mario Vasconcelos Aguilar. «El Nombre» *Revista de Derecho Notarial Mexicano* 57, (1974) 49.

³⁵ Ley del Nombre de la Persona Natural, del 22 de febrero de 1990 (Diario Oficial No 103, Tomo 307 del 4 de mayo de 1990).

La nacionalidad es uno de los elementos jurídicos que configuran de manera más inmediata la identidad de las personas, ya que define la relación de pertenencia del individuo a un Estado y también la situación de la persona frente a los demás Estados. Se presenta tradicionalmente como un presupuesto para el disfrute de derechos políticos, civiles o sociales.³⁶

La Oficina de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, refiere que «el derecho a la nacionalidad es un derecho Humano fundamental».³⁷ Esta prerrogativa abarca el derecho de cada persona a adquirir, cambiar y mantener una nacionalidad.

El derecho a la nacionalidad tiene reconocimiento en la Constitución de El Salvador, consagrando la nacionalidad de origen y la nacionalidad adquirida, reguladas en el artículo 90. Además, concede la doble y múltiple nacionalidad a los salvadoreños de origen en su artículo 91 inciso primero. En materia internacional, la Declaración de Derechos Humanos, en su artículo 15, reconoce el derecho a la nacionalidad para todas las personas.

2.3.3 Imagen.

El derecho a la propia imagen surge del hecho que el ser humano está en el mundo de forma corpórea o física, esta realidad de la persona es una de las fuentes de datos e información más importante sobre los individuos y su identidad, el derecho a la imagen garantiza un ámbito de libertad respecto a sus atributos más característicos y propios de la persona, que la identifican, como es la imagen física visible.³⁸

³⁶ Elena Rodríguez Pineau, Identidad y Nacionalidad, AFDUAM 17(2013), Acceso 29 de marzo de 2022, <file:///C:/Users/User/Desktop/nacionalidad.pdf>

³⁷ La Oficina del alto comisionado para las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *El ACNUDH y el derecho a la nacionalidad*, (2017). Acceso 30 de marzo del 2022, <https://www.ohchr.org/es/nationality-and-statelessness>

³⁸ Humberto Nogueira Alcalá, «El derecho a la propia imagen como derecho fundamental implícito. Fundamentación y caracterización», *Revista Ius et Praxis*, 13 (2007): 245-285,2077. Acceso 30 de

De esta manera, podemos definir la imagen personal como la identidad que, a través de su indumentaria y cuidado de sus rasgos físicos, la persona construye de sí misma para presentarse en sociedad como prolongación de su papel en la sociedad, de su manera de ser, de comportarse, de vivir y de todos los rasgos de su personalidad³⁹. Dicho derecho lo encontramos regulado en la Constitución salvadoreña en su artículo 2 inciso segundo en el cual establece «Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen».⁴⁰

2.3.4 La inscripción del nacimiento.

El registro del nacimiento es el reconocimiento legal del derecho de identidad, y la constancia de la existencia de una persona. Leah Selim considera que es «el acto jurídico a través del cual el Estado cumple con la obligación de garantizar a todas las personas del derecho de identidad, al nombre y a su filiación».⁴¹ Para el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia, «es el proceso permanente y oficial de inscribir el nacimiento de un niño, en el cual se reconoce su existencia e identidad jurídica».⁴² En otras palabras, tener un registro de nacimiento implica poder participar de un conjunto de derechos sociales, civiles, políticos, económicos y culturales establecidos en las normativas jurídicas de cada sociedad.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos establece en su artículo 15 que «toda persona tiene derecho a una nacionalidad»⁴³, para lo cual es necesario disponer de un registro de nacimiento. En ese orden de ideas, la Convención de los

marzo de 2022, https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122007000200011#:~:text=El%20derecho%20a%20la%20propia%20imagen%20es%20un%20derecho%20aut%C3%B3nomo,calidad%20de%20vida%20propiamente%20humana%2C

³⁹ Fernando Lara Gambia. «El derecho fundamental a la propia imagen y la publicación de fotografías» (Madrid, España: 2004). Acceso 28 de marzo del 2002. <https://revistas.ucr.ac.cr/index.php/juridicas/article/view/13348/12620>

⁴¹ Leah Selim, «¿Qué es el registro del nacimiento y porque es importante?» (2019). Acceso 10 de abril de 2022. <https://www.unicef.org/es/historias/registro-nacimiento-importante>

⁴² Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia, (Italia: 2002), n°9, Acceso 10 de abril de 2022. <https://www.unicef-irc.org/publications/pdf/digest9s.pdf>

⁴³ Declaración Universal de Derechos Humanos, Asamblea General... art. 15.

Derechos del Niño, establece en su artículo 7 que «el niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho a un nombre». De la lectura se desprende que, tanto para la Declaración Universal de los Derechos Humanos como para la Convención de los Derechos del Niño, el fin fundamental del registro de nacimiento es el de garantizar el derecho a un nombre, filiación y una nacionalidad de las personas que nacen dentro de un Estado, en vista de que el asegurar este derecho, se asegura el acceso a otros derechos como la salud, educación, entre otros.

Por otra parte, en la Ley Transitoria del Registro del Estado Familiar y de los Regímenes Patrimoniales del matrimonio⁴⁴ se reconoce la obligación del Estado, de inscripción de los nacimientos en su artículo 24, otorgando plazos inmediatos para la garantía de tal derecho. Por tanto, la inscripción del nacimiento de una persona ante el registro representa el reconocimiento institucional de su derecho de identidad. Por otra parte, la partida de nacimiento es el documento legal que certifica su identidad, y en este documento se deja constancia de su nombre, fecha y lugar de nacimiento, así como la identidad de sus progenitores, en base al artículo 29 Ley Transitoria del Registro del Estado Familiar.

En el mismo sentido, Yuri Emilio Buaiz⁴⁵ resalta que la LEPINA reconoce el derecho del recién nacido a ser inscrito en el Registro del Estado Familiar, dicha inscripción es un presupuesto indispensable para la materialización del derecho a la identidad, pero a la vez debe de diferenciarse que el Registro del Estado Familiar es una institución de derecho público que permite la tramitación administrativa civil para operativizar el derecho al nombre y a la nacionalidad, sin ella el individuo carece de existencia legal y automáticamente queda excluido de los demás derechos.

⁴⁴ Ley Transitoria del Registro del Estado Familiar y de los Regímenes Patrimoniales del 8 de enero de 2010 (Diario Oficial No 25, Tomo 386 del 8 de diciembre de 2010).

⁴⁵ Yuri Buaiz, LEPINA comentada de El Salvador, libro primero, (El Salvador, 2011) 308-310.

2.3.5 Filiación como elemento del derecho de identidad.

La palabra filiación deriva del vocablo *latin filatio-onis*, perteneciente a su vez a la raíz *filius*, cuyo significado es hijo; por lo que, desde el punto de vista etimológico, se destaca la posición del hijo en relación con sus progenitores.⁴⁶

Establecer la filiación es de suma importancia, puesto que en ella se fundamentan las relaciones familiares. Para Luz Amparo Serrano la filiación «es el lazo jurídico que une al hijo con su padre y con su madre y del cual, una vez establecido, se derivan los derechos y obligaciones paterno- filiales».⁴⁷

En cuanto a la regulación de esta institución, como fundamento constitucional se encuentra el artículo 36, el cual declara el derecho a la identidad, a la igualdad filiatoria y el derecho a investigar la paternidad (debiendo entenderse también maternidad); señalando que las formas de establecimiento de filiación se desarrollan en la legislación secundaria, cuyo desarrollo especializado se encuentra dentro del Código de Familia, libro segundo referido a la Filiación y estado Familiar.

Con referencia a lo anterior la filiación, como elemento esencial del derecho de identidad, determina el lazo de una persona con sus progenitores y, por tanto, determina legalmente la conformación del nombre y apellido para la persona inscrita y sus descendientes, es un elemento fundamental del derecho a conocer a los progenitores y en la medida de sus posibilidades tener relaciones con los mismos, así como a la identidad histórica de cada individuo.

2.3.6 Vínculo socio afectivo.

⁴⁶ Irene López Faugir, «Filiación por naturaleza, por reproducción asistida y por adopción», *Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM*, acceso el 30 de marzo 2022.

⁴⁷ Luz Amparo Serrano Quintero, «Una mirada al derecho de familia desde la psicología jurídica», capítulo 3, acceso el 31 de marzo 2022, <https://repository.usta.edu.co/bitstream/handle/11634/26788/Segundapartederechofamiliacapitulo3filiacion2020luzserrano.pdf?sequence=1>

Los vínculos afectivos juegan un papel esencial en la construcción de la identidad de la persona, se relaciona con el desarrollo del sentido de pertenencia familiar y social. En ese sentido Pepa Horno define los vínculos afectivos como «las relaciones que se construyen entre dos personas en las que han invertido sus propias emociones, que han cultivado durante tiempo y con las que se han comprometido, generando un proyecto común de relación».⁴⁸

Por lo tanto, el vínculo socio afectivo es sinónimo de la convivencia familiar en el que se valoran las relaciones de entrega y comportamiento de cada uno de los sujetos del derecho sin considerar en lo más mínimo el origen más allá de los genes, lo que interesa al derecho es la relación de estado generada entre las personas.⁴⁹

Estos vínculos son variantes, dependiendo de la circunstancia o el momento de la vida de cada individuo; pues se forjan a lo largo de la vida, en principio con los padres legales que pueden ser diferentes a los padres biológicos, pero puede ser también con abuelos, tíos, compañeros de escuela, trabajo, etc., y sin duda este vínculo forma parte de la identidad de la persona.

2.3.7 Sexo

El sexo está determinado por la condición biológica y genética, es decir, los caracteres sexuales primarios masculinos o femeninos. Para Montis «es el conjunto de características biológicas que definen al espectro humano como hembras y machos».⁵⁰ Por lo tanto, el sexo se refiere a las diferencias biológicas que define el

⁴⁸ Pepa Horno Goicoechea, *Desarrollo del vínculo afectivo*, Curso de actualización pediatría 5^a Curso de actualización de pediatría (2008) pág. 303-310. Acceso 30 de marzo 2022, https://www.aepap.org/sites/default/files/aepap2008_libro_299-310_vinculo.pdf

⁴⁹ Enrique Varsi Ropigliosi e Marianna Chaves, *Paternidad socioafectiva, la evolución de las relaciones paterno-filiales del imperio del biologismo a la consagración del afecto*, pág. 57-60. Acceso el 31 de marzo 2022, https://repositorio.ulima.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12724/3289/Varsi_Rospigliosi_Enrique_paternidad_socioafectiva.pdf?sequence=3&isAllowed=y

⁵⁰ Iván Aragón Montis. *Sexualidad Humana*, (México: 2008), Manual Moderno, página 5.

espectro de las personas como mujeres y hombres, esta identidad física con la que cada persona nace y que diferencia a hombres de mujeres, siendo un hecho de la naturaleza y que se establece como parte de la identidad de cada uno, desde la inscripción del nacimiento.

2.3.8 Género

Doctrinariamente se define el género como: «el conjunto de ideas, representaciones, prácticas y prescripciones sociales que una cultura desarrolla desde la diferencia anatómica entre mujeres y hombres»⁵¹, construyendo así, los llamados roles masculinos y femeninos. En ese sentido, Alda Facio introduce una idea del patriarcado como fuente del género y lo define como el «conjunto de características y comportamientos, como a los roles, funciones y valores impuestas dicotómicamente a cada sexo a través de procesos de socialización».⁵²

Lo anterior permite establecer que el género al ser una construcción social es cambiante según el país, la cultura y sus costumbres. Es una variable de opción múltiple que contrasta con el sexo que solo tiene dos opciones. En criterios jurisprudenciales, el género ha sido reconocido como un elemento dinámico de la identidad, lo que ha permitido que el nombre pueda adecuarse, según el género con el que se identifique la persona.⁵³

2.3.9 Estado familiar.

Para Zannoni, el estado familiar es el «conjunto de derechos subjetivos y deberes correlativos que corresponde a las personas en virtud de su emplazamiento

⁵¹ Marta Lamas. *Diferencias de sexo, género y diferencia sexual*, (Distrito Federal México: Escuela Nacional de Antropología e Historia, 2000) Cuicuilco, Volumen 7, número 18, página 2.

⁵² Alda Facio y Lorena Fries «*feminismo, género y patriarcado*», Revista sobre enseñanzas del derecho de Buenos Aires, (2005), 13, acceso el 24 de marzo 2022, http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/rev_academia/revistas/06/feminismo-genero-y-patriarcado.pdf

⁵³ Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador, STC *Inconstitucionalidad* 33-2016/195-2016, 18 de febrero de 2022.

familiar, lo que, por estar ellas atribuidos, procurar la tutela de su individualidad familiar, como persona, ante el orden jurídico». ⁵⁴

El Código de Familia, define en su artículo 186. «el estado familiar es la calidad jurídica que tiene una persona en relación a la familia, y por el cual tal ley atribuye determinados derechos y deberes».

La doctrina expone que existen dos tipos de estado familiar: el estado familiar formal, que brinda la partida de nacimiento, con sus marginaciones; y el estado familiar material, referido a la calidad de una persona dentro de la familia, como madre, padre e hijo o hija. ⁵⁵

En conclusión, todos los elementos expuestos anteriormente son manifestaciones del derecho de identidad que le permiten al individuo ser sujeto de derechos y responsabilidades, ser reconocido jurídica y socialmente en su singularidad y en su pertenencia a un territorio, una cultura y una familia, sobre cuya base puede acceder y exigir el ejercicio pleno de sus derechos políticos, civiles, económicos, sociales y culturales. Esto implica ejercer su ciudadanía y que no se limite el derecho a prestaciones sociales, al sistema de justicia, bienestar, educación, empleo, entre otros. A pesar de que algunos de estos elementos pueden ser cambiantes en el transcurso de la vida, siempre son parte fundamental de la identidad de la persona y por tanto, deben ser garantizados.

2.4 Dimensiones del derecho de identidad.

La concepción moderna del derecho a la identidad apunta al reconocimiento de este en una doble dimensión: estática y dinámica. Así lo afirma Carlos Fernández

⁵⁴ Zannoni, Eduardo, citado en Anita Calderón de Buitrago, Emma Dinorah Bonilla de Avelar e otros, *Manual de Derecho de Familia*, (El Salvador: 1995). 583, acceso el 30 de marzo 2022, <https://sociologiauls.files.wordpress.com/2015/08/manual-de-derecho-de-familia-anita-calderon1.pdf>

⁵⁵ Cámara de Familia de la sección del centro, STC *Apelación* 112-A-07, del día dieciocho de abril de dos mil ocho.

Sessarego⁵⁶, quien establece que el derecho a la identidad tiene dos componentes muy ligados entre sí, no obstante ser unitaria, presenta dos vertientes. Una estática, inmodificable o con tendencia a no variar, y otra dinámica o mutable en el tiempo.

La identidad estática o primaria, comúnmente conocida como “identificación”, se refiere básicamente a la identificación física, biológica o registral de un sujeto, tales como el nombre, la filiación, la nacionalidad, entre otros⁵⁷. La identidad estática está dada por el genoma humano, las huellas digitales, los signos distintivos de la persona, como su nombre, la filiación, raza, imagen, estado civil y fecha de nacimiento, color de ojos, entre otros datos⁵⁸. Sin embargo, como se ha establecido previamente, los avances jurisprudenciales y tecnológicos, permiten que estos elementos no sean estáticos en su totalidad, por ejemplo, se ha descrito la posibilidad del cambio de nombre de una persona, así como también el estado civil y su imagen.

La identidad dinámica, recientemente puesta de manifiesto, es la que se refiere en cambio, al despliegue temporal y fluido de la personalidad. Ella está constituida por los atributos y características de cada persona, desde los éticos, religiosos y culturales hasta los ideológicos, políticos y profesionales. Es la manera como cada ser humano se presenta ante los demás en la vida social.⁵⁹

La Sala de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador, señaló que el derecho a la identidad presenta dos vertientes una estática y otra dinámica y refiere que:

El derecho a la identidad personal involucra no solo un aspecto estático, que es el normalmente restringido a la identificación, sino otro dinámico.

⁵⁶ Carlos Fernández Sessarego, *Sexualidad y Bioética, la problemática del transexualismo*, Foro Jurídico. Acceso 29 de marzo 2022, <file:///C:/Users/User/Downloads/18405-Texto%20del%20art%C3%ADculo-72935-1-10-20170524.pdf>

⁵⁷ María del Carmen Delgado Menéndez, «*El derecho a la identidad: una visión dinámica*» (Tesis para optar el grado de Magister en Investigación Jurídica, Lima- Perú, 2016). <https://corteidh.or.cr/tablas/r36895.pdf>

⁵⁸ Carlos Fernández Sessarego, *Sexualidad ...*, 53.

⁵⁹ Carlos Fernández Sessarego, *Sexualidad ...*, 53.

Citado a prestigiosas doctrinas, coincidimos que “los atributos estáticos son los primeros elementos personales que se hacen visibles en el mundo exterior y entre estos cabe señalar a los signos distintivos, como el nombre, el seudónimo, la imagen y otras características físicas (...) La identidad dinámica se configura por lo que constituye el patrimonio ideológico- cultural de la personalidad. Es la suma de los pensamientos, opiniones, creencias, actitudes, comportamientos de cada persona que se explayan en el mundo de la intersubjetividad (...) Es el bagaje de características y atributos que definen la “verdad personal”.⁶⁰

Sobre la base de las consideraciones anteriores, se establece que la identidad de las personas incluye una visión estática, y una visión dinámica, y ambas visiones puede ser cambiantes con el trascurso del tiempo.

2.5 Regulación del derecho de identidad en instrumentos jurídicos internacionales.

Ahora que se ha definido el alcance del derecho de identidad, sus dimensiones y los elementos que lo integran, es pertinente analizar el desarrollo de este en instrumentos jurídicos internacionales.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos⁶¹ reconoce la personalidad y la nacionalidad en sus artículos 6 y 15, y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁶² establece «el derecho de todo ser humano al reconocimiento de su personalidad jurídica». Por su parte, la Convención Americana sobre Derechos Humanos⁶³ señala el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica y el derecho al nombre, el derecho de nacionalidad, en sus artículos 3, 18, 20; esto implica que la persona posee una personalidad legal que

⁶⁰ Sala lo Civil de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador, STC *Casación* 1055, Cámara de Familia de San Salvador, de fecha 22 de septiembre de 2003.

⁶¹ Declaración Universal de Derechos Humanos, ... artículo 6 y 15

⁶² Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Artículo 16

⁶³ Convención Americana sobre Derechos Humanos, ... artículo 3 y 18

depende de la efectivización de los elementos que componen la identidad, pues la personalidad jurídica depende del registro del nacimiento de la persona y esto a su vez garantiza el establecimiento del nombre y de la filiación, entre otros.

La Declaración de los Derechos del Niño⁶⁴ reconoce de forma explícita el derecho de identidad, al expresar en el principio 3 que «el niño tiene derecho desde su nacimiento a un nombre y una nacionalidad», lo que ha permitido su evolución conceptual en el artículo 7 de la Convención sobre los Derechos del Niño⁶⁵, que además de los elementos ya reconocidos, agrega que en la medida de lo posible conocerá a sus padres y será cuidado por ellos. Asimismo, en el artículo 8, se establece la obligación estatal de respetar el derecho de identidad y de prestar la asistencia y protección necesaria cuando se prive al niño ilegalmente de dicho derecho.

Sobre la base de las consideraciones anteriores se afirma que el derecho de identidad es un derecho reconocido y protegido a través de instrumentos jurídicos internacionales que avala su regulación en la legislación interna de cada uno de los estados que los suscriben, y en el caso de El Salvador, atendiendo a lo establecido en el artículo 144 de la Constitución, constituyen ley de la República, con criterio de prevalencia con la ley secundaria, en caso de existir contradicción, lo que obliga a realizar el examen de convencionalidad de la ley para la aplicación en el caso en concreto.

2.6 El derecho de identidad en la Legislación Salvadoreña.

El derecho de identidad es un derecho humano que posee rango constitucional, al ser reconocido en la parte dogmática de la Constitución de la República de El Salvador, en el Título II referente a *los Derechos y Garantías Fundamentales de la Persona*, Capítulo II concerniente a *los Derechos Sociales*,

⁶⁴ La Declaración de los Derechos del Niño, principio 3

⁶⁵ Convención sobre los Derechos del Niño del 20 noviembre 1989, Asamblea General de las Naciones Unidas, acceso el 9 de abril del 2022, <https://www.refworld.org/es/docid/50ac92492.html>

donde se reconoce el derecho de las personas a un nombre, a la vez brinda un mandato de regular en la ley secundaria las formas de investigar y establecer la filiación. Así, dentro de las leyes secundarias referentes a elementos que constituyen el derecho a la identidad encontramos el Código de Familia, en el libro segundo *Filiación y Estado Familiar*, Título I referente a *la filiación*. La Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, en el Título III referente al *Derecho al Desarrollo*, Capítulo I concerniente a *la personalidad*. La Ley del Nombre de la Persona Natural, en el Capítulo I referente a Nombre en General, Capítulo III, concerniente *Del Apellido*. La Ley Transitoria del Registro del Estado Familiar y de los Regímenes Patrimoniales del Matrimonio, en el Título V concerniente a *Registro del Estado Familiar*, Capítulo II referente a *Registro de Nacimientos*, entre otras.

Cabe agregar, que la Sala de lo Constitucional de El Salvador, ha dotado de contenido al derecho de identidad en la sentencia con referencia 55-2012, emitida a las catorce horas con dos minutos del día cuatro de diciembre de dos mil trece, en la cual estableció «que cada ser humano es único e irrepetible, por lo que la identidad es la condición de nuestra particularidad, de nuestro ser concreto en el mundo».⁶⁶

El derecho de identidad es por tanto un deber y una obligación, afirmación que descansa en lo enunciado en la Sentencia de Auto de Pareatis de referencia 40-P-2013, la cual enuncia:

El derecho de la identidad prohíbe al Estado y a los particulares intervenir o irrespetar la biografía de un individuo. Este deber de abstención-producto del carácter personalista del Estado y del derecho al libre desarrollo en la personalidad de todo ser humano (artículo 1 de la Constitución)- implica que una vez reconocidos, está prohibido negar el nombre, la imagen, el estado familiar o la identidad de las personas. Por

⁶⁶ Sala de lo Constitucional, Corte Suprema de Justicia de El Salvador, Inconstitucionalidad, STC con referencia N° 55-2012, (diciembre 2013), 13

otra parte, el Estado también tiene a su cargo la obligación positiva de crear las condiciones adecuadas y aptas para que el derecho a la identidad, en el sentido, logre la mayor eficacia normativa posible; esto exige que, por ejemplo, se suministre documentos de identificación que sirvan para singularizar a la persona [...] ⁶⁷.

Es importante mencionar que este, como todos los derechos, deben garantizarse para su pleno ejercicio, por medio de mecanismos de protección de los intereses o de las necesidades que constituyen el objeto de un derecho, estas se dividen en garantías políticas que son todos aquellos mecanismos de protección y tutela de los derechos encomendados a órganos institucionales como el gobierno; mientras que las garantías políticas consisten en normas y actos que los órganos legislativo y ejecutivo adoptan en tutela de los mismos⁶⁸, pues «las garantías nacionales protegen los derechos fundamentales por lo que los derechos fundamentales exigen, por definición, una serie de garantías, al menos de las derivadas de su inserción en una Constitución normativa».⁶⁹ En ese sentido, resulta oportuno determinar que la Constitución de El Salvador establece que el Estado tiene que estar al servicio de los seres humanos, y reconoce que la organización estatal ha nacido para servir a la persona humana: por lo que, toda su actividad debe orientarse a cumplir los derechos que le corresponden a toda persona y brindar seguridad jurídica. La identidad de las personas debe garantizarse con el pleno y libre ejercicio de los elementos y/o derechos que se reconocen en la legislación.

Por todo ello, es posible determinar que los elementos del derecho de identidad se encuentran reconocidos en la Constitución, en los artículos 36 y 90 de la misma. De igual forma la jurisprudencia desarrolla su contenido y ha determinado que la identidad tiene una serie de manifestaciones, tal como se ha desarrollado.

⁶⁷ Corte Suprema de Justicia de El Salvador en Corte Plena, *STC Auto Pariatis 40-P2013*, 16 de febrero de 2017.

⁶⁸ Marco Aparicio Wilhelmi e Gerardo Pisarello Prados, *Los Derechos Humanos y sus garantías: nociones básicas*, Acceso el 25 de marzo 2022, Pág. 7-19

⁶⁹ Centro de Iniciativas de Cooperación al Desarrollo Universidad de Alcalá, *Introducción a la Teoría Jurídica de los Derechos Humanos*. Pág. 123

2.7 DERECHO FILIATORIO.

Todo ser humano debe contar con una filiación, por el solo y único hecho de haber sido engendrado. Según Enrique Varsi «la filiación humana está basada, pues, en la aportación de material genético con el que se produce la fecundación»⁷⁰; esta concepción de filiación, ha evolucionado, pues para Rospigliosi, se debe sumar «la filiación, producto de las técnicas de reproducción asistida cuyo establecimiento ha de primar la voluntad; no manda lo genético, manda lo querido».⁷¹ Todo ello, permite entonces establecer que los elementos tradicionales de la filiación, pueden llegar a disociarse con el avance de la ciencia o la voluntad de los progenitores.

La filiación sienta sus bases en las ciencias biológicas, las que tienen como regla evidente, el hecho de que cada hijo tiene necesariamente un padre que lo fecundó y una madre que lo alumbró. Sin embargo, para el derecho puede carecerse de uno de ellos o de los dos porque la procreación tradicionalmente es un hecho productor de efectos jurídicos, pero no necesariamente la atribución de un estado de filiación, debido a que los avances en la ciencia permiten procreación, fundada en la voluntad de personas diferentes con las que se establecerá la filiación que pueden diferir de los que biológicamente corresponderían. Cabe mencionar que, tradicionalmente se reconocían solo dos tipos de filiación: la consanguínea y adopción; sin embargo, a ella se les adhiere la filiación civil que corresponde a las personas nacidas por medio de técnicas de reproducción humana asistida.

⁷⁰ Enrique Varsi Rospigliosi, *Filiación Derecho y Genética, aproximación a teorías* (Perú: Lima, 1999) 32.

⁷¹ Enrique Varsi Rospigliosi, «Determinación de la filiación en la procreación asistida», *Revista IUS*, vol.11, n.39 (2017). http://www.scielo.org.mx/scielo.php?pid=S1870-21472017000100006&script=sci_abstract

Esta nueva clase de filiación, establece Marisa Herrera⁷², surge porque no se adecua a la filiación consanguínea ni a la filiación por adopción, en particular cuando se utiliza material genético de un tercero, pues en estos casos los elementos tradiciones de la filiación se disocian; sin embargo, los nacidos bajo estas técnicas, al establecerse su filiación, tienen los mismos derechos, no obstante, la forma en que se originó su vida.

2.7.1 Concepto de derecho de filiación.

Habiendo determinado el surgimiento de diferentes formas de establecer filiación, es importante referirse al derecho de filiación, que es comprendido como el vínculo jurídico y recíproco que une a padre y madre con sus hijos; la cual puede originarse de diversas formas, pero en todas, se hace presente el otorgamiento recíproco de derechos y obligaciones, ello sin limitante con base en la forma en que se haya originado la misma.⁷³

En ese mismo sentido, el Código de Familia define, en el artículo 133, la filiación como «el vínculo de familia existente entre el hijo y sus padres. Respecto del padre se denomina paternidad y respecto de la madre, maternidad».⁷⁴

Lo anterior permite determinar que la filiación regula la relación recíproca de padre y madre con sus hijos, integrado por normas legales pertinentes al establecimiento, modificación y extinción; siendo el hecho real y generalmente biológico, que ha sido alterado por impactos sociales y biotecnológicos, pues tal como lo menciona Luis Varsi⁷⁵, la filiación puede nacer con independencia del

⁷² Marisa Herrera, Kemelmajer de Calucci y Eleonora Lamm. Ampliando el campo del derecho filial en el derecho argentino. Texto y contexto de las técnicas de reproducción asistida. Revista de Derecho Privado 1. Bioderecho. 2012.

⁷³ Juan Emmanuel Rangel Zamora, Enrique Flores Terríquez, Rogelio Rangel Zamora y Natasha Ekaterina Rojas Maldonado, Filiación y Derecho de Identidad en el Código Civil de Jalisco, (México, 2022). 28.

⁷⁴ Asamblea Legislativa de la Republica de El Salvador, Decreto No. 777... Art. 133.

⁷⁵ Enrique Varsi Rospigliosi, «Determinación de la filiación en la procreación asistida», ... 8

vínculo biológico, tal como en los casos de adopción y técnicas de reproducción humana asistida donde lo importante es la voluntad procreacional y no lo genético y que, además del vínculo consanguíneo, son base para la determinación de la filiación.

2.7.2 Clases de filiación.

Los avances en materia de filiación, como se ha desarrollado en los párrafos precedentes, permiten diferenciar entre tres clases de filiación, las cuales se determinan según la fuente que las origina, siendo la filiación consanguínea, adoptiva y civil.

La primera, se deriva de un parentesco consanguíneo en línea recta; es decir que está delimitada de la unión biológica de los padres con sus hijos. Según Carlos Martínez «este vínculo tiene una dimensión biológica, derivada del hecho de la generación, y, ligada a ésta, una dimensión jurídica».⁷⁶ Esta última se compone de la maternidad y paternidad; la primera, en base al artículo 136 del Código de Familia, se establece «sin mediar reconocimiento expreso con la prueba del nacimiento y la identidad del nacido...»; mientras que la segunda, según el artículo 135 del mismo cuerpo legal, expresa las formas de establecer la paternidad, siendo por disposición de ley, reconocimiento voluntario y declaración judicial.

La filiación adoptiva, «es una figura jurídica que consiste, fundamentalmente en instaurar entre dos personas una relación jurídica de filiación, es decir, vínculos jurídicos similares a los que hay entre una persona y sus descendientes biológicos».⁷⁷ Esta clase de filiación, dice Sara Montero, «es la relación jurídica de filiación creada por el derecho, entre dos personas que no son biológicamente, ni por afinidad, progenitor e hijo».⁷⁸ Mientras que la Ley Especial de Adopciones, en el artículo 10, la define como el «vínculo de familia que se establece como

⁷⁶ Carlos Martínez de Aguirre Aldaz, La Filiación, entre biología y derecho...82.

⁷⁷ Carlos Martínez de Aguirre Aldaz, La Filiación, entre biología y derecho...100.

⁷⁸ Luis Vásquez López, Estudio del Código de Familia Salvadoreño...,104.

consecuencia de la adopción, convirtiendo a la persona adoptante en madre o padre, y a la persona adoptada en hijo e hija».⁷⁹

La filiación adoptiva es, entonces, aquella en la que no existe algún vínculo de sangre, ni un hecho biológico, genético o natural en el que se puedan relacionar el o los adoptantes con el adoptado, exceptuando la adopción entre parientes y hermanos; creando «una relación jurídica similar o análoga a la consanguínea entre el adoptado y sus adoptantes»⁸⁰ esta se basa en un hecho de la voluntad, pues existe una intención positiva de aceptar a una persona y convertirla en su hijo. En ese mismo sentido, afirma Varsi⁸¹ que la filiación derivada de la aplicación de distintas técnicas de reproducción humana asistida, al igual que la filiación adoptiva, se basa en el elemento volitivo, a diferencia de la filiación consanguínea que se basa en la procreación.

Toma vital importancia para la presente investigación el reconocimiento de la filiación civil, la cual, según Irene López⁸², se deriva del uso de las técnicas de reproducción humana asistida, que permiten tener descendencia sin la necesidad de la unión sexual entre dos personas pues ésta, por regla general, «deja de lado lo biológico para crear un tipo de filiación por socioafectividad, sustentada en la voluntad procreacional».⁸³ A esta filiación también se le conoce como, la «filiación social, filiación tecnológica o parentesco no biológico o socioafectivo, fundamentalmente cuando se aplican técnicas de reproducción heterólogas».⁸⁴

La filiación no es un concepto natural o esencial sino creaciones y conceptos culturales, que son fundamentalmente cambiantes, la tendencia actual para la determinación del nexo filiatorio es la prevalencia de la voluntad, lo cual ha

⁷⁹ Asamblea Legislativa de El Salvador, Decreto No. 282 Ley Especial de Adopciones, publicado en el Diario Oficial No 205, del 4 de noviembre de 2016.

⁸⁰ Enrique Varsi, Tratado de Derecho de Familia: Derecho de Filiación. (Perú: Lima, 2013). 28

⁸¹ Enrique Varsi Rospigliosis, Tratado de Derecho de Familia... 77.

⁸² Irene López Faugier, Filiación por naturaleza, por reproducción asistida y por adopción...153.

⁸³ Enrique Varsi Rospigliosi, Determinación de la Filiación en la Procreación Asistida...4.

⁸⁴ Enrique Varsi Rospigliosis, Tratado de Derecho de Familia... 29.

desplazado al aspecto biogenético.⁸⁵ Por tal razón con los avances de la biotecnológica nace la filiación civil, que, según considera Aída Kemelmajer de Carlucci⁸⁶ «la filiación civil se determina a favor de aquel que, sin aportar sus gametos, asiente que su pareja recurra a la técnica de reproducción, en la cual existe una disociación entre paternidad y maternidad biológica», es decir el elemento que determina la filiación es la voluntad.

En ese sentido, la voluntad procreacional constituye la fuente y el elemento principal para el establecimiento de la filiación civil. Según Sambrizzi «es el elemento central y fuente para la determinación de la filiación cuando se ha producido por técnicas asistidas de procreación».⁸⁷ En el mismo sentido Marisa Herrera⁸⁸ considera que «la filiación civil surge de la intención de ser padres con total independencia de si estos aportan o no su material genético». En base a ello, la voluntad procreacional consiste en el deseo de asumir a un hijo como propio, aunque no lo sea genética o biológicamente, ya que esta se determina por la voluntad de querer tener descendencia, independiente de la existencia del nexo biológico.

La Sala de lo Civil⁸⁹ ha sostenido que el artículo 134 del Código de Familia, no establece que las únicas fuentes de filiación son la natural y adoptiva, es decir, que este artículo es enunciativo y no excluye otras formas. Además, refiere que, a pesar de la ausencia del acto copulatorio, la voluntad procreacional determina el vínculo filial paterno al ser reconocido el hijo por el padre, en base al artículo 135 del mismo cuerpo legal, que incluye el reconocimiento voluntario como una forma de establecer la paternidad.

⁸⁵ Enrique Varsi Rospigliosi. *Determinación de la filiación en la procreación asistida...* 11-13.

⁸⁶ Aída Kemelmajer de Carlucci, Marisa Herrera, Nora Lloveras, Tratado de Derecho de Familia, según código civil y comercial (Santa fe: 2014), Tomo 2, acceso el 12 de abril de 2022 <https://www.casi.com.ar/sites/default/files/10873.PDF>, página 8

⁸⁷ Eduardo Sambrizzi, *La filiación en el Código y Comercial la procreación asistida* (Buenos Aires: 2016) página 68

⁸⁸ Marisa Herrera, Manual de Derecho de las Familias, 1ª edición (Buenos Aires: 2015) Página 312 http://www.ejuridicosalta.com.ar/files/Manual_de_Derecho_de_Las_Familias.pdf

⁸⁹ Sala de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia, STC Casación 1055pagina 14

Lo anterior nos permite determinar que, en El Salvador, se reconocen tres tipos de filiación, que incluso pueden no ser las únicas a futuro, ya que la Sala de lo Civil, establece que la regulación de éstas en el Código de Familia no es cerrada y permite que se incluyan otras. Es así como jurisprudencialmente se reconoce la filiación civil, la cual tiene como base la voluntad procreacional similar a la filiación por adopción, que a su vez se asemeja a la filiación consanguínea. Es importante mencionar que, sea cual sea, el origen filial, la persona debe conservar su derecho de identidad, con todos sus elementos, los cuales incluyen el derecho a investigar la filiación.

2.7.3 El derecho de filiación en instrumentos jurídicos internacionales.

Es importante determinar que los instrumentos jurídicos que regulan la filiación son herramientas que posee todo ser humano para accionar, cuando se vulnere dicho derecho, ya que, al estar comprendido dentro de normativa supranacional, ratificada por los Estados parte, su cumplimiento es de carácter obligatorio. Varsi expone que el derecho a la investigación de la filiación «está más vinculado con el derecho a conocer el propio origen biológico que con el derecho de paternidad, aunque podemos verlo contenido en el derecho a conocer a los padres.»⁹⁰ No obstante, ambos son elementos del derecho de identidad.

En concordancia con lo anterior, es importante mencionar que la Convención de las Naciones Unidas Sobre los Derechos del Niño, en su artículo 7 establece que el niño tiene derecho a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos. Así mismo indica que los Estados se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, nacionalidad, nombre y relaciones familiares (artículo 8), y el deber de los Estados de adoptar todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos por la Convención.

⁹⁰ Enrique Varsi Rospigliosis, Tratado de Derecho de Familia... 107.

En el mismo sentido, el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador), determina en su artículo 16, el reconocimiento de la filiación y a conocer y crecer con sus padres.

Por su parte, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, establece en su artículo 24.2 que todo niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento; asimismo, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en el artículo 10.3, reconoce la no discriminación en razón de filiación.

Aunado a ello, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José), manifiesta en su artículo 18, que todos tienen derecho a llevar los apellidos de sus padres, al igual que el Código de Derecho Internacional Privado (Código de Bustamante), en su artículo 57, dispone el derecho al apellido y las que determinan las pruebas de filiación, y en el artículo 63 la investigación de la paternidad y de la maternidad.

De lo anterior, es posible determinar que el derecho de filiación posee amplias bases jurídicas en instrumentos internacionales; de ello el reconocimiento constitucional en el país y el desarrollo en la ley secundaria. Es importante señalar que al sumar la filiación a los elementos que constituyen el derecho de identidad, se fortalece la base legal del derecho de las personas nacidas por técnicas de reproducción humana asistida a ser garantizados en estos.

2.7.4 La Filiación en la legislación salvadoreña.

Tal como se ha establecido previamente, el fundamento de la regulación de la filiación en El Salvador, se encuentra en el artículo 36 de la Constitución el cual reconoce el derecho de toda persona a la identidad, así como a la investigación y el establecimiento de su filiación, señalando la obligación de legislar al respecto.

Así, la legislación secundaria, dentro del Código de Familia en el artículo 133 aduce que «la filiación es el vínculo de familia existente entre el hijo y sus padres. Respecto del padre se denomina paternidad y respecto de la madre, maternidad.»⁹¹ Así mismo, el artículo 135, refiere que la paternidad se establece por disposición de la ley, por reconocimiento voluntario o por declaración judicial. Mientras que, el artículo 136 determina que la maternidad quedará establecida aún sin mediar reconocimiento expreso, con la prueba de nacimiento y la identidad del nacido. Además, se regula, en el artículo 139, lo relativo al derecho a investigar la filiación materna y paterna.

Además, la LEPINA, en el artículo 73 expresa que las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a su relación paterna y materna filiales. Asimismo, establece que no serán relacionados en los asientos del Registro del Estado Familiar, en la que indiquen el origen de su filiación y así evitar la discriminación en razón del origen. Es importante mencionar que el Comité de los Derechos del Niño⁹², en la observación general número 7, hace hincapié a que todos los niños deben ser inscritos al nacer, sin discriminación alguna, pues esta omisión implica la limitación de sus derechos a la atención de salud, la educación y el bienestar social básicos. A la vez es importante la inscripción del nacimiento, ya que por medio de los apellidos se determina legalmente la filiación.

Aunado a ello, la Ley Especial de Adopciones, en su artículo 10, reconoce la filiación adoptiva como el vínculo de familia que se establece como consecuencia de la adopción. Mientras, que el artículo 15 determina que la persona adoptada tiene derecho a conocer su madre o padre biológicos, asimismo estipula la obligación de asegurar la conservación de la información y a garantizar su acceso. Además, el artículo 19 de la Ley del Nombre de la Persona Natural, determina que, para

⁹¹ Asamblea Legislativa de El Salvador, Decreto No. 667... Art. 133.

⁹² Comité de los derechos del niño, Observación General No. 7, Realización de los derechos del niño en la primera infancia, 20 de septiembre de 2006. Párrafo 25.

establecer la filiación adoptiva, el adoptado podrá identificarse con el o los apellidos del o los adoptantes.

De lo anterior es posible determinar que, pese a que el Código de Familia, permite el reconocimiento de otras clases de filiación diferentes a la consanguínea y adopción, la ley secundaria solo desarrolla lo relativo a estas dos y no existe, en ley especial, un desarrollo de la filiación civil que concierne a la derivada de las técnicas de reproducción asistida que permitiría evitar una posible discriminación en razón de su nacimiento.

2.8 TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA.

Según plantea el Instituto Interamericano de los Derechos Humanos⁹³, las técnicas de reproducción humana asistida, son «los diferentes procedimientos que, en mayor o menor medida, pueden reemplazar o colaborar en uno o más pasos naturales del proceso de reproducción.» Por su parte, la Organización Mundial de la Salud, establece que son «todos los tratamientos o procedimientos que incluyen la manipulación tanto de ovocitos como de espermatozoides o embriones humanos para el establecimiento de un embarazo»⁹⁴; y, Javier Altamirano, en la misma línea conceptual, establece que las TRHA «son aquellas técnicas realizadas por un equipo multidisciplinario, manipulando los espermatozoides y/o óvulos, cuyo objetivo es la concepción y conseguir que la pareja o mujer tenga un hijo vivo».⁹⁵ Por su parte, la CIDH comprende como TRHA al grupo de diferentes tratamientos médicos que se utilizan para ayudar a las personas y parejas infértiles a lograr un embarazo.⁹⁶

⁹³ Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Reproducción asistida, género y derechos humanos en América Latina, (Costa Rica: San José, 2008). 11.

⁹⁴ Organización Mundial de la Salud, Glosario de terminología en Técnicas de Reproducción Asistida (TRA). Versión revisada y preparada por el International Committee for Monitoring Assisted Reproductive Technology (ICMART) y la Organización Mundial de la Salud (OMS), (Suiza: Ginebra, 2009). 10.

⁹⁵ Javier Hagenbeck Altamirano, La bioética un reto del tercer milenio, (México, 2002), 146.

⁹⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Artavia Murillo y otros, (“Fecundación In Vitro”) Vs Costa Rica, sentencia del 28 de noviembre de 2012. Párrafo 63.

En el orden de ideas anteriores, para los efectos de esta investigación, se establece que las TRHA, son todo tratamiento médico que, a través de la intervención de personal médico o profesionales en la salud, permite la reproducción humana con independencia de la unión física del hombre y la mujer.

2.8.1 Clases de TRHA.

Las técnicas de reproducción humana asistida involucran la manipulación de gametos (ovocitos y espermatozoides) que, según su origen, pueden determinar que estas técnicas resulten homólogas o heterólogas⁹⁷, como se desarrolla a continuación.

2.8.1.1 TRHA homólogas.

Las técnicas homólogas son aquellas que involucran la manipulación de gametos únicamente de las personas que desean ser progenitores y han expresado su consentimiento para hacerlo; es decir, que este tipo de técnicas no involucra la participación de donantes de material genético. El propósito de esta clase de técnica es «obtener una criatura que presenta un patrimonio genético»⁹⁸ es decir, que no hay disociación de los elementos genéticos y biológicos, por tanto, tampoco en su filiación pues, «existe una identidad entre la filiación consanguínea y la legal».⁹⁹ Es decir, que no obstante la complejidad que pueda representar una técnica de reproducción humana, las homólogas coincidirán en la identidad genética y biológica de progenitores e hijo o hija.

2.8.1.2 TRHA heterólogas.

⁹⁷ Instituto Interamericano de Derechos Humanos *Reproducción asistida, género y derechos humanos en América Latina*. 21.

⁹⁸ Ingrid Brena Sesma, Algunas Consideraciones en torno al Derecho a la Reproducción por medio de inseminación artificial, *Revista UNAM* (2017).

⁹⁹ Ingrid Brena Sesma, Algunas Consideraciones en torno al Derecho a la Reproducción...

La mayoría de autores coinciden en que esta clase de técnica es aquella que se realiza siempre con auxilio médico, e idealmente bajo las reglas de consentimiento, pero además de ello se requiere de la intervención de un tercero o donante, ajeno a la persona o personas que desean ser progenitores.¹⁰⁰ Generalmente es usada en casos de dificultades de reproducción de uno o ambos miembros de la pareja o puede simplemente obedecer a una decisión personal de la persona que desea procrear. Una técnica heteróloga, en el caso más extremo, puede requerir la participación de hasta 5 personas: pareja comitente (o pareja de futuros progenitores legales), donante de gametos masculinos, donante de gametos femeninos y mujer gestante (en los casos de gestación por sustitución).¹⁰¹

Por otra parte, Javier Gafo¹⁰², asegura que la reproducción humana asistida puede ser con aportación de gametos de la pareja conyugal o de dador o donante, pero que al tratarse de gametos de la propia especie siempre será homóloga y que heteróloga sería la que involucre gametos de otra especie. No obstante, esta definición no es la imperante en la doctrina, da lugar a señalar que existen otras acepciones referentes a las TRHA heterólogas.

A efecto de esta investigación, se seguirá denominando como heteróloga a toda aquella técnica que involucre la participación de terceros, como donantes de gametos para lograr la fecundación, pues la persona que nace por medio de una técnica de reproducción humana asistida, como ésta, a pesar de resultar de la combinación de gametos de su misma especie, enfrenta una disociación de los elementos de su filiación, ya que en esos casos, como puede deducirse de la obtención del material genético, la persona por nacer no tendrá coincidencia

¹⁰⁰ Luis Henry Meneses Ortiz, Aurelio Corcho Cásseres, Zenaida Zambrano Nacaza, Efectos legales de los procedimientos de fecundación humana asistida heteróloga cuando no existe consentimiento del marido o compañero permanente, (Colombia, 2009), 29.

¹⁰¹ Carlos Martínez de Aguirre Aldaz, «La filiación, entre biología y derecho», *Prudentia Iuris* 76, (diciembre, 2013): 97.
<https://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=fua&AN=98951028&lang=es&site=eds-live>

¹⁰² Javier Gafo, Nuevas técnicas de reproducción humana, Publicaciones de la Universidad Pontificia Comillas, (Madrid, 1986). 16.

genética con la persona o personas progenitoras; y en algunos casos como la gestación por sustitución, también disocian el elemento biológico, pues no operaría la presunción de la maternidad por el parto, lo que conlleva la necesidad de determinar cómo se establecerá la filiación del niño o niña que nazca, pues el establecimiento de la filiación por las vías tradicionales o basados en la ley o en los elementos biológicos - genéticos, no dan respuesta legal a estos casos.

2.8.2 Tipos de TRHA.

Para comprender mejor esta connotación legal de la filiación originada por las TRHA, es necesario conocer en qué consisten estas técnicas; así, debe señalarse que la evolución científica hace difícil enlistar todas las técnicas de reproducción humana asistida; sin embargo, las más usadas y base de otras técnicas son: la inseminación artificial, fecundación in vitro y la gestación por sustitución, también conocida por la doctrina como maternidad subrogada o por sustitución, y anteriormente también conocida como vientre de alquiler.¹⁰³

2.8.2.1 Inseminación artificial.

Esta técnica, de acuerdo al Instituto Interamericano de Derechos Humanos¹⁰⁴, es de las más antiguas y simples; según Javier Gafo¹⁰⁵, el primer caso data del año 1799 y fue el resultado de experimentar inseminación en 55 mujeres, obteniendo un solo embarazo. Gafo establece que, conceptualmente, la inseminación artificial «consiste en depositar espermatozoides en los genitales internos femeninos, mediante el dispositivo instrumental específico». En términos genéricos, «es la introducción de espermios en forma artificial (mecánica) en los órganos reproductores de la mujer, mediante instrumento quirúrgico idóneo

¹⁰³ Gisela María Pérez Fuentes, Karla Cantoral Domínguez, Margarita del Carmen Rodríguez Collado, La maternidad subrogada. (México, 2017) 82

¹⁰⁴ Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Reproducción asistida..., 36.

¹⁰⁵ Javier Gafo, Nuevas técnicas de reproducción humana, ... 15.

(jeringuilla hipodérmica)». ¹⁰⁶ La inseminación puede ser intrauterina, endocervical o exocervical; es decir, dentro de útero o dentro del cuello uterino.

2.8.2.2 Fecundación *in vitro*.

Esta técnica es la más sofisticada en comparación a la inseminación artificial; el primer bebé que nació por medio de esta técnica fue Luoise Brown, en Inglaterra, en 1978. ¹⁰⁷ Consiste «en poner en contacto los gametos masculinos (espermatozoides) y los femeninos (ovocitos) para lograr la fecundación y el desarrollo embrionario fuera del organismo de la mujer» ¹⁰⁸, logrado dicho desarrollo, se selecciona el número adecuado de estos y se transfieren al útero para, finalmente, conseguir una gestación evolutiva. En el mismo sentido, la CIDH, la comprende como el procedimiento en el cual los óvulos de una mujer son removidos de sus ovarios, ellos son entonces fertilizados con el esperma en un procedimiento de laboratorio, una vez concluido esto, el óvulo fertilizado es devuelto al útero de la mujer. ¹⁰⁹

En este tipo de reproducción humana, básicamente, los gametos masculinos y femeninos se ponen en contacto en un laboratorio genético, para facilitar que la fecundación ocurra espontáneamente; pero también, existen otras técnicas derivadas de esta, como la llamada microinyección espermática (ICSI), que según el Instituto Interamericano de Derechos Humanos surge en 1986, y consiste en una intervención más activa sobre el proceso de fecundación, introduciendo un espermatozoide en el interior de cada ovocito, es decir, no se utiliza el método tradicional de depósito de espermatozoides para que se realice la fecundación, sino

¹⁰⁶ Anita Calderón de Buitrago, Emma Dinorah Bonilla de Avelar, Aracely Bautista Bayona, María Eugenia Burgos Salazar, César Rolando García, Federico Edmundo Pino Salazar. Manual de Derecho de Familia. (El Salvador, 1995). 502.

¹⁰⁷ Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Reproducción asistida..., 41.

¹⁰⁸ Fernando Abellan, Bioética y Ley en reproducción humana asistida: manual de casos clínicos, (España: Santa Lucía, 2009). 252.

¹⁰⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Artavia Murillo y otros..., párrafo 64.

que se introduce directamente un espermatozoide en el óvulo, para lograr un embrión.

Por otra parte, la criopreservación de embriones consiste en la congelación de los embriones no transferidos al organismo de la mujer, para futuros usos de la pareja involucrada (para lo cual la doctrina señala que deberá haber consentimiento previo a la implantación). Básicamente la fecundación in vitro es una transferencia de óvulos frescos fecundados y la criopreservación, sería entonces, la transferencia de óvulos fecundados que fueron congelados previamente.

2.8.2.3 Gestación por sustitución.

Esta técnica aparece dos años después que la fecundación in vitro, en Estados Unidos, en Louisville, Kentucky, en el año de 1980, cuando una mujer identificada como Elizabeth Kane, de 37 años de edad y madre de 3 hijos, recibió diez mil dólares por el servicio, según establece Xavier Hurtado, quien además la define como «la práctica mediante la cual una mujer gesta un niño por otra (persona), con la intención de entregárselo después del nacimiento»¹¹⁰, esta mujer recibe el nombre de gestante por sustitución o subrogada, a quien la Organización Mundial para la Salud se refiere como «mujer que lleva adelante un embarazo habiendo acordado que ella entregará el bebé a los padres previstos».¹¹¹ Los gametos pueden originarse de los padres previstos y/o de terceros, pero esta técnica, siempre es heteróloga.¹¹²

De lo anterior, se deduce que esta técnica involucra siempre otra persona, por ejemplo, pueden fecundarse los gametos de la pareja por fecundación in vitro y transmitir el ovulo fecundado al útero de la gestante por sustitución para culminar la

¹¹⁰ Xavier Hurtado Oliver, El derecho a la vida ¿y la muerte?, procreación humana, fecundación in vitro, clonación, eutanasia, suicidio asistido y aborto, problemas éticos, legales y religiosos. (México, 2008) 6.

¹¹¹ Organización Mundial de la Salud, Glosario de terminología en Técnicas de Reproducción Asistida (TRA)...7.

¹¹² Xavier Hurtado Oliver, El derecho a la vida ¿y la muerte?... 6.

gestación; o bien, inseminar artificialmente a la gestante subrogada con los gametos del hombre, lo que involucraría la participación de ella como proveedora de los gametos femeninos. Abellan¹¹³ indica que también puede ocurrir que la pareja de encargo sea heterosexual u homosexual o que se trate de una persona soltera. Pudiendo también ocurrir que ambos donantes sean ajenos a la pareja o a la persona que desea ser progenitora, de tal forma, que representaría en todo caso, una dificultad para el establecimiento de su filiación al momento de inscribir el nacimiento, si nos atuviéramos a la literalidad de la legislación secundaria salvadoreña.

2.8.3 Disociación de los elementos de la filiación en personas nacidas por TRHA heterólogas.

Como se ha desarrollado previamente, las TRHA heterólogas son las que involucran la participación de al menos un tercero o donante de los gametos, que posibilitan la fecundación. En este contexto, la filiación se determina a favor del hombre o la mujer que, sin aportar sus gametos, asume la paternidad o maternidad de la persona nacida por TRHA, creando así un vínculo filiatorio entre ellos. Esto «crea un concepto de filiación que nace de la voluntad como lazo jurídico, acentuando el carácter social y cultural de la filiación por encima del dato biológico».¹¹⁴ Encontrándonos entonces ante una disociación de los elementos tradicionales de la filiación y la necesidad de determinar nuevas formas de establecerla.

Los elementos genéticos y biológicos suelen ser tratados como sinónimos, pero las TRHA evidencian también su disociación. El elemento genético se relaciona con aquellos que han aportado sus gametos para lograr la fecundación; mientras que el elemento biológico tiene una connotación más amplia, relacionándose con la

¹¹³ Fernando Abellan, *Bioética y Ley en reproducción humana asistida...*, 210.

¹¹⁴ María Cárcaba Fernández, *Los problemas jurídicos planteados por las nuevas técnicas de procreación humana* (España: Barcelona, 1995), 124.

gestación¹¹⁵. Tan es así que, la persona que ha nacido por TRHA puede tener vínculos genéticos con él, la o los donantes de gametos; vínculos biológicos con una gestora por sustitución y vínculos sociales y afectivos con las personas con las que se estableció la filiación legal. En este caso, la llamada voluntad procreacional, es el elemento determinante para la atribución o no, de la filiación¹¹⁶.

2.8.4 Las TRHA en la legislación salvadoreña.

Como se ha desarrollado previamente, las TRHA son el resultado de avances científicos y tecnológicos que, por su carácter innovatorio, no se prohibieron, ni regularon expresamente en la Constitución y leyes secundarias en materia de familia; pero la ley primaria da un reconocimiento y protección a la persona humana, en el artículo 1, inciso 2, reconociendo a la persona humana como origen y fin de la actividad del Estado. Así mismo se hace referencia a la igualdad de las personas ante la ley, en el art. 3 y a la igualdad de los hijos frente a sus padres sin importar su filiación, en el art. 36.

Por otra parte, la Constitución también establece, en el artículo 144, que los Tratados Internacionales constituyen Leyes de la República, aún con criterio de prevalencia en caso de conflicto con la ley secundaria, lo que obliga, como ya se ha señalado, a hacer el análisis de constitucionalidad y además de convencionalidad de las leyes, para su aplicación en el caso en concreto, pues la persona nacida por TRHA tiene los mismos derechos que la persona cuya filiación se ha determinado por consanguineidad o adopción.

¹¹⁵ Rosalía Muñoz Genestouz, Leonardo Raúl Vittola, «El derecho a conocer el origen genético de las personas nacidas mediante técnicas de reproducción humana asistida con donante anónimo» Revista IUS 39 (2017). Disponible en: http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-21472017000100011&lng=es&nrm=iso 2

¹¹⁶ Héctor Augusto Mendoza Cárdenas, «La Voluntad Procreacional: Un Caso De Inseminación Artificial Casera Atípico.» *Revista Jurídica de La Universidad Autónoma de Madrid*, no. 35 (enero 2017): 351. <https://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=a9h&AN=126058383&lang=es&site=eds-live>.

Es pertinente mencionar, en leyes supranacionales el artículo 16 del Protocolo de San Salvador, el cual, en su art. 14.1.b, reconoce el derecho de toda persona a «gozar de los beneficios del progreso científico y tecnológico»; mismo que se encuentra contenido en el artículo XIII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. Además, el corpus iuris que regula el derecho de identidad, desarrollado en la presente investigación en el apartado sobre dicho derecho, es también aplicable a las personas que nacen por medio de TRHA, pues es un derecho inherente a la persona humana y sin discriminación alguna.

Por su parte, en la legislación secundaria, se incorpora la igualdad de derechos de los hijos, sin importar su filiación, que regulan el art. 4 y 202 del Código de Familia; y la posibilidad de una tercera fuente filial que estipula el artículo 134, al establecer que «La filiación puede ser por consanguinidad o adopción».

Dado a las consideraciones previas, es importante hacer referencia a que no existe una regulación especial que establezca la forma en que se ejecutan las TRHA en el país, ni tampoco las formas de establecer la filiación producto de las mismas; sin embargo, el Código Penal establece ciertas prohibiciones a estas prácticas como la manipulación genética que regulan los artículos 140 y 141, los cuales establecen una sanción de prisión y multa para dicha manipulación, cuando se realice con un fin diferente al de eliminar o disminuir enfermedades, intencional o culposamente. Mientras que, en Título III de Delitos Relativos a la Libertad, Capítulo III llamado «De la inseminación artificial y la experimentación» regula los tipos de inseminación artificial no consentida e inseminación fraudulenta, en los artículos 156 y 157 de dicho cuerpo legal, estableciendo penas de prisión en ambos casos. Lo que permite deducir, que los hechos que no estén penalizados serían permitidos, reconociéndose así la existencia y utilización de estas técnicas en la sociedad salvadoreña.

De lo anterior se deduce que las TRHA cuentan con reconocimiento internacional y nacional que avalan su implementación y establecen ciertos límites

a la práctica; no obstante, no se encuentra un desarrollo expreso en la legislación nacional sobre el derecho a la identidad de la persona nacida por medio de dichas técnicas.

2.8.5 La aplicación del principio de igualdad y no discriminación en el establecimiento de la filiación de personas nacidas por medio de TRHA.

Así, habiendo quedado claro la calidad de titular de derechos humanos de toda persona, se analiza que independientemente de su origen, la persona nacida por TRHA debe estar garantizada de sus derechos.

El artículo 3 de la Constitución de la República de El Salvador, establece la igualdad de todas las personas ante la ley, mientras que el artículo 36 de dicho cuerpo normativo, establece la igualdad de los hijos. En este punto, es necesario mencionar que la Constitución hizo relevancia a la igualdad filial, evitando así cualquier discriminación o diferenciación entre la filiación consanguínea y la adoptiva. De tal forma que ese mismo principio aplicaría para cualquier persona nacida por TRHA, de tal forma que tampoco debe hacerse ninguna distinción en los casos de la filiación civil.

Por su parte, el artículo 7 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, regula la protección contra toda discriminación, siendo además uno de los principios rectores de la Convención sobre los Derechos del Niño, regulado en el artículo 2 de dicho cuerpo legal; y, el Código de Familia, en el artículo 202, establece que todos los hijos cualquiera que sea su filiación tienen los mismos derechos y deberes familiares, mientras que la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, en su artículo 11, regula el principio de igualdad, no discriminación y equidad, ratificando la condición de igualdad ante la ley y estableciendo la no discriminación en razón de la filiación de las personas.

Establecida la igualdad jurídica de los hijos, puede aseverarse que los principios de igualdad y no discriminación priman para que las personas nacidas por

TRHA, adquieran su estatus filial, con respecto a las personas que desearon su nacimiento. Algunos doctrinarios¹¹⁷ afirman que «no debe hacer discriminación por razón del nacimiento, lo que exige establecer mecanismos legales de determinación de la filiación, para quien haya sido engendrado por medio de TRHA.»

Marisa Herrera¹¹⁸ plantea que el derecho a tener filiación es uno de los primeros que hacen a la identidad y, por tanto, debe verse satisfecho; pues no se puede hablar de construir la propia identidad, del derecho a vivir en su propia familia o el derecho a conocer sus orígenes, si se carece de filiación.

Por lo tanto, es posible deducir que las leyes, internacionales y nacionales, establecen un trato antidiscriminatorio para el ejercicio de los derechos y la garantía del goce de estos, por tanto, los Estados están obligados a adaptar sus leyes a las nuevas necesidades y a los avances científicos para cumplir con esta obligación.

2.9 SUPUESTO TEÓRICO.

La regulación secundaria nacional existente en El Salvador, sobre el derecho de identidad, resulta insuficiente para la garantía de tal derecho respecto a las personas nacidas por TRHA, desde una perspectiva de derechos humanos.

¹¹⁷ Miranda Luna, Raúl Eduardo y Rodríguez Meléndez, Roberto Enrique, Bioética y Derecho de Familia: problemas actuales sobre filiación y responsabilidad. Disponible en <https://www.jurisprudencia.gob.sv/DocumentosBoveda/D/4/2010-2019/2010/11/89C2F.PDF>

¹¹⁸ Marisa Herrera, Andres Gil Dominguez, María Victoria Fama, Ley de Protección Integral de Niñas, Niños y Adolescentes – Ley 26.061, (Argentina: Buenos Aires, 2007), 237.

3 CAPÍTULO III: MARCO METODOLÓGICO.

3.1 Tipo, clase de investigación jurídica, enfoque y diseño.

3.1.1 Tipo de investigación.

Por su finalidad:

La investigación realizada fue de tipo **pura**, pues representa una labor de búsqueda de información y reflexión del tema desarrollado que pretende incrementar el conocimiento del derecho de identidad con énfasis en las personas que establecen su filiación por técnicas de reproducción humana asistida y las dificultades que enfrentan para determinar su filiación, involucrando elementos tanto jurídicos como doctrinarios, buscando la interpretación y probable aplicación futura de estos. Así mismo, Carlos Muños¹¹⁹ plantea que este tipo de investigación implica la aplicación o no del conocimiento que se adquiere y que su objetivo, es incrementar el conocimiento mismo, pues este avanza más teóricamente y tarda en aplicarse en forma práctica.

Por su alcance:

La investigación es del tipo **explorativa**, ya que, aunque existe información doctrinaria sobre la temática, jurisprudencialmente ha sido poco desarrollada. Asimismo, Carlos Muños plantea que este tipo de investigación «pretende ser sólo un acercamiento al objeto para darnos una pequeña aproximación o idea general de la realidad» mientras que Hernández Sampieri¹²⁰ considera que este tipo de investigación se desarrolla en fenómenos novedosos o inquietudes planteadas «a partir del desciframiento del código genético humano y la clonación de seres vivos»;

¹¹⁹ Carlos Muños, Fundamentos para la teoría general del derecho. (México: 1998). 709.

¹²⁰ Roberto Hernández Sampieri, Metodología de la Investigación. (México: 2014). 91.

es decir, a partir de los avances de la ciencia y la genética como en la problemática planteada en esta investigación.

Es por ello que, con esta investigación se visibilizó la necesidad de garantizar el derecho de identidad a las personas independientemente del origen de su filiación con especial atención en las personas por TRHA y la necesidad de una regulación especial que atienda a ello.

3.1.2 Clase de investigación jurídica.

Habiendo desarrollado el tipo de investigación, es necesario agregar que esta es **jurídico-doctrinal**, Jaime Cortés, establece que esta clase de investigación «consiste en el análisis a fondo de una figura jurídica en concreto, apoyándose en la doctrina, la normativa y la jurisprudencia».¹²¹ Al realizar una investigación cuya base es el análisis del derecho de identidad relacionado a las personas que establecen su filiación por TRHA, apoyándonos de criterios doctrinarios, de la norma y la jurisprudencia, se configura esta clase de investigación.

Aunado a ello, el nivel de análisis es de carácter hermenéutico, precisamente porque además de analizar la normativa en sí, fue necesario comprender el aspecto interpretativo de los operadores jurídicos, identificando así si existen deficiencias, eficiencias o desafíos relativos a la garantía del derecho de identidad de las personas nacidas por TRHA independientemente del origen de su filiación.

3.1.3 Enfoque de la investigación.

Posterior al desarrollo del tipo y clase de investigación, es importante resaltar que se elaboró con enfoque **cuantitativo**, el cual tiene flexibilidad y nos permitió comprender y explicar el porqué de los criterios de aplicación de las normas relativas

¹²¹ Jaime Cortés González, Sonia del Carmen Álvarez Cisneros, Manual de Redacción de Tesis Jurídicas, (México: 2017) 81.

a la identidad y filiación de las personas y más específicamente la relacionada a las personas que establecen su filiación por THRA, logrando obtener información desde diferentes perspectivas que permitieron la mejor comprensión y análisis de la problemática planteada. Además, como establece Sampieri, «el enfoque se basa en recolección de datos no estandarizados, ni predeterminados»¹²⁴ considerando las experiencia y perspectivas de los sujetos de estudio, para la elaboración de un análisis que no sentó sus bases en datos estadísticos.

3.1.4 Diseño de la investigación.

El diseño de investigación fue de **teoría fundamentada**, pues tal como lo explica Sampieri «se produce una explicación general o teoría respecto a un fenómeno, proceso, acción o interacción a un contexto concreto y desde la perspectiva de diversos participantes»¹²²; además, los resultados de la investigación realizada dan respuesta al enunciado del problema, cumpliendo además con las características concretas del diseño de investigación propuestos por el citado autor¹²³, pues el tipo de problema de investigación es poco explorado, es parte de las ciencias sociales y ciencias de la salud, tiene como objeto de estudio procesos, acciones e interacciones entre individuos y demás características propias de este diseño.

3.2 Sujetos y objetos de estudio.

3.2.1 Sujetos de estudio.

Para la investigación realizada los sujetos de estudio, fueron los **operadores de justicia**, siendo entonces, las unidades de análisis los Jueces de Familia, Magistrados de Cámara de Familia y Sala de lo Civil, además de abogados en el libre ejercicio, que debido al desempeño de sus funciones se encuentran

¹²² Roberto Hernández Sampieri, Metodología de la Investigación.. 472

¹²³ Roberto Hernández Sampieri, Metodología de la Investigación.. 471 – 472.

relacionados o han tenido experiencias con las variables relativas a nuestra investigación.

3.2.2 Objeto de estudio.

Habiendo definido nuestros sujetos de estudio, es de relevancia establecer que los objetos de estudio fueron **jurisprudencia y resoluciones finales** sobre criterios de aplicación de la normativa salvadoreña, siendo entonces, nuestra unidades de análisis las sentencias y resoluciones finales emitidas por los Jueces de Familia y Magistrados de Cámara de Familia y Sala de lo Civil, relacionadas al derecho de identidad de las personas que han establecido su filiación por medio de TRHA, tomando en cuenta aquellas de origen nacional e internacional, comprendidas entre el año 1995 hasta el 2022. A efectos de verificar el cumplimiento de garantías por parte del sistema judicial, de las cuales se deriva derechos relacionados al derecho de identidad de las personas nacidas por medio de las técnicas de reproducción humana asistida.

3.2.3 Población y muestra.

Desarrolladas nuestras unidades de análisis, es importante mencionar los criterios de **inclusión** y **exclusión** determinados para la investigación, es así que los sujetos de estudios fueron tomados en cuenta, según los siguientes criterios:

Jueces de Familia, Magistrados de Cámara de Familia y Magistrados de la Sala de lo Civil: se **incluyeron** jueces activos o en el ejercicio de sus funciones y que hayan conocido de casos de filiación y/o derecho de identidad en el período de 1993 al 2022 y se **excluyeron** todos aquellos que enfrentan situaciones adversas o enfermedades o que gocen de una licencia.

Abogados en el libre ejercicio: se **incluyeron** aquellos profesionales, con amplia experiencia en derecho de familia y que hayan tenido conocimiento o

documentado casos relativos al establecimiento de filiación y/o garantías de los derechos de identidad. Se **excluyeron**, todos aquellos que enfrentan situaciones adversas o problemas de salud.

En cuanto al objeto de estudio, se **incluyeron** aquellas sentencias y resoluciones finales que han incidido en el campo jurídico nacional, emitidas por Juzgados de Familias, Cámaras de Familia y Sala de lo Civil, relativa a derechos identidad y filiación, especialmente las relacionadas a las personas nacidas por TRHA cuya emisión fue en el período antes mencionado.

Se **excluyeron** todas las sentencias en las cuales pese a contener información relativa a la garantía del derecho de identidad de las personas nacidas por TRHA, a través del establecimiento de su filiación, carecen de calidad de cosa juzgada; es decir, que se encuentran en proceso de apelación o casación, ante la inminente posibilidad de que dicho trámite cambie el criterio en ellas establecido.

3.2.3.1 Muestreo en la Investigación Cualitativa.

La población y muestra de nuestro trabajo de investigación se conformó de la siguiente forma: En cuanto a los **sujetos**, a pesar de que se buscó perspectivas de especialistas que reúnan las características de inclusión, previamente desarrolladas, la muestra utilizada fue de participación voluntaria, con la finalidad de obtener una visión multidimensional de diferentes autores, lo que permitió el enriquecimiento de la investigación.

Por otra parte, en cuanto a los **objetos de estudio**, de la cantidad de sentencias y resoluciones que datan desde 1994 al 2022, se utilizó el universo que cumplió con los métodos de inclusión expuestos.

3.2.4 Variables e Indicadores

Título de la investigación: La Garantía del Derecho de Identidad de las Personas que establecen su Filiación por Técnicas de Reproducción Humana Asistida, en la Legislación Salvadoreña.

Enunciado del problema: ¿Garantiza el ordenamiento jurídico salvadoreño el derecho de identidad de las personas nacidas a través de técnicas de reproducción humana asistida, a través del establecimiento de su filiación?

Objetivo general: Determinar si el ordenamiento jurídico salvadoreño garantiza el derecho de identidad, a través del establecimiento de la filiación de las personas nacidas a través de las técnicas de reproducción humana asistida.

Objetivos	Unidad de análisis	Variables	Operacionalización de variables	Indicadores	Preguntas	Técnicas a utilizar	Tipos de instrumentos
Analizar las garantías constitucionales relacionadas al derecho de identidad de las personas en El Salvador	Jurisprudencia	Delimitación del derecho de identidad.	Conjunto de atributos y características que permiten la individualización de la persona en la sociedad.	Reconocimiento del derecho de identidad y sus elementos.	¿Cómo regula la jurisprudencia constitucional el derecho de identidad?	Análisis documental.	Análisis del contenido.
		Elementos del derecho de identidad.	La identidad del ser humano engloba múltiples elementos, esencialmente vinculados entre sí, y se caracterizan y perfilan de ser uno mismo, el ser diferente de otro.	Desarrollo normativo de los elementos del derecho de identidad.	¿Reconoce la jurisprudencia los elementos del derecho de identidad?		
		Garantías constitucionales del derecho de identidad.	Mecanismos de protección de los intereses o de las necesidades que constituyen el objeto de un derecho.	Existencia de mecanismos o acciones legales para la exigencia del derecho de identidad.	¿Garantiza el establecimiento de la filiación los elementos de la identidad?		
Describir los criterios de	Jueces de familia	Establecimiento de filiación.	Determinación legal del lazo filiatorio, que puede ser por consanguinidad, adopción o civil.	Reconocimiento de la filiación civil en la aplicación del derecho.	¿Qué tipos de filiación reconoce el ordenamiento jurídico salvadoreño?	Entrevista	Cuestionario de Entrevista
					¿Qué tipo de filiación, considera usted que correspondería a las personas que nacen por técnicas de reproducción humana asistida heterólogas?		

aplicación de la jurisprudencia salvadoreña en los casos de establecimiento de filiación de personas nacidas bajo TRHA	Magistrados de Cámara de Familia				¿Es posible establecer filiación civil? Si no, ¿Qué tipo de filiación debería de consignarse a las personas que nacen por técnicas de reproducción humana asistida?		
	Magistrados de Sala de lo Civil	Derecho de identidad para personas nacidas bajo TRHA.	El derecho de identidad no se limita a conocer la "realidad biológica", potenciando aspectos más dinámicos y humanos.	Criterios de aplicación para el reconocimiento de la filiación civil.	¿En qué criterio se basa o utiliza para el establecimiento de la filiación en casos de TRHA?		
					Actualmente ¿Existen casos de en conocimiento del Órgano Judicial de Cámara de Familia / Sala de lo Civil de personas nacidas bajo TRHA?		
	Abogados en el libre ejercicio			Aplicación del derecho de identidad a las personas nacidas bajo TRHA.	¿Cómo se establece en la práctica la filiación de las personas nacidas por TRHA?		
					¿Qué pruebas resultan idóneas para el establecimiento de la filiación de personas nacidas por TRHA?		
					¿Considera que el derecho de identidad en El Salvador, se encuentra garantizado para las personas que establecen su filiación por medio de TRHA?		

3.3 Técnicas e instrumentos.

3.3.1 Técnicas a emplear en la recopilación de la información.

Se utilizaron como técnicas para la recopilación de información las siguientes:

I. Entrevistas semiestructuradas:

Las entrevistas, que se definen como una reunión para conversar e intercambiar información entre el entrevistador y el entrevistado, son flexibles y abiertas¹²⁴. Estas fueron **semiestructuradas**, debido a que se basaron en una guía de preguntas en la cual se tuvo la libertad de introducir otras adicionales para precisar conceptos, criterios, y contenido, con el propósito de obtener respuestas en el lenguaje y perspectiva de la persona entrevistada.

II. Análisis documental:

El **análisis documental** fue la técnica utilizada para el estudio de la jurisprudencia de la cual se basa en una reflexión analítica al abordaje que se ha tenido del tema, realizando consideraciones puntuales sobre las sentencias pronunciadas sobre la línea de pensamiento en el criterio establecido; se consideró información necesaria para comprender la forma en qué se aplica la normativa salvadoreña en lo relativo a los derechos de identidad de las personas que establecen su filiación por TRHA.

¹²⁴ Roberto Hernández Sampieri, Metodología de la investigación ...página 436

3.3.2 Instrumentos de registro y medición.

A partir de las técnicas utilizadas para la recopilación de la información y de la necesidad de estructurar y analizar los datos, se estableció un orden y contenido, con el propósito que estos sirvieran de base para la construcción y desarrollo del proceso de análisis.

En razón del enfoque cualitativo de la investigación, los instrumentos utilizados para el registro y medición, fueron:

Técnica utilizada: entrevista semiestructurada.

Instrumento: cuestionario de entrevista.

El cuestionario de entrevista, contiene preguntas generales sobre el derecho de identidad, filiación y técnica de reproducción humana asistida y preguntas de conocimiento de algún caso en concreto, con el fin de identificar los criterios de aplicación de la legislación salvadoreña, de los jueces y juezas de Familia, magistrados de Cámaras de Familia y Sala de lo Civil. En consecuencia, se analizó el contenido, como refiere Sampieri,¹²⁵ de los datos recibidos en las entrevistas, otorgándoles sentido, interpretación y explicación en función del planteamiento del problema.

Técnica utilizada: análisis documental.

Instrumento: análisis de contenido.

El análisis de contenido, se realizó con el fin de analizar segmentos de los referidos objetos de estudio, detallando en sentido descriptivo y analítico las propiedades y dimensiones de ellos.

¹²⁵ Roberto Hernández Sampieri, «Metodología de la Investigación» ...451

En el análisis de contenido se utilizó la **codificación abierta**, como estrategia de análisis de los datos y se realizó un examen minucioso, en el siguiente orden: primero se identificaron los conceptos y se descubrieron sus propiedades y dimensiones del derecho de identidad y filiación, se fragmentaron los datos, se compararon para ver diferencias y similitudes. Posteriormente, se agruparon los conceptos para generar una interpretación tentativa.

3.3.3 Métodos para el procesamiento y análisis de la información.

Los métodos utilizados en la presente investigación, son:

3.3.3.1 Método lógico-sistemático o de los textos legales

Este método supone que el intérprete debe encontrar la solución en el texto mismo de la ley; es decir, que se debe encontrar su sentido; a partir de ello se utilizó este método para identificar las interpretaciones y/o soluciones jurisprudenciales a los diferentes conflictos derivados de los derechos de identidad y filiación, enfocados en lo relativo a las TRHA.

3.3.3.2 Método de la doctrina o dogmático.

Dada la necesidad de exponer qué casos resuelve la norma y la aplicación actual de esta, este método nos permitió, además de lo anterior, establecer cuál es la respuesta adecuada a un problema planteado desde la perspectiva de aplicación de la norma por los operadores de justicia.

Los métodos anteriores fueron útiles tanto para la interpretación de la jurisprudencia como las entrevistas, pues ambos instrumentos plasman los criterios de aplicación de la norma desde la perspectiva de los sujetos de estudios de la presente investigación.

4 CAPÍTULO IV. ANÁLISIS DE LA INFORMACIÓN.

Este apartado contiene el análisis e interpretación de los principales resultados encontrados en la realización de la investigación, el cual se obtuvo del análisis documental, entrevistas a los sujetos de estudio, y solicitudes realizadas a la Unidad de Acceso a la Información Pública del Órgano Judicial, lo que ha permitido triangular la información obtenida y contrastar los elementos obtenidos por medio de las entrevistas, con las respuestas a la información pública solicitada y los criterios jurisprudenciales encontrados.

Cabe hacer mención que se realizaron entrevistas de forma presencial y por medio de video conferencias a personas, las cuales desempeñan cargos judiciales como: secretario/a del Juzgado de Familia, Jueces de Familia y Magistrados de la Cámara de Familia, dichos resultados fueron incorporados en los anexos, identificado como anexo 6; además, se realizaron entrevistas a abogados en el libre ejercicio de la profesión, adjuntando los resultados en el anexo 7. Estos se elaboraron en base a los criterios centrales de cada sujeto de estudio; sin embargo, la muestra total de participación voluntaria se encontró limitada a 7 personas, debido a que no se obtuvo respuesta favorable por parte de la mayoría de los expertos.

Asimismo, el período para la realización de la investigación y la carga laboral de las personas expertas, limitó una mayor participación, no obstante, al ser una muestra cualitativa, se ha realizado el análisis de la información obtenida, la cual resulta útil para la investigación, pues generan datos extraídos de la experiencia de los funcionarios y profesionales entrevistados. Cabe agregar que los entrevistados expresaron su deseo de no ser identificados, por lo que su identidad es totalmente anónima y confidencial.

Por otra parte, se realizaron diferentes solicitudes de información pública al Órgano Judicial, específicamente a Juzgados de Familia y Cámaras de Familia,

así como a la Sala de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia, sobre sentencias y resoluciones finales relativas a impugnación de paternidad y reconocimiento voluntario, relacionadas a TRHA (inseminación artificial, fecundación in vitro y gestación por sustitución), de las cuales dos sentencias, la primera de ella de la Sala de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia de San Salvador con referencia 1055 – 2003 y la segunda de la Cámara de Familia de la Sección del Centro San Salvador, con referencia 191-A-2002, correspondientes a casación y apelación de procesos de impugnación de reconocimientos voluntarios de paternidad, las que conjuntamente con otras sentencias y resolución, a las que se tuvo acceso por medio del sitio web de Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, que representan aportes significativos, por ello se analizaron en el apartado siguiente.

4.1 Análisis de líneas jurisprudenciales de la Sala de lo Constitucional sobre el derecho de identidad en El Salvador.

Uno de los indicadores de la presente investigación, es el reconocimiento del derecho de identidad y sus elementos, por lo cual fue oportuno analizar los criterios de la Sala de lo Constitucional, como máximo intérprete de la Constitución que en el texto de la sentencia de inconstitucionalidad 190-2016¹²⁶ del 17 de enero de 2022, se refiere, a partir del considerandos IV, al derecho de identidad reconociendo que este no se encuentra explícito en la Constitución; sin embargo, posee un carácter implícito por las derivaciones de los derechos de identificación, dignidad humana, relaciones de familia, nombre, verdad biológica y nacionalidad. Además, establece que el derecho a la identidad es de «interés colectivo de la comunidad internacional en su conjunto»¹²⁷ y que este no entraña una visión estática, sino también una dinámica. En la primera se incluye el genoma humano, las huellas digitales y los signos distintivos de la persona; mientras que, en la

¹²⁶ Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, STC Inconstitucionalidad 190-2016, 17 de enero de 2022.

¹²⁷ Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, STC Inconstitucionalidad 190-2016...

segunda, prevalece el despliegue histórico-evolutivo de la personalidad, desde el punto de vista ético, religioso, cultural, ideológico, político, profesional y otros.¹²⁸

La misma sentencia, señala respecto a la existencia de mecanismos o acciones legales para la exigencia del derecho de identidad, que el artículo 36 inciso 4º de la Constitución, reconoce el derecho que posee toda persona de «exigir el conocimiento de quienes son sus progenitores»¹²⁹, es decir, que, aunque esté referido al derecho de la paternidad, éste debe comprenderse como la garantía de investigar la paternidad y la maternidad, no obstante, la madre siempre es conocida o identificada en los registros, pues la prueba de parto, «no es consistente con ciertos escenarios fácticos habituales en la realidad».¹³⁰ Dicho artículo manda a que, en una ley secundaria, se debe determinar las formas de investigar y establecer la paternidad (ahora comprendida como maternidad y paternidad), en ese sentido el ordenamiento jurídico también debe contener mecanismos contra la vulneración de la Constitución que, con respecto a la filiación establecida por medio de las TRHA heterólogas, resalta una omisión por regulación o protección deficiente a dicha obligación.

Dadas las consideraciones previas, es pertinente referirse a la figura de inconstitucionalidad por omisión, la cual, pese a no estar contemplada en la Ley de Procedimientos Constitucionales, es uno de los instrumentos que garantizan la eficacia constitucional y, por tanto, que garantizan los derechos en ella contenidos.

Cabe agregar que, el proceso de inconstitucionalidad tiene por objeto verificar la conformidad o contradicción de cualquier norma inconstitucional de carácter general y abstracto ley, reglamento, ordenanza, etc. de un acto concreto

¹²⁸ Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, STC Inconstitucionalidad 190-2016...

¹²⁹ Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, STC Inconstitucionalidad 190-2016...

¹³⁰ Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, STC Inconstitucionalidad 190-2016...

ejecutado por órganos constitucionales en aplicación directa de la constitución, o bien de controlar las omisiones y tratados internacionales; a fin de invalidar cualquier precepto normativo que contraríe algún mandato constitucional¹³¹; Dicho proceso puede incoarse mediante dos vías: a- demanda ciudadana, en base a los artículos 2 de la ley de procedimientos constitucionales y 174 de la constitución, y b- requerimiento judicial artículos 77-A de la ley de procedimientos constitucionales y 185 de la constitución.

La Sala de lo Constitucional, en la sentencia 2-95 del 28 de abril del 2000, conceptualiza la inconstitucionalidad por omisión como «la falta de desarrollo, en un plazo razonable, de los mandatos constitucionales, de forma que impida su eficaz aplicación».¹³²

Por otra parte, La Sala reconoce que, dicho tribunal nunca ha hecho referencia expresa a la verdad biológica, como parte de la identidad y que esta, no siempre prevalece en pro de la estabilidad familiar. Asimismo, reconoce que «las familias se fundan sobre la base de las relaciones afectivas con intención de permanencia, y solamente si se requiere, con la voluntad procreacional».¹³³ La Sala, entonces hace un reconocimiento de la evolución del derecho de familia e incluso hace alusión a la voluntad procreacional que, aunque no la relaciona al nexo filial, se entiende que se refiere a ello pues se conoce que esta se refiere a la voluntad de querer ser padre y/o madre, abriendo con ello una ventana al reconocimiento de esta tercera fuente de filiación.

Adicionalmente, reconoce que la identidad posee diferentes dimensiones, debido a que establece que «el derecho de identidad posee una dimensión que

¹³¹ Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, STC de inconstitucionalidad 5-6-2012, 5 de junio de 2012

¹³² Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, STC Inconstitucionalidad 2-95, 28 de abril de 2000.

¹³³ Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, STC Inconstitucionalidad 190-2016, 3 de marzo 2017.

se refiere a la realidad biológica, otra que se refiere a la identidad personal con referencia a caracteres físicos y, una dimensión que se refiere a la realidad existencial».¹³⁴ La primera dimensión comprende el elemento tradicional de la filiación, que se vincula a lo biológico y en base a la esa realidad biológica, se determina la filiación y se inscribe en el Registro del Estado Familiar; la segunda y la tercera son construcciones personales dinámicas.

De lo anterior se denota la importancia del registro del nacimiento, pues este «permite identificar con un calificativo común a todos los miembros pertenecientes a una misma familia».¹³⁵ De ello se advierte que la filiación es el acto que permite dar vida jurídica a una persona, por medio del registro del nacimiento, que comprenderá los elementos del nombre y algunos elementos generalmente estáticos del derecho de identidad; éste no solamente otorga un nombre, sino también la nacionalidad, reconoce el sexo, lugar y fecha de nacimiento y la pertenencia a un grupo familiar determinado. Ahora bien, el derecho de identidad no requiere únicamente con el establecimiento de la filiación, sino con el ejercicio libre y pleno de todos los elementos o derechos que lo conforman.

4.2 Análisis de los criterios jurisprudenciales de los tribunales de segunda y primera instancia respecto a las TRHA en El Salvador.

Con respecto a las TRHA, se han encontrado sentencias relacionadas a ellas, las cuales corresponden a la Cámara de Familia de la sección del centro, emitidas en 1995, 2004 y 2010; por otra parte, una sentencia de la Sala de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia, que corresponde al año 2003.

¹³⁴ Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, STC Inconstitucionalidad 190-2016...

¹³⁵ Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, STC Inconstitucionalidad 33-2016/195-2016, 18 de febrero de 2022.

La primera de ellas, emitida por la Cámara de Familia de San Salvador en el proceso de apelación de reconocimiento voluntario de paternidad, en la cual se reconoció el uso de las TRHA en el territorio salvadoreño y de la voluntad procreacional como fuente del vínculo filial.¹³⁶ Por otra parte, la Sala de lo Civil, reconoció que el artículo 134 del Código de Familia no limita la filiación a la consanguinidad y adopción, resaltando el carácter provisional de la norma, conforme a la nueva realidad científica, estableciendo que «la "filiación civil" puede ordenarse en: la inseminación artificial, la fecundación in vitro y otras variaciones posibles» de reproducción asistida.¹³⁷

Asimismo, la Sala de lo Civil¹³⁸, estableció la obligación de los padres de dar a conocer su origen biológico a la persona nacida por TRHA y resaltó que una de las razones para la regulación de las TRHA, es la no discriminación por razón del nacimiento, ya que todo niño o niña tiene derecho de conocer a sus padres, lo que exige establecer mecanismos legales de determinación de la filiación para quien haya sido engendrado por medio de estas técnicas.

Adherido a lo anterior, en la sentencia 191-A-2002 del año 2004, la Cámara de Familia de la Sección del Centro, en el proceso de apelación de impugnación de reconocimiento voluntario de paternidad, en el que había desplazado la filiación paterna, por no existir un vínculo genético. En dicho caso no hubo empleo de TRHA, pero la Cámara realizó consideraciones importantes referidas a que «la filiación, no solo responde a la identidad genética, sino también a otros factores sociales determinantes de la misma».¹³⁹ En dicha sentencia se hace referencia a la sentencia de la Sala de lo Civil, mencionada en el párrafo anterior, y se establece que «nuestra doctrina y nuestra jurisprudencia están perfiladas en

¹³⁶ Cámara de Familia de San Salvador, STC Apelación 12-95, 13 de julio de 1995.

¹³⁷ Sala de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia, STC Casación 10-11, 22 de septiembre de 2003.

¹³⁸ Sala de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia, STC Casación 10-11...

¹³⁹ Cámara de Familia de la Sección del Centro, STC Apelación 191-A-2002, 30 de marzo de 2004.

reconocer que existe una voluntad procreacional»¹⁴⁰ en aquellos casos donde se emplean TRHA para «obtener un recién nacido y reconocerlo como hijo, aun cuando no exista identidad biológica entre padres e hijos». ¹⁴¹ La Cámara de Familia estima que, «en cuestiones de filiación debemos ir más allá de un mero lazo biológico, ya que una persona no está compuesta simplemente de material genético; sino también por elementos dinámicos que definen su identidad personal». ¹⁴²

Aunado a ello, se establece una importante diferencia entre progenitor y padre, pues se considera que:

El primero es quien engendra. El segundo, puede ser quien engendró, también el que adopta un hijo (a) y hasta aquel que valiéndose de técnicas de reproducción humana asistida reconoce voluntariamente como hijo al niño producto de ese método de fertilización y se empodera de su rol paterno. ¹⁴³

Dadas las consideraciones anteriores, se observa que puede existir discrecionalidad del juzgador para emplear el concepto de filiación tradicional, en el que prevalece el vínculo biológico y no la voluntad procreacional, todo ello resalta la importancia de una normativa especial, que permita el establecimiento de una correcta filiación conforme a la autonomía de la voluntad de aquellas personas que desean ejercer una paternidad o maternidad con independencia de un vínculo biológico, especialmente cuando se recurre a las TRHA.

Por otra parte, la citada Cámara de Familia, en la sentencia 35-A-2009, del año 2010, en proceso de apelación de declaración judicial de paternidad y aunque

¹⁴⁰ Cámara de Familia de la Sección del Centro, STC Apelación 191-A-2002...

¹⁴¹ Cámara de Familia de la Sección del Centro, STC Apelación 191-A-2002...

¹⁴² Cámara de Familia de la Sección del Centro, STC Apelación 191-A-2002...

¹⁴³ Cámara de Familia de la Sección del Centro, STC Apelación 191-A-2002...

el caso no estaba relacionado con las TRHA, en sus consideraciones a la formas o mecanismos para el establecimiento de paternidad, se estableció que además de la presunción legal, reconocimiento voluntario y declaración judicial, «jurisprudencialmente también se ha reconocido la voluntad procreacional como mecanismo de establecimiento de paternidad, aun cuando a la fecha no constituye jurisprudencia vinculante».¹⁴⁴

De ello es importante recordar que, tal como se ha establecido previamente, la Ley Procesal de Familia, en su artículo 7, literal f), obliga al Juez a resolver todos los asuntos sometidos a su decisión, aún y cuando exista oscuridad, insuficiencia o vacío legal; en el mismo sentido el Código Procesal Civil y Mercantil, en su artículo 19, regula que cuando existe vacío legal, el Juez debe acudir, entre otras fuentes, a la doctrina legal. Hechas dichas consideraciones, es oportuno resaltar que la jurisprudencia es vinculante o constituye doctrina legal, únicamente cuando sean «con carácter reiterativo emanada de la CSJ, en sus distintas Salas, otorgándole a ésta un valor obligatorio para los tribunales inferiores».¹⁴⁵ Es así, que la sentencia de Sala de lo Civil, representa un criterio jurisprudencial no vinculante, al no constituir doctrina legal.

En este punto, es importante denotar que los Juzgados de Familia respondieron las solicitudes de acceso a la Información Pública, manifestando que no se tienen registros de sentencias y/o resoluciones de casos con relación directa o indirecta a TRHA; sin embargo, por medio de entrevistas realizadas a abogados/as en el libre ejercicio de la profesión, se obtuvo acceso a una resolución emitida por uno de los Juzgados de Familia de San Salvador, lo cual puede llevar a dos posibles situaciones: En primer lugar, la discrecionalidad de los jueces al no considerar la existencia de un establecimiento filiatorio por TRHA en los casos puestos a su conocimiento; y esto puede estar relacionado con una

¹⁴⁴ Cámara de Familia de la Sección del Centro, STC Apelación 35-A-2009, 4 de junio de 2010.

¹⁴⁵ Ricardo A. Mena Guerra, Valor y función de la Jurisprudencia en el Derecho Administrativo. (El Salvador, 2011). 59.

posible segunda conclusión, que al no estar desagregada la información por tipologías que incluyan TRHA, se dé respuesta negativa a la petición de información.

De una de las entrevistas a abogado/as en el libre ejercicio, se ha obtenido información de existir pronunciamiento de un juzgado de familia, en el año 2021, respecto a solicitud de reconocimiento voluntario de un nasciturus, que había sido concebido por medio de dos TRHA: inseminación artificial y gestación por sustitución, peticionándose ante el juez de familia tal reconocimiento, siendo el objetivo ratificar la aceptación y consentimiento para la utilización de las técnicas de reproducción humana asistida, en la cual se utilizaron gametos del padre reconociente y de la gestante por sustitución, dicha solicitud se presentó con el fin de establecer la filiación, atribuyéndose al primero juntamente con la madre reconociente, quien además es cónyuge del que aporta el material genético y juntos optaron por el empleo de las TRHA. El juzgador en los considerandos de la resolución emitida reconoce la voluntad procreacional como un tipo de filiación, pero declaró la improponibilidad de la solicitud de Diligencias de Reconocimiento Voluntario, fundamentado en que, para la pretensión, en concreto, la filiación debería ser establecida a través de la adopción de hijo de uno de los cónyuges. Es decir que, no obstante, se establece el reconocimiento de la filiación civil en criterios jurisprudenciales de la Cámara de Familia de la sección del Centro y la Sala de lo Civil, este no ha sido aplicado en el caso en referencia.

Es oportuno hacer constar que se solicitó entrevista al Juez que declaró improponible la solicitud, quien manifestó que, dentro de los procesos y diligencias que se ha puesto a su conocimiento, ha resuelto un solo caso relacionado a las TRHA, el cual declaró improponible, por considerar que la vía correspondiente al caso era la adopción. Por lo que se vuelve evidente que la mencionada resolución, conllevaría una simulación de filiación adoptiva como única alternativa para poder establecer la relación entre los reconociente y el nasciturus en sustitución del establecimiento de la correcta filiación.

Dadas las consideraciones anteriores, se evidencia la discrecionalidad tanto a las respuestas de información pública, como en la resolución de las diferentes problemáticas que pueden derivar del uso de las TRHA, por la falta de regulación específica de estas.

Es necesario hacer mención que la ley franquea a recurrir aquellas resoluciones que no se consideran justas; e incluso la Carta Magna reconoce el derecho a pedir amparo ante la Sala de lo Constitucional, por vulneración de derechos reconocidos en ella; es así que al vulnerarse el derecho a determinar la correcta filiación y el derecho de identidad de las personas que la establecen por medio de TRHA heterólogas, como en el caso mencionado previamente, esta se puede también exigir por medio del amparo, debido a que este es el proceso constitucional por medio del cual se tutela cualquier derecho establecido dentro de la Constitución, que tiene por objeto dar una protección reforzada de los derechos u otras categorías jurídicas subjetivas protegibles de rango constitucional¹⁴⁶, es decir es el mecanismo procesal que cualquier persona puede utilizar cuando considera que algunos de sus derechos fundamentales han sido afectados, en base al artículo 247 inciso 1 de la Constitución de la República establece «Toda persona puede pedir amparo ante la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia por violación de los derechos que otorga la presente Constitución».

Dadas las consideraciones previas y al estar, el derecho de identidad reconocido implícitamente y el derecho de filiación de forma explícita en la Constitución, ambos derechos son exigibles por la vía del proceso de amparo,

¹⁴⁶ «Corte Suprema de Justicia, Republica de El Salvador», Corte Suprema de Justicia, acceso el 12 de julio de 2022, <https://www.csj.gob.sv/sala-de-lo-constitucional-proceso-de-habeas-corporus/#:~:text=El%20proceso%20de%20h%C3%A1beas%20corpus.art%C3%ADculo%2011%20de%20la%20Constituci%C3%B3n.>

4.3 Análisis de entrevistas a funcionarios judiciales sobre la aplicación de la legislación salvadoreña en los casos de personas que establecen su filiación por TRHA.

De las entrevistas realizadas a diferentes operadores del sistema judicial, es decir, secretarios/as, Jueces/as de Familia y Magistrados de Cámara de Familia, se advierte que existe un considerable número de casos relativos a filiación en conocimiento de la sede familiar. A pesar de ser poca la muestra, y que existe diversidad en la cantidad de casos conocidos por cada sujeto de estudio; se encuentra coincidencia en que, en más de 10 años de experiencia de cada uno de los entrevistados, ninguno ha recibido solicitudes de establecimiento de filiación civil o casos relativos a técnicas de reproducción humana asistida y se encontró coincidencia también sobre la inexistencia de casos que se encuentren en conocimiento de Cámaras de Familia y Sala de lo Civil; sin embargo, algunos de ellos tuvieron participación indirecta en el primer caso en el cual se reconoció este tipo de filiación, el cual data de 1995, el cual corresponde a una impugnación de reconocimiento voluntario de paternidad; encontrando que, al haber anomia y la obligación legal de resolver a la que se refiere el artículo 7, literal f) de la Ley Procesal de Familia, se recurrió a la doctrina, que permitió en aquel momento, reconocer la existencia del uso de las técnicas en el territorio salvadoreño y la voluntad procreacional, como fuente de filiación civil.

Ahora bien, con respecto al análisis sobre el reconocimiento de la filiación civil en la aplicación del Derecho, los entrevistados coincidieron en que el ordenamiento jurídico salvadoreño, solamente reconoce la filiación consanguínea y la adoptiva; sin embargo, la mayoría de ellos admiten el reconocimiento de la filiación civil por la jurisprudencia, aunque hubo opiniones cerradas con respecto a que solo existen las dos primeras; y opiniones más apegadas a la realidad sobre la necesidad del reconocimiento de más tipos de filiación, además de la consanguínea, la adoptiva y la civil; pues se habló de otros tipos de filiación operantes en la realidad, pero aún no introducidos en la jurisprudencia y

legislación salvadoreña, como son la filiación socioafectiva y la filiación por solidaridad humana, siendo la primera una figura operante independiente a la imposición legal y al vínculo consanguíneo y la segunda, en los casos que una familia posee una relación similar a la padre y/o madre e hijos con una persona que fue abandonada por sus progenitores consanguíneos y/o legales.

Las opiniones de los operadores de justicia, respecto al tipo de filiación que les correspondería a las personas que nacen por TRHA heterólogas, han sido diversas. Uno referido a que la filiación que debería determinarse al momento de la inscripción, es -por exclusión- la consanguínea, pues no puede ser adoptiva. A contrario sensu, otro funcionario, señaló que la forma de establecimiento de filiación en los casos de TRHA heteróloga, era la adopción de niño o niña determinado; sin embargo, la mayoría de entrevistados coincidieron que la filiación a establecer debe ser la civil, porque a toda persona se le debe reconocer su verdadera filiación y de esa manera garantizarle su derecho de identidad, con respecto a su realidad existencial.

Según se ha visto, a pesar del reconocimiento vía jurisprudencial de la voluntad procreacional como fuente de filiación civil, la falta de regulación específica deja esto a discreción del juzgador, como puede concluirse de las diversas respuestas obtenidas y del análisis del único caso del cual se obtuvo información que fue puesto a conocimiento de la sede judicial de familia, y esto puede deberse a una interpretación literal de la legislación familiar. Ahora bien, al realizar un estudio de las técnicas de reproducción humana asistida heterólogas, puede concluirse que la filiación consanguínea y la identidad genética, pueden resultar inaplicables a la persona concebida por TRHA heterólogas, precisamente por la naturaleza de la técnica, pues esta filiación correspondería únicamente si se establece con respecto a aquellas personas que realizaron el aporte genético, indistintamente si estos desearon ser padres y/o asumir el rol paterno y materno, ignorándose la autodeterminación de la persona que ha decidido procrear bajo estas técnicas, así como los derechos de la persona nacida.

En cuanto a lo relativo a los criterios de aplicación para el reconocimiento de la filiación civil, según la mayoría de entrevistados, debe valorarse primordialmente la voluntad procreacional de aquellos que realizan la solicitud o el reconocimiento filiatorio, con respecto a la persona que reconocen como su hijo o hija. Para la determinación de la filiación debe recurrirse -mientras no esté legislado- a la interpretación de la Constitución, al derecho comparado y a la doctrina para dar una respuesta jurídica a cada situación planteada, sobre todo respetando la autonomía de la voluntad de las partes, porque el deseo de querer ser progenitor define el ejercicio de la paternidad y maternidad, más allá de un vínculo biológico.

Los entrevistados/as coinciden en señalar que una de las principales dificultades para el establecimiento de la filiación civil, es la ausencia de parámetros legales que permitan determinar la forma en que deben emplearse las técnicas, pues entran en colisión una serie de derechos de los involucrados y una serie de consecuencias jurídicas que deben evaluarse; asimismo no existe una normativa que determine ante quien debe solicitarse el establecimiento de filiación civil o si esta debe solicitarse o demandarse en los juzgados de familia, ni el procedimiento a seguir por parte del registrador del estado familiar, que debe inscribir esa filiación. El mismo sistema, como tal, representa una dificultad por temas más culturales y/o morales que legales, por el miedo a la práctica y al desconocimiento del tema, aunado al miedo de romper esquemas y marcar una línea jurisprudencial que visibilice la práctica y la realidad de esta situación.

Uno de los hallazgos más importantes, es la coincidencia de los entrevistados en que, en la práctica, debido a las limitantes que existen para determinar la filiación civil, se está recurriendo a ficciones legales para determinar la filiación, debido a que se reconoce el nacimiento de personas que se concibieron por medio de TRHA. Es decir, que la presunción de paternidad y maternidad, ha resultado suficiente para que se reconozca la consanguinidad con

respecto a la persona que ha nacido por TRHA. Sin embargo, la presunción de maternidad, es inoperante en los casos de gestación por sustitución, pero la coincidencia de los entrevistados, es que prevalece algún tipo de simulación, lo que conllevaría al cometimiento de ilícitos ya regulados en el cuerpo normativo correspondiente.

Ahora bien, los entrevistados señalan que para la determinación de filiación civil por la vía judicial, por regla general, se requiere la prueba documental que permita establecer los extremos alegados en la solicitud o demanda, pero cada caso concreto deberá ponderarse según la técnica utilizada; la prueba coincidente, independientemente de la técnica empleada, es aquella que permita determinar la voluntad de procrear, la cual debe plasmarse oportunamente ante los oficios de un notario de la República. Además, debe incluirse documentación, extendida por la clínica o médicos que emplearon la técnica, en la que se haga constar el tipo de técnica empleada y consentimiento de los solicitantes. Uno de los entrevistados manifestó que la prueba idónea es la de ADN, sin embargo, esta resulta inoperante en la mayoría de los casos, por la naturaleza de las TRHA heterólogas; sin embargo, no deja de ser operante del todo, pues permite establecer la identidad genética en aquel caso en que, en la técnica, se utilicen gametos del/la o los reconocientes.

Como puede observarse, prevalece la discrecionalidad de los juzgadores para el establecimiento de filiación de personas nacidas por TRHA y la presunción que los casos existentes se registran a través de simulaciones de filiación, lo que conllevaría la ausencia de garantía al derecho de identidad de la persona nacida por TRHA, causada precisamente por la falta de regulación especial, debido a que el criterio del juzgador puede enfocarse por cualquier tipo de filiación; pero lo cierto es, que los hallazgos de esta investigación indican que no se ha establecido filiación diferente a las reconocidas en el Código de Familia y siendo el uso de las TRHA una realidad en el país, se encuentra coincidencia con la hipótesis de los entrevistados sobre las simulaciones filiatorias.

Por otra parte, en lo que respecta al indicador sobre la aplicación del derecho de identidad a las personas nacidas bajo TRHA, se obtuvo otro de los hallazgos más relevantes en el consenso mayoritario con respecto a que actualmente, la falta de regulación especial sobre las TRHA y sus efectos jurídicos, involucra la vulneración del derecho de identidad de las personas que establecen su filiación por medio de dichas técnicas. De ello la necesidad de una legislación especial, que no solamente regule la práctica, sino que también garantice el derecho de la correcta identidad, en todas sus dimensiones, de las personas que se concibieron por medio de TRHA.

Ante la situación planteada, los operadores judiciales coinciden en la necesidad de una regulación que reconozca la legalidad de la práctica de las TRHA en el territorio salvadoreño, pues es importante reconocer que el derecho de familia ha evolucionado y así como se reconocen diferentes tipos de familias, también es necesario adaptar a la realidad el tema filiatorio.

Ahora bien, con respecto a las técnicas, éstas deberían estar al alcance de todos, es decir que el Estado debería hacer una inversión importante para que puedan implementarse aún en los servicios de salud públicos; señalando también la importancia de regularse la práctica en el sentido que tanto los donadores de gametos, como la gestante por sustitución se involucren en las técnicas desde la perspectiva humanitaria y voluntad de querer ayudar a otros con su deseo procreacional y no desde la perspectiva monetaria, pues debe prohibirse toda retribución onerosa a fin de no permitir negociar con la integridad y la vida humana, lo que puede tener consecuencias inimaginables, debiendo existir por ello una regulación que tenga una visión de derechos humanos, de género y no permita la trata u otra forma de explotación.

4.4 Análisis de los resultados obtenidos en las entrevistas realizadas a abogados independientes sobre la aplicación de la legislación salvadoreña en los casos de personas que establecen su filiación por TRHA.

Teniendo en cuenta los criterios de los funcionarios judiciales, resulta oportuno, conocer la perspectiva de los abogados/as en el libre ejercicio sobre la determinación de la filiación de las personas nacidas por TRHA, entrevistando a profesionales con amplia experiencia especializada en el derecho de familia. De ellos, se obtuvo información relevante sobre la temática, aunque coinciden en que los casos referidos a filiación, no son muy comunes, pues prevalecen aquellos referidos a divorcios y determinaciones de pensiones alimenticias, entre otros.

Por su parte, se encontró que los tipos de filiación que reconoce el ordenamiento jurídico salvadoreño, a criterio de los mencionados profesionales, son únicamente la consanguineidad y adopción reconocidos por la ley; y por vía jurisprudencial se ha reconocido la filiación civil, basada en la voluntad procreacional, que sienta sus bases, en la decisión de querer ser padre o madre con independencia de un vínculo genético. Lo que resalta el conocimiento tanto de la ley, como de los criterios jurisprudenciales emanados por Cámara de Familia y Sala de lo Civil, en lo respectivo a los tipos de filiación.

Cabe agregar que los entrevistados señalan que existen dificultades en el establecimiento de la filiación para las personas nacidas por TRHA, pues se considera que hay diversas formas y visiones que obstaculizan el establecimiento de ésta, bien por el desconocimiento o por temor de los aplicadores de justicia; sin embargo, resalta la necesidad de una visión más pro derechos de niñez y adolescentes, en el sentido de evitar cualquier vulneración a determinados derechos. Destacando que la falta de ley no es impedimento para resolver las problemáticas derivadas de la práctica de TRHA.

Se observa claramente, que el establecimiento de filiación para las personas que fueron procreadas mediante THRA heterólogas, puede involucrar equívocos con respecto a las figuras maternas y paternas. Para los entrevistados, existe claridad en que la filiación civil es la correspondiente para dichas personas, sin embargo, se hace referencia a la existencia de problemas de aplicación del derecho para estos casos, a pesar que el empleo de estas técnicas no es de reciente data.

De las entrevistas realizadas se ha tenido información respecto a una solicitud de establecimiento de filiación paterna y materna, con respecto a una persona que fue concebida por medio de TRHA heteróloga, concretamente por gestación por sustitución, requiriendo a una sede judicial de familia se estableciera mediante la vía de reconocimiento voluntario del no nacido -figura contemplada en el artículo 144 del Código de Familia- la filiación de dicha persona por nacer. Adjunto a la solicitud se ha señalado que constaba documentalmente el consentimiento informado y aceptación para el sometimiento a la técnica, el consentimiento para el uso del material genético y la voluntad procreacional de la pareja, así como de la gestante por sustitución; lo cual resultó en la improponibilidad ya que, a criterio del juez, la filiación que correspondería a estos casos es la de adopción.

Dada las consideraciones anteriores, se observa que a pesar de que la mayoría de funcionarios entrevistados tengan conocimiento teórico sobre el reconocimiento de la filiación civil; y que las solicitudes cumplan con los medios probatorios pertinentes en el cual se evidencia el uso de las técnicas y consentimiento de los reconocientes, prevalece la discrecionalidad de cada juzgador, lo que en casos como este provocaría precisamente un equívoco, pues se establecería una filiación errónea, debido a que la adopción, sería precisamente una simulación de filiación, lo que implica una ausencia de garantía al derecho de identidad de la persona nacida por TRHA, encontrándose desde el

momento del nacimiento con una filiación que no corresponde a su realidad y que no reconoce la voluntad procreacional.

Todo lo anterior denota la coincidencia de opinión tanto de los jueces, como de los abogados en el libre ejercicio, en el sentido que actualmente los casos relativos al establecimiento de filiación de personas concebidas por TRHA heterólogas, se han resuelto por simulación de filiación y contrastando la información obtenida por la Unidad de Acceso a la Información Pública del Órgano Judicial que indicó en la existencia únicamente de dos casos mientras que una sola clínica se atribuye 800 casos exitosos de TRHA, los cuales debieron haberse inscritos bajo algún tipo de filiación que, al no generar problemas, no se ventilan en los juzgados de familia y que, al exponerse, quedará a discreción del juzgador, tal como en el caso mencionado que se resolvió sugiriendo la simulación de la filiación adoptiva, apartándose del establecimiento de una correcta filiación.

Por otra parte, con respecto a la garantía del derecho de identidad a las personas nacidas bajo TRHA, las opiniones de los abogados en el libre ejercicio son discrepantes entre sí; pues uno de los entrevistados considera que este se garantiza como a cualquier otro ser humano que nace naturalmente, porque finalmente el resultado es un ser humano; al contrario, otro de los profesionales entrevistados, considera que la incorrecta determinación de filiación implica una clara vulneración y limitación a la hora de interpretar un derecho pro niñez.

Dadas las opiniones previas, es preciso acotar que el deber ser es que el derecho de identidad debe garantizarse a toda persona, independientemente de la utilización o no de TRHA. Sin embargo, la realidad apunta a que no se garantiza el derecho de identidad de las personas nacidas por TRHA por la existencia de simulaciones filiatorias, que finalmente son filiaciones equívocas.

Del análisis de la información obtenida puede determinarse que la legislación salvadoreña actual, resulta insuficiente para garantizar el derecho de

identidad de las personas que establecen su filiación por medio de TRHA, desde la perspectiva de derechos humanos, debido a la inexistencia de una ley especial que regule la práctica y efecto de las TRHA en la vida jurídica de las personas, dando lugar a la discrecionalidad de los juzgadores y a las simulaciones filiatorias como única alternativa para la inscripción de los nacimientos de dichas personas.

5 CAPÍTULO V CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.

5.1 Conclusiones.

1. Se tiene por establecido que el ordenamiento jurídico actual resulta insuficiente para garantizar el derecho de identidad de las personas que establecen su filiación por TRHA heterólogas, porque desde la perspectiva de derechos humanos, implica revisar la noción tradicional de las fuentes de filiación ya que estas alteran los conceptos tradicionalmente establecidos, resaltando la necesidad de una reforma del artículo 134 del Código de Familia, reconociendo la voluntad procreacional como fuente del vínculo de filiación civil.
2. Se dilucida que, la utilización de las técnicas de reproducción humana asistida, imposibilitan la plena seguridad jurídica, en lo relativo al derecho de identidad y a la correcta fijación de filiación. En la práctica existe discrecionalidad de los juzgadores, originando falta de claridad y transparencia en las relaciones jurídicas u obligando a subsanar tales deficiencias, que resaltan la necesidad de legislar al respecto.
3. Se observa que existe una inconstitucionalidad por omisión legislativa, en cuanto al artículo 36 inciso final de la Constitución, en lo relativo a los derechos de filiación e identidad de aquellos que han nacido por TRHA, ya que no se ha creado una ley especial que regule las formas de establecer la filiación para dichas personas y la ausencia de dicha ley, resulta en una vulneración de los derechos mencionados.
4. La voluntad procreacional como fuente de filiación civil cuenta con reconocimiento en criterios jurisprudenciales, que a la fecha no constituye doctrina legal, sienta estos conocidos por los aplicadores de justicia; sin embargo, no posee aplicación en cuanto a la determinación de la filiación, imponiéndoles diferentes tipos de filiación, creando en la realidad una

simulación filiatoria, conllevando a una vulneración del derecho de la identidad de las personas que nacen con la utilización de TRHA.

5. El derecho de identidad es exigible mediante el proceso de Amparo, debido a que posee con reconocimiento implícito en la Constitución, desarrollado por la Sala de lo Constitucional en la sentencia de inconstitucionalidad de referencia 190-2016 del 17 de enero de 2022. El proceso de Amparo resultaría en criterios de la Sala de lo Constitucional con respecto a la identidad de las personas que establecen su filiación por TRHA heterólogas que, al ser reiterativas, llegarán a constituir doctrina legal y permitirá a los jueces de primera y segunda instancia, tener doctrina legal en la que apoyarse para dar resoluciones congruentes con los avances de la tecnología y la ciencia, pero sobre todo en apego y respeto a los derechos humanos y a los principios de igualdad y no discriminación.

5.2 Recomendaciones.

1. La Asamblea Legislativa debe reformar el Código de Familia, incorporando la voluntad procreacional como base para la filiación civil y reconociendo este tipo de filiación para las personas que determinan su vínculo filial, mediante TRHA.
2. Creación de una Ley de Reproducción Humana Asistida que regule los lineamientos en el empleo de las TRHA en las clínicas privadas ya autorizadas, que establezca los derechos y obligaciones, tanto de los médicos que emplean las técnicas, como de las personas que se someten a ellas y fundamentalmente, que rijan lo relativo al establecimiento de una correcta filiación y derecho de identidad de las personas nacidas mediante ellas. Además, es necesario que dicha ley establezca los lineamientos a seguir por parte del funcionario del Registro del Estado Familiar, para la inscripción del nacimiento.
3. A los Jueces de Familia de primera y segunda instancia, se recomienda fortalecer el empleo de doctrina jurídica internacional, así como los Tratados Internacionales, Convenciones, etc., que permitan garantizar el derecho de identidad, a través del establecimiento de la correcta filiación de las personas nacidas por TRHA
4. Para efectivizar el derecho de identidad de las personas que establecen su filiación por TRHA heterólogas, se recomienda a los abogados en el libre ejercicio la utilización del proceso de Amparo, cuando los jueces de primera y segunda instancia se nieguen a establecer una filiación civil, por lo que es posible activar la garantía del proceso de amparo, en pro de garantizar el derecho de identidad y obtener jurisprudencia que beneficie al establecimiento de una correcta filiación.

5. Creación de un programa de capacitación, por la Escuela de Capacitación Judicial, dirigido a los Jueces de Familia, Magistrados de Cámara de Familia y Magistrados de la Sala de lo Civil, sobre la aplicación de las TRHA y la importancia de garantizar el derecho de identidad de las personas que establecen su filiación por medio de ellas, evitando la discrecionalidad en cada caso concreto.

6 Bibliografía

- Apelación,, 191-A-2002, (Cámara de Familia de la Sección del Centro, 30. de marzo, de 2004,).
- Apelación,, 35-A-2009, (Cámara de Familia de la Sección del Centro, 4. de junio, de 2010,).
- Casación,, 10-11, 22, (Sala de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia, 22. de septiembre, de 2003,).
- Inconstitucionalidad, 55-2012 (Sala de lo Constitucional Corte Suprema de Justicia de El Salvador 15 de Diciembre de 2013).
- 1055Ca.Fam.SS. (Sala de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia. veintidós. de septiembre, de 2013.).
- Abellan, F. (2009). *Bioética y Ley en Reproducción Humana Asistida: manual de casos clínicos*. Granada: Comares.
- Apelación, 112-A-07 (Cámara de Familia de la sección del centro 18 de Abril de 2008).
- Apelación,, 35-A-2009, (Cámara de Familia de la Sección del Centro, 4. de junio, de 2010,).
- Apelación., 12-95 (Cámara de Familia de la Sección del Centro, 13. de julio, de 1995.).
- Aragón Montis, I. (2008). *Sexualidad Humana*. Mexico: Manual Moderno.
- Asamblea General de las Naciones Unidas en París. (10 de diciembre 1948,). *Declaración Universal de Derechos Humanos*,.
- Asamblea Legislativa de El Salvador. (13 de diciembre de 1993.). *Decreto número 777: Código de Familia. publicada en el Diario Oficial número 321*,.
- Asamblea Legislativa de El Salvador. (4 de mayo de 1990). Ley del Nombre de la Persona Natural. *Decreto No. 450*. San Salvador: Diario Oficial No 103.
- Asamblea Legislativa de El Salvador. (13. de diciembre, de 1993,). Código de Familia,. *Decreto No. 667*,.
- Asamblea Legislativa de El Salvador. (8 de Diciembre de 1995). Decreto No. 496. *Ley Transitoria del Registro del Estado Familiar*. San Salvador: Diario Oficial.
- Asamblea Legislativa de El Salvador. (4 de noviembre de 2016,). *Ley Especial de Adopciones*,. Decreto No. 282.
- Asamblea Legislativa de El Salvador, D. n. (marzo de 1973.). *Código de Penal, publicado en el Diario Oficial número 63*.
- Asamblea Legislativa de la República de El Salvador. (s.f.). *Decreto No. 777....*
- Baldessari, M. E., & Nancalres Valle, J. (2017). Filiación por técnicas de reproducción humana asistida en el nuevo Código Civil y Comercial de la República de Argentina y los derechos de los hijos así concebidos. Universidad de Navarra.
- Bladilo, A., de la Torre, N., & Herrera, M. (2017). Las técnicas de reproducción humana asistida dentro de los derechos humanos como perspectiva obligada de análisis. *Revista IUS*, 29.

- Cabanellas de Torres, G. (s.f.). *Diccionario Jurídico Elemental, Edición actualizada*. (c. y. Cuevas, Ed.) Healist. Recuperado el 28 de marzo de 2022, de <http://www.unae.edu.py/biblio/libros/Diccionario-Juridico.pdf>
- Calderón de Buitrago, A., Bonilla de Avelar, E. D., Bautista Bayona, A., Burgos Salazar, M. E., García, C. R., & Pino Salazar, F. E. (1995). *Manual de Derecho de Familia*. San Salvador : Centro de Investigación y Capacitación Proyecto de Reforma Judicial.
- Cámara de Familia de la sección del centro. (2012.). *del día seis de septiembre*.
- Cárcaba Fernández, M. (1995). *Los Problemas Jurídicos planteados por las nuevas Técnicas de Procreación Humana*. Barcelona: Tirant lo Blanch.
- Carlos Martínez de Aguirre Aldaz. (s.f.). *La Filiación, entre Biología y Derecho*.
- Carlos Martínez de Aguirre Aldaz. (s.f.). *La Filiación, entre biología y derecho*.
- Carlos Muñoz. (1998.). *Fundamentos para la teoría general del derecho*. México. Casación., 1055, (Sala de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia 22. de septiembre, de 2003,).
- Caso Artavia Murillo y Otros ("Fecundación In Vitro") vs Costa Rica (Corte Interamericana de Derechos Humanos 28 de noviembre de 2012).
- Centro de Iniciativas de Cooperación al Desarrollo Universidad de Alcalá, & Escobar Roca,, G. (2005.). *Introducción a la Teoría Jurídica de Los Derechos Humanos*. Madrid,: Trama.
- Comisión Revisora de la Legislación Salvadoreña. (1990.). *Anteproyecto Código de Familia*. San Salvador.
- Comisión Revisora de la Legislación Salvadoreña. (1990.). *Exposición de motivos*, . San Salvador.
- Comité de los derechos del niño. (20 de septiembre de 2006.). *Observación General No. 7, Realización de los derechos del niño en la primera infancia*.
- Congregación para la Doctrina de la Fe. (s.f.). *Instrucción Donum Vitae*. Recuperado el 14 de marzo de 2022, de https://www.vatican.va/roman_curia/congregations/cfaith/documents/rc_con_cfaith_doc_19870222_respect-for-human-life_sp.html
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, . (24 de Noviembre de 2017). Opinión Consultiva OC- 24/17. *identidad de género e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo, solicitada por la República de Costa Rica*. Costa Rica.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos,. (2017). *Opinión Consultiva OC-24/17. identidad de género e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo, solicitada por la República de Costa Rica*. Costa Rica .
- Delgado Menéndez, M. (2016). El derecho a la identidad: una visión dinámica. *Tesis para optar el grado de Magister en Investigación Jurídica*. Lima-Peru . Obtenido de <https://corteidh.or.cr/tablas/r36895.pdf>
- Domínguez, A., Fama , M., & Herrera, M. (2006). *Derecho Constitucional de Familia* (Vol. II). Buenos Aires: Ediar.
- Eleonora Lamm, & Rodríguez Iturburu, M. (18.04.2017). *Diversidad Familiar: la clausula tercera del Código Civil y Comercial como una ampliación de su*

- recepación legal*,. Actualidad de la inscripción de los niños nacidos por TRHA, Diario DPI Suplemento Derecho Civil, Bioética y Derechos Humanos.
- Enrique Varsi Rospigliosi. (1999,). *Filiación Derecho y Genética*,. Lima,: Fondo de Desarrollo Editorial.
- Enrique Varsi Rospigliosi. (2017). Determinación de la filiación en la procreación asistida . *IUS*, volumen 11.
- Facio , A., & Fries, L. (2005). feminismo, género y patriarcado. *Revista sobre enseñanzas del derecho de Buenos Aires*, 13. Recuperado el 24 de marzo de 2022, de http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/rev_academia/revistas/06/feminismo-genero-y-patriarcado.pdf
- Fernández Sessarego, C. (s.f.). *Sexualidad y Bioética, la problemática del transexualismo*. (F. Jurídico., Productor) Recuperado el 29 de marzo de 2022, de file:///C:/Users/User/Downloads/18405-Texto%20del%20art%C3%ADculo-72935-1-10-20170524.pdf
- Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia. (2002). *El Registro de Nacimiento, Centro de Investigación Innocenti*. Italia: UNICEF.
- Gafo, J. (1986). *Nuevas técnicas de reproducción humana: biomedicina, ética y derecho*. Madrid: Universidad Pontificia Comillas.
- Gelman vs Uruguay (Corte Interamericana de Derechos Humanos 24 de octubre de 2011).
- Guadalupe Guisbert Rosado. (2016,). Derecho a la identidad y filiación de a niña, niño y adolecente,. *Jurídica Derecho*,, 105.
- Haghnbecj Altamirano, J. (2002). *La bioética, un reto del tercer milenio*. México: Universidad Panamericana.
- Herrera, M., Gil Domínguez, A., & Fama, M. V. (2007). *Ley de Protección Integral de Niñas, Niños y Adolescentes - Ley 26.061*. Buenos Aires: Ediar.
- Horno Goicoechea, P. (2008). Desarrollo del vínculo afectivo. *Curso de actualización pediatría 5ª Curso de actualización de pediatría*, (págs. 303-310). Recuperado el 30 de marzo de 2022, de https://www.aepap.org/sites/default/files/aepap2008_libro_299-310_vinculo.pdf
- Hurtado Oliver, X. (2008). *El derecho a la vida ¿y la muerte?, procreación humana, fecundación in vitro, clonación, eutanasia, suicidio asistido y aborto, problemas éticos, legales y religiosos*. México: Porrúa.
- Inconstitucionalidad,, 190-2016. (Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, 17. de enero, de 2022,).
- Instituto Interamericano de Derechos Humanos. (2008). *Reproducción asistida, género y derechos humanos en América Latina*. San José : Editorama.
- Irene López Faugier. (Irene López Faugier, Filiación por naturaleza, por reproducción asistida y por adopción, Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3834/14.pdf> de Irene López Faugier, Filiación por naturaleza, por reproducir<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3834/14.pdf>

-). Filiación por naturaleza, por reproducción asistida y por adopción, . En *Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM*,
- Jaime Cortés González, S. d. (2017,). *Manual de Redacción de Tesis Jurídicas*,. México.
- Kemelmajer de Carlucci, A., Herrera, M., & Lloveras, N. (2004). *Tratado de Derecho de Familia, según Código Civil y Comercial*. Santa Fé.
- La Oficina del alto comisionado para las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. (2017). *El ACNUDH y el derecho a la nacionalidad*. Recuperado el 30 de marzo de 2022, de <https://www.ohchr.org/es/nationality-and-statelessness>
- Lamas, M. (2000). *Diferencias de sexo, género y diferencia sexual*. (E. N. Historia, Ed.) Distrito Federal México: Cuicuilco.
- Lamm, E. (2008). El elemento volitivo como determinante de la filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida. Universidad de Barcelona.
- Lara Gambia, F. (2004). El derecho fundamental a la propia imagen y la publicación de fotografías. Recuperado el 28 de marzo de 2022, de <https://revistas.ucr.ac.cr/index.php/juridicas/article/view/13348/12620>
- Luis Vásquez López. (s.f.). *Estudio del Código de Familia Salvadoreño* . San Salvador : Lis.
- Luna, M., Rodríguez Meléndez, R. E., & Enrique, R. (s.f.). *Bioética y Derecho de Familia: problemas actuales sobre filiación y responsabilidad civil*. Recuperado el 27 de marzo de 2022, de <https://www.jurisprudencia.gob.sv/DocumentosBoveda/D/4/2010-2019/2010/11/89C2F.PDF>
- Luna, R. E., & Rodríguez Meléndez , R. E. (s.f.). Bioética y derecho de familia: problemas actuales sobre filiación y responsabilidad,. *UCA*, 1005.
- Martínez de Aguirre, C. (2013). La filiación, entre biología y derecho. *Revista Prudentia Iuris* , 97.
- Mejía Chuman, R. (2014). Criterios que diferencia el cambio y rectificación de nombre. *Revista Jurídica Científica, Facultad de Derecho SSIAS*, 7. Recuperado el 28 de marzo de 2022, de <http://revistas.uss.edu.pe/index.php/SSIAS/article/view/159/158>
- Mendoza Cárdenas, H. (2017). La Voluntad Procreacional: un caso de inseminación artificial casera atípico. *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, 351.
- Meneses Ortiz, L. (2009). *Efectos legales de los procedimientos de fecundación humana asistida heteróloga cuando no existe consentimiento del marido o compañero permanente*. Colombia: U. Cooperativa de Colombia.
- Monroy, J. P. (2013). Técnicas de reproducción asistida y su incidencia en Colombia. *Revista Unilibre*, Colombia.
- Nacho Sánchez. (s.f.). *Lousie Brown, la primera niña probeta, Es triste que la fecundación in vitro siga siendo un tema tabú*, *El País* 2020. Recuperado el 8. de marzo, de 2022., de https://elpais.com/elpais/2020/03/06/mamas_papas/1583486018_035212.html

- Nogueira Alcala, H. (2007). El derecho a la propia imagen como derecho fundamental implícito. Fundamentación y caracterización. *Revista Ius et Praxis*. doi:245-285,2077
- Pérez Fuentes, G. M., Cantoral Domínguez, K., & Rodríguez Collado, M. d. (2017). *La Maternidad Subrogada*. México: Tirant lo Blanch.
- Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, s. y. (1988.). *Procolo de San Salvador, Organización de los Estados Americanos*.
- Quiénes Somos. (19. de febrero, de 2022.). *Latid Fertility Center*,. Obtenido de https://latidfertilitycenter.com/es_es/quienes-somos/
- Quiroga Lavie, H. (2008). *Los Derechos Humanos, y su defensa ante la justicia*. Bogotá: Editorial Temis.
- Rangel Zamora, J. E., Flores Terrínquez, E., Rangel Zamora, R., & Rojas Maldonado, N. E. (2022). *Filiación y derecho de identidad en el Código Civil de Jalisco*. Jalisco: Tirant Lo Blanch.
- Ricardo A. Mena Guerra. (2011.). *Valor y función de la Jurisprudencia en el Derecho Administrativo*,. El Salvador.
- Rivera, J. C. (2004). *Instituciones de derecho civil: parte general* . Buenos Aires: Abeledo-Perot.
- Roberto Hernández Sampieri. (2014,). *Metodología de la linvestigación*,. México.
- Rodriguez Pineau, E. (2013). *Identidad y Nacionalidad* , . Recuperado el 29 de marzo de 2022, de AFDUAM 17:
file:///C:/Users/User/Desktop/nacionalidad.pdf
- Rospigliosi., E. V. ((Perú: Lima, 1999) ...32.). *Filiación Derecho y Genética, aproximación a teorías* .
- Sambrizzi, E. (2016). *La Filiación en el Código y Comercial la procreación asistida*. Buenos Aires.
- Secretaria de Derechos Humanos, Ministerio de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos de la Nación con la colaboración de Fondo de las Naciones Unidas para la infancia. (2009). *Derecho a la identidad: dimensiones, experiencias y políticas públicas*. Buenos Aires. Recuperado el 23 de marzo de 2022, de <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r26889.pdf>
- Selim, L. (2019). ¿Qué es el registro del nacimiento y porque es importante? *UNICEF*.
- Sentencia de Inconstitucionalidad, 55-2012 (Sala de lo Constitucional 4 de diciembre de 2012).
- Serrano Quintero, L. (s.f.). *una mirada al derecho de familia desde la psicología jurídica* . Recuperado el 31 de marzo de 2022, de <https://repository.usta.edu.co/bitstream/handle/11634/26788/Segundapartederechofamiliacapitulo3filiacion2020luzserrano.pdf?sequence=1>
- Sesma, I. (2017). Algunas consideraciones en torno al Derecho a la Reproducción por medio de inseminación artificial. *Revista UNAM*.
- Sessarego, C. (1992). *Derecho a la identidad Personal*. Buenos Aires, Argentina: Astrea.

- Solicitud de auto de pareatis, 40-P2013 (Corte Suprema de Justicia de El Salvador en Corte Plena 16 de Febrero de 2017).
- Sotelo Bovino, M. V. (s.f.). *El debate sobre la Reproducción Humana Asistida en Uruguay*. España: Académica Española.
- STC 1055, Recurso de Casación (Cámara de Familia de San Salvador 22 de Septiembre de 2003).
- Varsi Rospigliosi, E., & Chaves, M. (s.f.). *paternidad socioafectiva, la evolucion de las relaciones patreno -filiales del imperio del biologismo a la consagracion del afecto*. Recuperado el 31 de marzo de 2022, de https://repositorio.ulima.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12724/3289/Varsi_Rospigliosi_Enrique_paternidad_socioafectiva.pdf?sequence=3&isAllowed=y
- Varsi Rospigliosi, E. (1999). *Filiación, derecho y genética, Aproximación a la teoría de la filiación biológica* (Vol. 1). Obtenido de file:///C:/Users/User/Downloads/Varsi_filiacion_derecho_genetica.pdf
- Varsi Rospigliosi, E. (2013). *Tratado de derecho de familia. Derecho de Filiación*. Lima, Perú.: Gaceta Jurídica S.A.
- Varsi Rospigliosi, E. (2017). Determinación de la filiación en la procreación asistida. *Revista IUS*.
- Vasconcelos Aguilar, M. (s.f.). El Nombre. *Revista Biblioteca jurídica virtual de investigaciones jurídicas de la UNAM*. Recuperado el 28 de marzo de 2022, de <file:///C:/Users/User/Desktop/nombre.pdf>
- Zannoni, E. (1995). *Manual de Derecho de Familia*. (E. D. Anita Calderon de Buitrago, Ed.) Recuperado el 30 de marzo de 2022, de Centro de Investigacion y Capacitacion Proyecto de Reforma Judicial : <https://sociologiauls.files.wordpress.com/2015/08/manual-de-derecho-de-familia-anita-calderon1.pdf>
- Zegers-Hochschild, F. (2021). celebrando 30 años de Arte en América Latina y reporte,. *Reprod Biomed Online*.
- Zegers-Hochschild, F., Adamson, G. D., de Mouzon, J., Ishihara, O., Mansour, R., Nygren, K., . . . WHO. (2010). Glosario de terminología en Técnicas de Reproducción Asistida. OMS.

ANEXOS

Anexo 1: Instrumento de entrevista señores(as) Magistrados de Cámara de Familia, Jueces de Familia y Secretaria de actuaciones.

“La Garantía del Derecho de Identidad de las Personas que establecen su Filiación por Técnicas de Reproducción Humana Asistida, en la Legislación Salvadoreña”

OBJETIVO DEL ESTUDIO: Identificar si el ordenamiento jurídico salvadoreño garantiza el derecho de identidad de las personas que establecen su filiación por técnicas de reproducción humana asistida.

INDICACIONES AL ENTREVISTADOR/A:

A continuación, encontrará indicaciones a seguir para llevar a cabo la entrevista. Estas indicaciones incluyen lo que usted como entrevistador(a) debe hacer antes, durante y después de la entrevista. También le presentamos la guía de entrevista.

Antes de la entrevista

- Sea puntual con la cita.
- Identifíquese debidamente con la persona entrevistada.
- Sea cortés, amistoso(a) y respetuoso(a).
- Establezca un clima agradable y de confianza.
- Explique los objetivos y la importancia del estudio de forma breve y sencilla.
- Haga énfasis en el compromiso de confidencialidad de las respuestas e identificación de la persona entrevistada.
- Solicite autorización para grabar la entrevista haciendo énfasis en que esta será utilizada con fines estrictamente académicos.

Durante la entrevista

- Haga que el (la) entrevistado(a) se sienta cómodo(a) durante el proceso.
- Sea imparcial y objetivo(a) en todo momento.
- Durante la entrevista, demuestre interés en las opiniones del (de la) entrevistado(a).

- No demuestre asombro o expresiones de desaprobación o espanto por contestaciones ofrecidas o experiencias que el (la) entrevistado(a) comparta con usted.
- No exprese opiniones propias ni ofrezca información hasta haber terminado el proceso de la entrevista.
- Mantenga el control de la entrevista dirigiendo al (a la) entrevistado(a) hacia el cuestionario.
- Formule las preguntas exactamente tal y como están redactadas.
- Repita las preguntas que no se hayan entendido sin alterar la estructura de la pregunta.
- Formule todas las preguntas a menos que se indique lo contrario.
- Si la respuesta es inadecuada, repita la pregunta y sus alternativas de
- Esté atento, a las respuestas "no sé" y repita la pregunta cuando sea necesario.
- Trate de conseguir una respuesta precisa y no un "no sé" o "no recuerdo".
- Indagar sobre cada TRHA.

Después de la entrevista

- Guarde el audio de la entrevista.
- Agradezca la participación del (de la) entrevistado(a)

Guía de preguntas:

1. ¿Cuántos procesos ha conocido relativos a filiación, en el último año?
2. ¿Cuántos de ellos ha tenido relación a técnicas de reproducción humana asistida?
3. ¿A su criterio, qué tipos de filiación reconoce el ordenamiento jurídico salvadoreño?

4. ¿Qué tipo de filiación, considera usted que correspondería a las personas que nacen por técnicas de reproducción humana asistida heterólogas?
5. ¿En qué criterio se basa o utiliza para el establecimiento de la filiación en casos de técnicas de reproducción humana asistida heterólogas?
6. ¿Considera que existen dificultades para el establecimiento de filiación a personas que nacieron por técnicas de reproducción humana asistida?
7. Actualmente ¿Existen casos de en conocimiento del Órgano Judicial de Cámara de Familia / Sala de lo Civil de personas nacidas bajo TRHA?
8. ¿Cómo se establece en la práctica la filiación de las personas nacidas por TRHA?
9. ¿Qué pruebas resultan idóneas para el establecimiento de filiación de personas nacidas por TRHA?
10. ¿Considera que el derecho de identidad en El Salvador, se encuentra garantizado para las personas que establecen su filiación por medio de TRHA?
11. ¿Qué opinión tiene sobre la legalidad de la práctica de las TRHA en el territorio salvadoreño?

Anexo 2: Instrumento de entrevista.

“La Garantía del Derecho de Identidad de las Personas que establecen su Filiación por Técnicas de Reproducción Humana Asistida, en la Legislación Salvadoreña”

Instrumento de entrevista para abogados (as) en el libre ejercicio de la profesión.

1. ¿Cuántos años ha ejercido la abogacía especializada en derecho de familia?
2. ¿Cuántos casos, aproximadamente, ha diligenciado referentes a los derechos de filiación e identidad? Por ejemplo, reconocimiento voluntario, impugnaciones de paternidad, etc.
3. ¿Qué tipos de filiación reconoce el ordenamiento jurídico salvadoreño?
4. ¿Existen dificultades para establecer la filiación a personas nacidas por TRHA?
5. ¿Es posible establecer filiación civil? Si no, ¿Qué tipo de filiación debería de consignarse a las personas que nacen por técnicas de reproducción humana asistida?
6. ¿Como considera que se garantiza el derecho de identidad de las personas a las que se les establece la filiación por TRHA?

Anexo 3: formato de consentimiento informado.

CONSENTIMIENTO INFORMADO

“La Garantía del Derecho de Identidad de las Personas que establecen su Filiación por Técnicas de Reproducción Humana Asistida, en la Legislación Salvadoreña”

Objetivo: Identificar si el ordenamiento jurídico salvadoreño garantiza el derecho de identidad de las personas que establecen su filiación por técnicas de reproducción humana asistida.

Medio de obtención de la información: Entrevista semi estructurada, individual y de manera presencial o virtual. Además, la grabación de voz que será empleada con el propósito de permitir mayor fluidez durante la entrevista, permitiendo realizar la transcripción y el análisis de los datos con posterioridad.

Uso de la información: La información recabada será empleada única y exclusivamente para la elaboración de tesis de investigación académica que nos permita:

- Identificar las garantías constitucionales a investigar la filiación de una persona.
- Describir los criterios de aplicación de la legislación salvadoreña en los casos de las personas que establecen su filiación por medio de técnicas de reproducción humana asistida, debido a la disociación de los elementos genéticos y biológicos.

Confidencialidad: Mediante este documento acreditamos que los datos obtenidos mediante su participación serán empleados únicamente para la

elaboración de la tesis de investigación académica antes mencionada y solamente personal vinculado directamente a la misma tendrá la posibilidad de acceder a esta información. En aras de garantizar la confidencialidad no se recogerán sus datos de identificación a excepción de los casos en los que por su profesión desarrolle actividad pública reconocida, situación de la cual será informada/o previamente.

Yo, _____ conozco el contenido de este documento, he comprendido las explicaciones facilitadas por la entrevistadora y CONSIENTO en participar en la entrevista semi estructurada. Así mismo, ___ CONSIENTO en que esta entrevista sea grabada.

En la ciudad de _____, a las _____ horas del día _____ de _____ de 2022.

Firma: _____

Anexo 4: carta de invitación a las personas participantes en entrevistas.

San Salvador, _____ de _____ de 2022.

Licdo./Licda. _____

Juez de Familia.

Presente.

Reciba un cordial saludo, deseándole éxitos en sus actividades laborales. Por medio de la presente, hacemos de su conocimiento que los maestrandos Kenny Guadalupe Escobar Rodas, Keila Eunice Molina Bonilla y Emilio José Ayala, se encuentra en el proceso de elaboración de tesis de investigación académica “La Garantía del Derecho de Identidad de las Personas que establecen su Filiación por Técnicas de Reproducción Humana Asistida, en la Legislación Salvadoreña”.

En este marco y dada su experticia y amplio conocimiento en el conocimiento de filiación y derecho de identidad, le solicitamos de manera más atenta una entrevista para conocer su opinión sobre dicho tema, haciendo uso del consentimiento informado.

Las personas investigadoras proponen como fecha de entrevista entre el _____, con un tiempo aproximado de una hora, en el lugar y horario que nos indique. La confirmación podrá ser a los teléfonos: _____ o a través del correo: _____.

En espera de una respuesta positiva, me suscribo de usted agradeciendo de antemano su disposición a participar.

F. _____

Doctora Nadia Menjívar Morán.

Directora General Escuela Posgrados

Anexo 5. Nómina de personas entrevistadas.

Se realizaron a 5 funcionarios públicos de Juzgado de Familia de San Salvador, San Marcos y Santa Ana, Cámara de Familia de San Salvador y Santa Ana, y 2 abogados en el libre ejercicio de la profesión.

No.	Código de persona entrevistada	Institución/Cargo	Categoría de entrevistada/entrevistado
1.	JF01	Juzgado de Familia.	Funcionario Público.
2.	JF02	Juzgado de Familia.	Funcionario Público.
3.	MCF03	Cámara de Familia.	Funcionario Público.
4.	MCF04	Cámara de Familia.	Funcionario Público.
5.	SJF05	Juzgado de Familia.	Funcionario Público.
6.	AI06	Abogado en el libre ejercicio.	Abogado.
7.	AI07	Abogado en el libre ejercicio.	Abogado

Anexo 6: Vaciado de información de entrevistas a Jueces y Magistrados de Familia.

PREGUNTA	JF01	JF02	MCF03	MCF04	SJF05
<p>¿Cuántos procesos ha conocido relativos a filiación, en el último año?</p>	<p>“Es un dato estadístico un difícil de decirles, por lo que recuerdo ingresan alrededor de unos 3 quizás en el mes, Estamos hablando de 30 o 36 en el año”.</p>	<p>“Es un dato estadístico que no manejo, aproximadamente 50 de filiación consanguínea y 4 adoptivas”.</p>	<p>“Bueno, estoy de magistrado desde septiembre del año pasado. Yo era juez tercero de Familia en todo ese periodo que ustedes me están preguntando, quizás, tuve conocimiento alrededor de unos 150 en el año”.</p>	<p>“En esa pregunta no tengo claridad para decirles el número, por lo menos unos 100 casos, lo estoy enmarcando en el último año, que estuve dentro del juzgado de familia, porque ha sido mucho menos ahora a nivel de cámara”.</p> <p>¿Y en el tiempo que lleva en cámara, cuantos ha conocido aproximadamente, relacionados a filiación?</p> <p>“Pocos, como cinco”.</p>	<p>“El estimado anual es de 200 procesos de filiación”.</p> <p>¿Cuántos años tiene usted trabajando en el juzgado?</p> <p>“Tengo 27 - 28 años, desde que nacieron los tribunales”.</p>
<p>¿Cuántos de ellos ha tenido relación a</p>	<p>“Ninguno”</p>	<p>“Un caso, pero lo declaré improponible”.</p>	<p>“Ninguno, el único caso que yo recuerdo haber conocido que tiene que ver con técnicas de reproducción asistida fue cuando yo trabajaba en la Cámara de Familia de San Salvador como colaborador, estoy</p>	<p>“No ninguno, que sea relacionado a eso, ninguno he conocido”.</p>	<p>“Yo vi 1, pero cuando estaba en San Salvador. Fue el primer caso que vimos nosotros, que fue en el 95, fue un caso sonado porque era la primera vez en la historia de nuestro país, lo que era la “Inseminación</p>

<p>técnicas de reproducción humana asistida?</p>			<p>hablando que fue un año, fue en los 90s; en Costa Rica, hay una sentencia es de Artavia Murillo, porque ahí la Sala de lo Constitucional emitió una sentencia que prácticamente venía a prohibir la fecundación in vitro, que es de las técnicas de reproducción humana asistida</p> <p>El caso, más o menos, hace años, yo no me recuerdo bien, pero sí el único que era evidente que ahí hubo una fecundación in vitro”.</p>		<p>artificial”, era una impugnación.</p> <p>Y en ese caso particularmente, para usted, ¿Quién era el padre?</p> <p>“No el que donó el esperma, sino el que solicitó al hermano que lo diera”.</p> <p>¿Existía consentimiento informado?</p> <p>“Sí, había, se levantó esa acta notarial, y en esa acta notarial no había desconocimiento por ninguna de las partes, sino que todos tenían conocimiento que se iba a hacer esa inseminación artificial.</p> <p>¿El elemento socio afectivo fue valorado por el juez en ese caso?</p> <p>Claro, porque el niño se va adaptando a los</p>
--	--	--	---	--	---

					<p>nuevos papás, ellos todavía lo tratan como hijo biológico y los niños los tratan a su papá y a su mamá que lo identifican.</p> <p>Ese caso se ventiló en el tercero de familia, comenzó en el tercero de familia, pero ahí se inhibió la jueza en razón de que una de las empleadas era hermana, entonces lo pasaron al segundo de familia, el segundo de familia siguió conociendo de ese caso”</p>
<p>A su criterio, ¿Qué tipos de filiación reconoce el ordenamiento jurídico salvadoreño?</p>	<p>“Tendríamos la consanguínea y la de adopción, básicamente”.</p>	<p>“Arts. 133 y 134 del Código de Familia.”</p>	<p>“La filiación consanguínea y adoptiva, según la ley, pero aplicación vía sentencia se reconoce otra, pero muchos colegas consideran que como solo hay 2 formas de filiación interpretan la Constitución al revés”.</p>	<p>“Para el ordenamiento jurídico, a partir del 134 del CF el ordenamiento prácticamente reconoce dos vínculos, como lo hace en relación al padre y madre: el de consanguinidad y el de adopción.</p> <p>Es ahí donde se cierra, sin embargo, ya está desfasado eso y debe de actualizarse, porque</p>	<p>“Hay dos el de consanguinidad y el de adopción, como lo dice el 134 del Código de Familia, le dice 2 verdad, pero el 143 cuando le habla del reconocimiento voluntario; ahí donde dice otros “u otros actos judiciales” entraría lo que es la inseminación artificial automáticamente</p>

				dentro de la filiación, de las realidades sociales, y lo que se da dentro de la misma realidad familiar, ya hay por lo menos cinco formas de filiación, que se reconocen, aparte de las dos que se han mencionado, y la que estamos estudiando que sería la filiación civil, y además se ha trabajado en la filiación socioafectiva, y la filiación por solidaridad humana”.	porque aquí es la sana crítica la que tiene que utilizar, si bien es cierto en nuestra ley, nuestra legislación de familia no habla referente a lo que es la inseminación artificial, aquí va a ocupar el juez la sana crítica”.
¿Qué tipo de filiación, considera usted que correspondería a las personas que nacen por técnicas de reproducción humana asistida heterólogas ?	“En ese caso yo creo que tendría que existir algún tipo de modificación a la legislación para poder tenerlas, porque al final si es heteróloga no hay generalmente material biológico de la persona, entonces no podríamos ubicarla en la consanguínea, ni tampoco en la adoptiva porque la	“Filiación paterna y filiación materna adoptiva.”	“Prácticamente no existe, es decir, está bien definida la maternidad, pero el punto es que la constitución solo reconoce dos”. ¿No se podría establecer? “Como no por la aplicación vía sentencia, a punta de lanza vía sentencia, el punto es que las sentencias son un polo tierra, en donde	“La que estamos estudiando, que sería la filiación civil”.	“Pues para mi es biológica, porque es en base a esa técnica que yo he venido a procrear entonces no puede ser adoptiva porque en ningún momento me han aportado ese semen a mí, sino que me lo dieron voluntariamente entonces por eso es que entra en el reconocimiento voluntario”.

	<p>adoptiva tiene otra regulación diferente, yo creo que sería de establecer una nueva forma específica por esa causa”.</p>		<p>recaen mucha responsabilidad, a la hora de entender una norma; porque en ese caso lo que se tiene que hacer un análisis de peso y contra peso, de ponderación de derechos, verdad, la identidad de la niña y todos los derechos que derivan de la filiación que ya se había establecido por reconocimiento voluntario de paternidad a venir a impugnar ese reconocimiento voluntario de paternidad que desde el punto de vista de la constitución podría tener razón porque la filiación solo puede ser biológica o afectiva, pero eso no es tan cierto por qué muchas veces se da un fenómeno, muchas veces las normas secundarias son mucho más garantistas. La</p>		
--	---	--	--	--	--

			Constitución, es un piso nada más, no es un techo, es un piso que permite interpretar siempre a favor del ciudadano y a sus derechos de protección para sus garantías, entonces por eso es que la filiación que se regula a través de la Constitución”.		
¿En qué criterio se basa o utiliza para el establecimiento de la filiación en casos de técnicas de reproducción humana asistida?	<p>“Si fuésemos como muy formalistas, la resolución sería que no procede, (es decir), la improcedencia.</p> <p>Pero si se tiene un criterio un poquito amplio, en este caso podríamos tener una interpretación analógica en base al principio pro-persona porque independientemente de cómo haya sido gestado sigue siendo persona utilizando Derecho</p>	<p>“Siempre en la norma del 133 del Código de Familia.”</p>	<p>“En la voluntad procreacional”</p>	<p>“El problema que tenemos es que, dentro de nuestro país no hay una regulación, no tenemos ni siquiera una ley de reproducción humana como la tuvo Argentina; tendría que verificarse, de qué manera esta filiación se puede establecer porque no solo es el hecho de determinar si hay un vínculo consanguíneo o adoptivo sino a partir de lo que se establece en la constitución.</p> <p>Lo que pasa que hay que hacer una interpretación a partir del derecho que</p>	<p>“En la prueba documental que acredite los extremos, según la situación concreta”.</p>

	<p>Comparado, Jurisprudencia Internacional, Convenciones de Derechos Humanos”</p>			<p>le corresponde a una persona de formar una familia y, creo yo, que nos podríamos ir al derecho constitucional de la persona, a tener derecho y ser parte de una familia, si le negamos la filiación le estamos negando el derecho de formar parte de esta familia, entonces habría que ver si se puede hacer un análisis a partir desde la Constitución para poder integrar con la normativa que existe ahorita porque si nos vamos a como está definitivamente no lo regula y nos vamos a lo que dijo la Cámara, la Sala, tendríamos que analizar si realmente esa decisión estuvo bien, tendríamos que irnos más allá de cómo se va a establecer de manera judicial o como se va a registrar esa filiación en una partida de nacimiento etc., se podría decir apliquemos todos los criterios</p>	
--	---	--	--	---	--

				jurisprudenciales de nivel internacional que hay y a partir de eso”.	
<p>¿Considera que existen dificultades para el establecimiento de filiación a personas que nacieron por técnicas de reproducción humana asistida?</p>	<p>“Si, por que no está reguladas ”</p>	<p>“Sí, dificultades legales, se requieren reformas legislativas.”</p>	<p>“Si por el anonimato del donante en el que quiere permanecer, pero considero que si interpretamos a la luz de la misma Convención de la Americana o de la Convención de los Derechos del Niño y el derecho de conocer su origen debería de estar regulado ese tipo de situaciones, creo que de hecho está en la LEPINA, que pues el derecho a investigar puede permitir una gama de pretensiones que a una persona interesada en conocer su verdadera filiación biológica se le permita hacer, verdad, pero sí ciertamente hay barreras como el anonimato del donante es como el que sería.</p>	<p>“Si porque no hay una regulación, expresa, no la tenemos. En nuestra legislación no se prohíbe, ya que no existe la regulación expresa, ya representa una dificultad porque toca hacer una interpretación de integración de criterio jurisprudenciales de otros países para poder determinar cómo se la encontraría solución a un caso de estos, como lo dice la Sala en esa sentencia, que hay una anomia al respecto al no tener esa regulación, y también lo que le decía antes no tenemos ni siquiera una ley de reproducción humana asistida que podría haber sido una alternativa, no está en el Código”.</p>	<p>“Sí, para mí sí existe dificultad puesto que a veces hay donaciones, a veces se desconoce quién es el donante de esos espermas entonces, Cuando hay donaciones sí, pero cuando yo desconozco quién es o que talvez yo no quiero saber quién es la persona esa que me donó el esperma sí puede haber dificultades para saber que efectivamente este”.</p>

			El mismo sistema, la cultura, imagínese cuando se está dando el caso con la maternidad subrogada que hasta puede haber 5 progenitores, por eso no se habla del padre y madre, sino que se habla de progenitores que aporte han hecho para la existencia de esa criatura”.		
Actualmente, ¿Existen casos en conocimiento del Órgano Judicial de Cámara de Familia, Sala de lo Civil, de personas nacidas por TRHA?	“No”	“No.”	“No, justamente por la prevalencia de la voluntad procreacional porque estos casos se hubiesen reflejado por controversia en algunos tribunales sí pueden verse reflejadas siempre que se hayan ido conflicto dentro de la relación familiar, mientras eso no ocurra, la sociedad está respondiendo naturalmente a este tipo de técnicas, el	“No”.	“No, solamente el del año de 1995”.

			<p>problema es cuando ya empiezan a ser un conflicto”.</p> <p>¿Estamos preparados como sistema para darle respuesta a un caso en concreto de este tipo? “Que se yo, ya habrá una persona adulta que haya impugnado la paternidad o que un tercero venga a impugnar la paternidad de esta persona, qué impacto va a tener en la escala de derechos de esta persona que ya con su vida es fulano de tal y se asiente como tal y venga el hecho de que le varíen su nombre, sus apellidos, la proclamación de sus apellidos ya va a tener un impacto o qué pasa con aquellos que ya de esa filiación establecida ya es derivado otro tipo de obligaciones o existen</p>		
--	--	--	---	--	--

			<p>potenciales derechos y obligaciones, derechos sucesorales, derecho hereditario y que se derivan justamente de la filiación que lo posicionan a usted como reclamante de esos derechos, entonces creo yo que el sistema no está preparado, incluso, puede haber un marco normativo, pero ustedes saben que muchas veces puede haber un marco normativo excelente pero si no tenemos a los operadores preparados para ello, verdad, sí a veces una mala ley puede ser bien aplicada por un buen juez, como 5 o 10, verdad”.</p>		
<p>¿Cómo se establece en la practica la filiación de las personas nacidas por TRHA</p>	<p>“Así como tener conocimiento, no creo tenerlo, pero atreviéndome a emitir una opinión considero que lo están haciendo a</p>	<p>“En mi criterio, sería adoptiva.”</p>	<p>“Recordemos que incluso en los reconocimientos voluntarios de paternidad lo que hay es una presunción de consanguinidad,</p>	<p>“Tiene que haber una ficción legal, simplemente es una ficción legal, al no estar regulado estamos obligando a esas personas a que de una</p>	<p>“Hay simulaciones de filiación, porque la ley lo permite, pero él bien sabe que en el momento se está atribuyendo una prueba de paternidad</p>

<p>heterólogas ?</p>	<p>través de los registros del estado familiar, ah, simplemente van y dicen “es mi hijo”. - Reconocimientos voluntarios”</p> <p>¿Digamos que podría haber una simulación de filiación consanguínea?</p> <p>“En la práctica eso es lo que se está haciendo, verdad, o sea, y habría que ver si esas clínicas dan algún certificado de nacimiento y a nombre de quién lo dan, porque si ellos se saltan quien es la verdadera madre y ponen como madre a la otra persona, o sea, el certificado que le van a dar dice que es hijo de ella y en el registro se lo van a validar y se lo van</p>		<p>verdad, entonces y en nuestro asientos, nuestros registros no contemplan esas situaciones que dan por hecho verdad, dan por sentado que quien daba los datos es el padre y es el padre y es el de sangre, cosa que quizás para bien o para mal está bien verdad que no se consigne hijo biológico o porque no tendría sentido que atente contra la identidad, por eso es que digo yo que para bien o para mal se ha dejado abierto ese punto, claro si se da en forma escrita o reducida a decir “mire evidentemente biológico no lo es” pero entonces ahí viene el tema que debería de regularse desde ya que es la paternidad registral con la paternidad social, la paternidad social, es decir, ya</p>	<p>manera o otra, verifique situaciones que no son tan legales, para poder establecer la filiación, estamos en una línea muy débil, de lo que puede hacer o no legal entonces irnos a esto y a verificar precisamente cuando se impugna la maternidad con un falso parto o cualquier situación de esas que se dé, entonces como sé que estamos empujando a la gente por no estar esa regulación y ante la desesperación de querer concebir de lo que implica el nivel emocional y familiar de las personas, concebir pese a cualquier consecuencia que a un inicio no se advierte, tiene sus consecuencias que son complejas.</p> <p>Es un tema bien importante ya que en el derecho de familia las relaciones importantes, estamos involucrados en el proyecto de vida de</p>	<p>que no le corresponde, a la larga él puede tener consecuencias, pero eso no lo mide uno, sino que hasta después lo va midiendo uno”</p>
-----------------------------	---	--	---	--	--

	<p>a inscribir como hijo de ellos, o sea, lo que están haciendo en la práctica es sobrepasando todas las, cómo se llama, todas las formalidades o haciéndolo, adecuando todas las formalidades a la necesidad de ellos pero sin hacer alusión al origen de esa criatura, igual no digo que sea bueno o que sea malo, verdad, sino que pienso que así es como lo están realizando”.</p>		<p>realmente ya es el otro lado de la identidad que tiene el hijo, la paternidad social es que ese niño, esa niña frente a un grupo social ha sido tocado como hijo y así se ha presentado, al margen de la realidad biológica porque, ya siento yo que se va ser desde un punto de vista de genero eso del hijo de sangre, eso tiene su nombre en la estructura patriarcal de nuestra sociedad, son de 7 mil años de machismo que no los podemos eliminar en poco tiempo, entonces el primogénito, hijo de sangre, pero veamos tenemos la adopción y que es muy rechazada por lo mismo porque como tenemos esa concepción de que hijo mío es de sangre y no puede haber otro pero eso como que se está ampliando porque muchas veces</p>	<p>cada una de las personas, con todo lo que se ve en el derecho de familia, por eso es importante trabajar y manejarlo con pinzas”</p>	
--	--	--	---	---	--

			<p>como dice la doctora Calderón de Carlucci “Son más fuertes los vínculos afectivos que los vínculos de sangre”, la realidad plétórica en demostrarnos eso, verdad, muchas veces usted establece vínculos afectivos con personas que no son su padre o su madre o otra persona que uno quiere más a los hijos”.</p>		
<p>¿Qué pruebas resultan idóneas para el establecimiento de filiación de las personas nacidas por TRHA?</p>	<p>“Prueba idónea, lo que pasa es que en ese caso estamos hablando de un reconocimiento voluntario simplemente es la voluntad de el de reconocerlo, simplemente tener por acreditada la existencia a través de una forma diferente de concepción y de nacimiento, pero no habría porque estar requiriendo prueba</p>	<p>“ADN.”</p>	<p>“Siempre hay una carga genética en el caso, por ejemplo, si retomamos una gestación por sustitución con 5 participantes, pero hay una pareja que está deseando el nacimiento, va a haber un donante de esperma, una donante de óvulos y va a haber una mujer que lo va gestar, entonces en este caso para establecer la maternidad, no opera</p>	<p>“Como lo pruebas, tendría que verificar en relación a lo que se ha determinado del lugar, donde se ha realizado la reproducción asistida porque eso es lo que determina, se tendría que ir a esa parte donde hubo la realización de esa técnica como se realizó, donde se realizó, y que eso le garantice, precisamente ha habido esa, y que esa persona ha nacido por esa técnica.”</p>	<p>“Depende, si las técnicas son como en el caso de donaciones, pues lógicamente tiene que ser la prueba de la ADN, pero si es por el caso este de la impugnación, a esta niña no se le hizo prueba de la ADN, bastó con la prueba que determinó que efectivamente se habían hecho la inseminación artificial por el acta notarial que había levantado el</p>

	<p>porque ahí lo que estoy diciendo simplemente es si esta persona acepta y quiere reconocerla y darle validez a este reconocimiento.”</p> <p>Y, por ejemplo, con la presunción de maternidad, -la ley- determina que se establece por la prueba de parto, que, prácticamente la prueba idónea para la filiación consanguínea sería la prueba de parto (en el caso de la madre), verdad, ¿y si esa mujer dio a luz como gestado por sustitución y el reconocimiento lo solicita la mujer que sí deseo el nacimiento?</p>		<p>la prueba de parto porque madre.”</p> <p>¿Tendría que ser la que deseo el nacimiento o la que da a luz?</p> <p>Desde mi punto de vista es de quien lo desea.</p> <p>Entonces en este caso, ¿Cuál sería la prueba idónea para poder establecer esa filiación?</p> <p>“Algún documento que acredite esa autonomía a la voluntad de querer procrear, que en esos casos evidentemente existen registros.”</p>	<p>¿Qué valor tendría el consentimiento, por ejemplo, digamos que yo estoy casado y yo tengo un problema de fertilidad y mi esposa no, entonces se necesita la participación de un donante, yo consiento esa práctica, pero esa criatura no va a tener una identidad genética conmigo, sino que, con otra persona, el padre sería yo, pero el consentimiento que se ha otorgado para esa práctica será, parte de los medios probatorios, si se plasmaran en un documento?</p> <p>“Para mi si tendría que ser, porque para los efectos de las TRHA tendría que haber, lo que le llaman el consentimiento y la voluntad procreacional, hay una voluntad procreacional relacionado a eso porque efectivamente lo que se</p>	<p>médico, ahí no se le hizo ninguna técnica de prueba a la niña porque si no si se le hace esa prueba, esa técnica quiere decir que hay duda razonable, una duda, entonces estoy dudando, entonces estoy afectando a la niña, le estoy violentando los derechos a la niña. Entonces, para mí, cuando son producto de esas no hay ningún tipo de pruebas pues porque ya quedó plasmado que efectivamente son a través de estas técnicas y por lo tanto no creo que pueda hacerse por ese digno medio pues.”</p>
--	---	--	--	---	---

	<p>“En ese caso quizás habría que buscar; si fue un vientre de alquiler, como se conoce comúnmente, si existió un convenio entre las partes pero que ese convenio represente la gratuidad por así decirlo, verdad, por ejemplo, si fue una hermana, una prima, o sea ahí podemos presentar documentación para comprobar que son parientes o ella fue que quiso hacer esa acción pero que no tenga de por medio un precio porque entonces sí sería, eso sería ilegal, eso no se podría validar.”</p>			<p>quiere, es tener un hijo o hija y como se pretende tener y el consentimiento informado a partir de, que con esas me encuentro como persona sabedora cuales son las situaciones que se dan a partir del nacimiento de hijo o hija en esos términos que es lo que implica y que si es el consentimiento de tenerlos de esa forma, porque claro es importante porque implica el hijo lo va a tener una forma que no es la tradicionalmente vemos, y si tendría que existir ese consentimiento, que debe de ser, a sujeto de determinadas formalidades, y que la establezca que la persona está en la capacidad de haber tomado esa decisión.”</p>	
	<p>“Si entendemos garantizado por regulado, no; si lo</p>		<p>“En este caso de las técnicas de reproducción humana</p>	<p>“Tendría que garantizarse el derecho de identidad porque,</p>	<p>“Claro que sí, se garantiza de conformidad al</p>

<p>¿Considera que el derecho de identidad en El Salvador, se encuentra garantizado para las personas que establecen su filiación por medio de TRHA?</p>	<p>entendemos garantizado en el sentido de que los administradores de justicia puedan hacer un análisis como el que les mencioné y poder darle validez a eso, ahí sí; pero tienen que verse los 2 escenarios.”</p>	<p>“Sí, pero una reforma legislativa podría integrarlos.”</p>	<p>asistida es obvio que hay una violación al uso de identidad entendiéndolo más que todo a la identidad dinámica, esa es la que como yo me identifico, como yo me proyecto como ser humano hacia mis semejantes en una sociedad, es decir, yo me siento parte de este grupo familiar, yo me siento hijo de esta señora que es mi mamá, o me siento hijo de esta persona que es mi padre, es como la biografía de uno, es una identidad que va cambiando conforme uno va creciendo y teniendo sus etapas, obviamente hay momentos en los que nosotros estamos como definidos que pertenecemos a este grupo familiar, aunque genéticamente tal vez no lo seamos.”</p>	<p>estamos hablando como en la adopción, con este tema tenemos que tener una valoración del derecho de identidad, porque la persona en un momento determinado al tomar conciencia de esta situación si puede querer conocer cuáles son su orígenes y a partir de eso tenemos que garantizarlos, también la ley debería registrar y establecer como se va a garantizar el derecho de identidad, porque si estuviera regulado tendría que llevar un registro, de cada caso, de cada familia, para poder determinar en un momento si esta persona quiere saber sobre su origen y puede acudir al registro y mediante ese registro verificar como nació y de donde viene, tener acceso y que exista una institución donde se encuentran estos registros y la persona poder investigar su identidad.”</p>	<p>artículo 36 de la Constitución, desde que nace el niño ya tiene una identidad. Está la ley, la LEPINA, los niños desde que nacen tienen una identidad, tienen un género, el reconocimiento de los padres, tienen una partida de nacimiento porque los padres reconocen a sus hijos desde el momento que nacen”.</p>
--	--	---	--	--	--

			<p>No, no, no hay una regulación precisa perfecta ni de las técnicas, ni de los efectos jurídicos que estas tienen en relación a los otros compromisos que estas tienen en relación a lo concebido, no existe, talvez exista la norma dispersa, pero algo integral que lo garantice que se les va a proteger o a maximizar el derecho a la identidad, no existe”.</p>	<p>En una gestación por sustitución, para usted, ¿El derecho de identidad se garantiza, por el origen biológico o por las personas que lo desearon?</p> <p>“Es a partir de las personas que lo han deseado porque en un momento determinado, la persona que lo gesto no es la persona que realmente lo ha querido y ha sido situación por la legislación que no se le reconoció incluso con ese caso están planteando el problema que genera el no tener regulada las TRHA y lo que implica, porque hablamos que el derecho de identidad no solo parte del vínculo biológico sino del vínculo social que hay en relación a las personas, tendrían que establecer registros a partir de cada situación que se va dando a quien lo solicite porque en esta</p>	
--	--	--	---	---	--

				<p>parte también se menciona en relación al anonimato porque las personas que lo hacen, lo hacen de forma anónima pero también al hacerlo consideraría que toman, que bajo esa decisión de ser donante también deben asumir, ciertas situaciones como el hecho de el ser donante es una responsabilidad”.</p> <p>¿El derecho de identidad se garantiza con el establecimiento de una correcta filiación?</p> <p>“El derecho de identidad no solo parte del establecimiento de su filiación, el derecho de identidad parte de como esa persona no solo conoce su origen y sabe y esta consiente de su origen si no también que al establecerse esa filiación sea a partir como quiere estar conectado en ese vínculo con la otra persona, todo eso parte</p>	
--	--	--	--	--	--

				del derecho de identidad como tiene tantas bifurcaciones lo que implica en si este derecho de identidad pero entre esos cuando hablamos del origen en todo caso que es parte de eso, considero que debemos de establecer de alguna manera como se va a determinar y la filiación parte de ese conocimiento del origen.”	
<p>¿Qué opinión tiene sobre la legalidad de la práctica de la TRHA en el territorio salvadoreño ?</p>	<p>“La respuesta es similar, verdad, legalidad no tienen porque no están reconocidas, pero de que se dan, pues si se dan”.</p> <p>Y ante una posible regulación, ¿Debería regularse de legalizarse la práctica de la fecundación In Vitro, de la gestación por sustitución y la inseminación artificial por igual</p>	<p>“Si es voluntaria, es legítima; solo que debe inscribirse la madre biológica.”</p>	<p>“El asunto está al costo no cualquiera puede, si cuesta como no sé, \$30,000.00 alrededor de \$30,000.00 cada procedimiento, entonces digamos no está al alcance de cualquier persona, ahora a menos que el estado lo proporcione, entonces aquí el estado debería estar obligado a brindar a la población ese tipo de procedimientos de forma gratuita porque el origen de todo esto es la infertilidad en</p>	<p>“Lo que pasa es que son tres prácticas que hay parten de distintas realidades de reproducción, entonces a partir de esas realidades sociales que se van dando respecto de cómo se dan las decisiones de querer tener un hijo o hija, de querer ampliar la familia en ese caso, para mi tendrían que regularse a priori no podría decir que si o no estoy de acuerdo, si se que hay unas que ustedes lo menciona que tienden a interpretarse ser moralmente</p>	<p>“Desde mi punto de vista creería de que sí los 3, porque si una madre no puede tener un hijo y le está pidiendo un vientre de alquiler a otra para que le dé un hijo, con el consentimiento de la otra, creo que no hay ningún problema al igual que el otro que le puede donar el esperma o el In Vitro, vea, que es una donación que se desconoce quién es la persona que le está donando ese semen o esa esperma, verdad,</p>

	<p>o deberían de prohibirse por ejemplo lo que usted decía?</p> <p>“Yo creo que no. El aspecto económico de por medio de cualquiera de las formas definitivamente debe ser prohibido y, como les digo, lo que sucede es que estas situaciones estamos ante la ciencia y el derecho, verdad, la ciencia va a pasos agigantados y el derecho todavía se ha quedado ahí, aunado a las culturas de nuestros países se resisten ese tipo de cosas es lo que provoca ese desfase por así decirlo. Pero sabemos que el derecho es cambiante verdad, entonces siento</p>		<p>una pareja y no procrear hijos, se supone que estos van a ser parte de una sociedad futura y si estas parejas ya no procrean prácticamente su derecho a la igualdad no está siendo tan igual pues sino que lo del acceso no es igualitario pues y obviamente hay que no tanto cobertura sino que por lo menos empezar a generar un servicio que permita a cualquier ciudadano acceder a ese tipo de servicios.”</p>	<p>cuestionadas, pero habría que centrarnos no tanto en la parte moral, sino que la parte que desea la persona, que es lo que quieren esas personas a sus posibilidades a sus deseos o situaciones de vida de cada quien, y a partir de eso regularla de la mejor manera posible, ahorita pueden ser estas tres pero después pueden ser otras, otras formas que van ir surgiendo y cada forma distinta lo que tiene que hacer es estudiarse y ver como se regulan para garantizarla, esas personas su derecho a continuar ampliando una familia o tener un hijo o hija, como lo desean hacer porque un momento determinado puede decirle a alguien que sea moralista, puede decir que eso no es así que van en contra de lo que se establece en la religión y eso nos puede hacerse de esa manera</p>	<p>pero considero que las 3 pueden ser legalizadas, pues, dependiendo de ese punto de vista por el derecho del niño pues verdad, porque ahí estamos viendo el derecho del niño, el niño no tiene culpa de venir al mundo, sino que son a consecuencia de nosotros de tener el deseo de tener un hijo, el querer tener un hijo, cómo lo vamos a tener no sabemos, va, pero yo quiero ser madre, verdad, y por ser madre yo puedo pedirle a alguien que yo donarle mis espermas para que ella pueda tener esa criatura que yo quiero.”</p>
--	---	--	--	---	--

	<p>que es el derecho el que tiene que acoplarse a los avances científicos y por eso considero que sí se deben regular, que las regulaciones deben ser bien específicas basadas en estudios técnicos, en la consulta a toda la población y a las instituciones que están inmersas también, verdad, que esa legislación debe ser producto realmente de una consulta de opinión de expertos pero sí se debe regular y sobre todo prohibir el aspecto económico.”</p>			<p>pero no estamos hablando desde esa perspectiva sino desde el punto de vista de derechos humanos, de formar una familia, es ahí donde tenemos que centrarnos, ese es el derecho que le vamos a garantizar a las personas a través de las TRHA, por eso se han aceptado y lo que se esta haciendo es regularlas mejor, en vez de decir que las mantenemos en la línea escondida porque rayan con la moral o con la parte religiosa mejor es estudiarla, analizarlas y decir estas aristas son las legales, vamos a regularlas, porque tampoco podemos permitir que haya abuso en relación a la utilización y en regulación incluso, utilizar mal la decisión de las personas, de querer tener hijos o hijas nacidos mediante las TRHA, que sean entonces y que no se abuse de ese derecho.”</p>	
--	---	--	--	--	--

				<p>En el caso de la gestación por sustitución, hay una relación contractual, puede ser a título gratuito o no, entonces ¿Este contrato, recaerá sobre cosa lícita?, ¿Cuál sería el valor de ese contrato?</p> <p>“Pareciera un negocio sobre el cuerpo humano, estamos negociando en relación a eso, entiendo que existen países que la prohíben directamente, porque incluso si hay un contrato podríamos decir, que se podría declarar nulo, porque no hay licitud en esa parte, entonces tendría que valorarse, si también se considera que es lícito, porque se entiende que hay lugares que lo penalizan y lo prohíben e incluso lo sancionan, pero si tendría que considerarse realmente como esos contratos, sobre la maternidad</p>	
--	--	--	--	--	--

				<p>subrogada se puedan considerar, en esta parte no puedo darles una respuesta concreta pero lo que sucede es que yo voy a ¿De qué manera también le vamos a dar la posibilidad a la persona?, claro hay muchas posibilidades que le dicen vaya o porque no adopta, pero esas son las decisiones de cada persona, entonces podría decirle que puede ser que la maternidad subrogada, es de un vientre y diga si, es gratuito porque es el deseo de alguien y si la hermana de la persona quiere hacerlo.”</p>	
--	--	--	--	---	--

Anexo 7: Vaciado de información de entrevistas a abogados en el libre ejercicio.

PREGUNTAS	AI06	AI07
<p>¿Cuántos años han ejercido la abogacía especializada en derecho de familia?</p>	<p>“Como abogada en el libre ejercicio llevo 11 años, pero como abogada llevo desde el 2008, 2007 – 2008, no sé cuántos años son; como especialista en derecho de familia, nueve años”.</p>	<p>“Desde 1998, Después estuve en los juzgados de familia como colaborador después en Cámara de Familia y a partir de que me autoricé como abogado, en febrero del año 2002, he ejercido la profesión y siempre ha sido en derecho de familia 20 años, Yo he escrito y relacionado al tema, hace años escribí un artículo como de 21 páginas sobre un posible proyecto de ley de técnicas de reproducción humana asistida”.</p>
<p>¿Cuántos casos, aproximadamente, ha diligenciado referente a los derechos de filiación e identidad?</p>	<p>“Quizás han sido como unos 5 casos más o menos, de todos, entre reconocimiento, entre impugnaciones, sí más o menos unos 5 casos han sido. Sí alrededor de 5 casos son los que he tenido así relacionados con filiación ya sea para emplazar o para desplazar”.</p>	<p>“Es difícilísimo decirle, no llevo una estadística de eso; pero le voy a decir que este es mi tema favorito del derecho de familia, a pesar de que, para bien o para mal, los casos más comunes son de divorcio, en segundo lugar, violencia intrafamiliar, los casos de filiación no son los más comunes de todos, pero son mis temas favoritos”.</p>
	<p>“El ordenamiento jurídico solo reconoce la consanguinidad y la adopción, pero pues todavía la sentencia de la sala de lo civil a pesar de que no ha</p>	<p>“Bueno, como la filiación viene del latín filius que significa hijo, entonces esta la filiación materna y paterna y de la filiación paterna pues tenemos las 3</p>

<p>¿Qué tipos de filiación reconoce el ordenamiento jurídico salvadoreño?</p>	<p>tenido mayores con el ordenamiento jurídico pues obviamente reconoce la filiación civil a través de la voluntad procreacional que yo creo que sí es una autentica forma de ser filiación.</p> <p>La voluntad procreacional, es la determinación de que una persona decida tener un hijo independientemente de que haya coincidencia genética con esta persona que desea procrear”.</p>	<p>formas de establecer la paternidad como la presunción de paternidad, el reconocimiento voluntario y la declaratoria judicial. Aquí no tenemos otra forma de establecer la paternidad, como en Estados Unidos, que con solo que la madre diga o señale a una persona como padre de su hijo y ya lo ponen en común en la partida de nacimiento, como tal, aquí no tenemos esa forma”.</p>
<p>¿Existen dificultades para establecer la filiación a personas nacidas por TRHA?</p>	<p>“Sí, naturalmente existen dado que como no está establecido en una ley, existen diversas formas o visiones en las cuales digamos se trata de obstaculizar el establecimiento de filiación de las personas precisamente aduciendo un poco de desconocimiento, quizás aduciendo un poco de temor, quizás aduciendo el principio, pero yo creo que hay que tener en todo, creo que en este derecho de los niñas, niñas y adolescentes, creo que hay que tener una visión un poquito más pro y más activa en el sentido de poder reconocer situaciones que talvez antes no eran tan conocidas, pero en algún momento pudiesen llegar a afectar algún derecho fundamental”</p>	<p>“Sí, por supuesto que eso podría llegar a generar algún problema. De hecho, en El Salvador, entiendo que ha habido un juicio, pero bien viejo, del 95 que lo conoció el tercero de familia, si no mal recuerdo. Es el único caso que sea dado de problema de técnicas de reproducción humana asistida. Bueno obviamente los casos si son muchísimos los que podrían estarse dando, hay casos que pueden ser incluso de problemas de genética, de ética, de bioética; como, por ejemplo, la gente no se pone a pensar en cosas como que aquí en El Salvador tenemos técnicas de reproducción humana asistida y laboratorios para ello, desde hace muchísimos años pues ya</p>

		<p>tenemos varios años. Nada menos esta semana pasada le di asesoría a una señora que dice ser la primera mujer que tuvo en El Salvador un hijo por técnicas de reproducción humana asistida, le di asesoría como tal y etcétera, el caso no era de técnicas de reproducción humana asistida, era su divorcio, pero ella lo aseguraba pues entonces si ya ha habido casos y puede haber muchísimos casos”.</p>
<p>¿Es posible establecer filiación civil? Si no, ¿Qué tipo de filiación debería consignarse a las personas que nacen por técnicas de reproducción humana asistida?</p>	<p>“De hecho, es una realidad, lo que pasa es que el reconocimiento jurídico es lo que nos está faltando, realmente creo que a veces la filiación civil se toma nada más como si fuese un opción para aquellas parejas que tienen problemas de procreación pero creo que independientemente los tengan o no, no es lo determinante sino que evidentemente si tú quieres optar por esta forma de establecer filiación eres libre de hacerlo independientemente tengas un problema o no, es decir, normalmente se ve como este tipo de casos “adopción, filial civil”, se ve como aquellas personas que no pueden procrear y las personas que pueden procrear lo pueden utilizar porque esto es libertad, es como yo quiero concebir un hijo, como yo quiero tener mi familia, entonces, quiere decir, media</p>	<p>“Cuando hablas de filiación civil te estás refiriendo a la filiación legal, familiar, etcétera. Naturalmente que sí. El problema está en que, al no haber una regulación, puede haber equívocos respecto de quién es la figura materna y/o paterna de un ser humano y es donde necesitamos una ley que nos diga específicamente a quién va a reconocer como padre y/o como madre una persona que nace técnicas de reproducción humana asistida; y, las técnicas no son una sola, sino que son varias. Pues entonces, dependiendo de cada forma, establecer esa paternidad. Así es como hay que regularlo y hay que ir diciendo con un hijo que nace de probeta es diferente (o in vitro), es diferente que uno que nace por vientre de alquiler, por ejemplo, ahí hay</p>

	<p>vez no esté prohibido pues evidentemente las personas son totalmente viables para poder establecer la forma en la que ellos desean conformar una familia”.</p> <p>¿Debería poderse establecer?</p> <p>“Sí, debería de ser una opción de poder establecer, ya existe lo que pasa es que tiene problemas de conocimiento, entonces creo que realmente por ahí anda el problema no de existencia, o sea, es una realidad y si nosotros como país desde el año 1995 ya veíamos casos, lo que pasa es que no se visibilizan, pero de que hay, los hay y hay personas que seguramente tienen un registro de haber nacido así pero la gente de repente se acomoda, prefiere quizás aún bajo pena de cometer algún tipo de fraude de ley, prefieren quizás la forma que establecer la filiación civil (la adopción), yo creo que la filiación civil referente a la adopción ¿qué pasaba? la gente no se quería someter a los procesos de adopción decían desde que eran engorrosos que es la causal más digamos frecuente hasta que eran desconocidos para ellos, entonces el problema es que la gente prefería</p>	<p>una regulación bien específica que yo no me atrevería a decir cuál es la normativa que debería de asumir la ley por eso es tema de la Asamblea Legislativa pero si hay que regularlas; entonces, si van a haber problemas y si debe de regularse definitivamente porque todo niño, niña o adolescente, todo ser humano que nace tiene derecho a la identidad y tiene derecho a tener, entonces, un registro de Estado familiar, una partida etcétera, para ejercer sus derechos”.</p>
--	---	--

	<p>asentar a un hijo como suyo, hacerlo pasar como suyo, aunque no fuera suyo en lugar de tener una seguridad y certeza jurídica de que por medio de la adopción iba a tener inquebrantablemente establecido su vínculo filial, entonces creo que ocurre lo mismo aquí, es más fácil hacer pasar un hijo por mío que establecerlo por la vía legal, por la vía correcta para establecer esa filiación, entonces yo creo que en algún momento no sé cuándo pero vamos a obtener un desarrollo de ese tipo de mecanismos y se va a ver tan normal como ahora se ve ya una adopción, pues”.</p> <p>Si se solicitara judicialmente ¿Usted cree que se la otorgaran?</p> <p>“Por la experiencia que yo he tenido, absolutamente no, porque en mí caso, particularmente con técnicas de reproducción humana asistida he tenido un caso donde se comprobó preliminarmente, se hizo una solicitud del reconocimiento voluntario del hijo no nacido y se dijo que la forma de haber establecido esa filiación era por medio de las técnicas de reproducción humana asistida, el problema fue que a</p>	
--	--	--

	<p>pesar de tener una evaluación médica y una connotación jurídica porque es imposible ver las técnicas de reproducción humana asistida alejados de la práctica médica, es una parte donde empieza digamos las personas a buscar una parte asesoría médica, empiezan a probar digamos hormonas, empiezan a probar, digamos médicos o preparaciones médicas, entonces toda esa parte obviamente es una parte médica donde ya se involucra el derecho, bueno, primero que quede claro a partir de quien o quien va a dar el material genético, creo que es la primera cosa que deben de estar completamente claros; dos, cuál va a ser la forma, qué técnica de reproducción voy a usar porque hay algunas talvez más efectivas que otras y tres determinar el consentimiento informado de las personas que van a participar en ese mecanismo y por otro lado obviamente establecer la voluntad procreacional de la persona que ha decidido tener el hijo o hija. Entonces el punto es que todo eso no se lleva mucho de la mano con la parte digamos como legal-médica porque se suele hacer el pre-legal y ya cuando tienen la parte legal se trata de establecer</p>	
--	---	--

	<p>inmediatamente de la mano porque ellos buscaron una asesoría médica, inmediatamente buscaron una asesoría legal y obviamente no hay un establecimiento, buscamos hacer una especie de contrato, por así decirlo, una especie de documentos notariales donde constara que obviamente por ejemplo: el consentimiento informado, la aceptación de que me iba a someter a determinados métodos, la aceptación de que iba o no darse un material genético, porque para técnicas de reproducción humana asistida debe de preparar su cuerpo, debe de tomar hormonas, hay líneas en donde le dan medicamentos para que ovule más porque no todos los óvulos son efectivos, o sea, aquí hay una parte que es natural pero hay una intervención humana que obviamente lo vuelve como más complejo entonces tiene que, a veces, quizás, incluso me contaban mis clientes que se hacían por ejemplo primero una inseminación artificial, pero no les funcionó de todos los gametos que ellos pudieron fertilizar realmente no les sobrevivió ninguno, entonces hubo un momento que ya no podían extraerle más materiales genéticos a la madre, más que todo a la madre, porque es más</p>	
--	---	--

	<p>invasivo con el material genético de la mujer y entonces hubo un momento en que ya no pudieron, creo que alrededor de unos 8 óvulos, unos por ahí congelados, pero todos al final a la larga se fueron perdiendo. Una vez que ellos ya decidieron que no se pudieron, perdón fertilización in vitro tenían primero, perdón, después fue que acudieron a la inseminación artificial y ya era una probabilidad mayor, pero otro problema que enfrentaban ellos era que tendrían que usar de una maternidad subrogada porque no podía la persona que quería tener ese hijo o a esa hija, no podía concebir dentro de sí a ese niño o niña, entonces buscaron a la persona, en este caso hubo coincidencia de la persona que aportó el material y la persona que iba a ser la madre subrogada, entonces hubo coincidencia de ellas obviamente hubo una inseminación artificial heteróloga porque participó, la persona estaba clara -clarísima- que ella no quería ser mamá del niño o niña que estuviese por venir, entonces para plasmar esa intención se hizo nuevamente en donde no había una renuncia, porque en realidad ella nunca hubiera querido asentarle, sino que básicamente se hizo un documento en donde ella</p>	
--	---	--

	<p>decía, en donde no había ningún tipo de aceptación de esa paternidad y que ella no tenía el interés de procrear pero que a pesar de eso iba a servir como madre subrogada a esta pareja y por el otro lado la pareja estableció que ese bebé que estaba gestando esa persona, ellos son los que habían iniciado con la intención de procrear ese hijo, que ellos son los que querían tener a ese bebé”.</p> <p>¿Este documento que firmó la pareja sería el que hace el consentimiento informado?</p> <p>“Fueron varios documentos porque uno fue la aceptación, fue digamos el consentimiento informado de la mujer para mostrar la aceptación al sometimiento de eso, se hizo un documento para poder ella, que se pudiera usar material genético en esa inseminación artificial y se hizo un tercer documento relativo a la voluntad procreacional a la pareja que estaba dispuesta a tener a ese bebé”.</p> <p>¿Cuál fue la resolución del juez?</p>	
--	---	--

	<p>“El Juzgado lo declaró improponible y la razón que dio, por lo menos en resolución, es que había otra forma de establecer filiación que era a través de la filiación adoptiva, criterio que particularmente no comparto porque el hecho de establecer la filiación adoptiva, como finalmente optaron las personas, ha hecho que a la actualidad ese bebé no tenga la correcta filiación, que haya nacido y haya sido asentado por la madre gestante y hasta la fecha quienes lo han procreado es la madre gestante junto con el esposo de la pareja que quería procrear. Entonces realmente, a pesar de que es algo legal, pero es algo que o sea realmente no corresponde hasta esta fecha no se ha cumplido el año de convivencia para poder adoptar a un niño determinado como lo dice el 27 de la LEA y obviamente pues, esto hace de que durante todo ese año el niño, pues no haya tenido el bebé, no haya tenido un reconocimiento de afiliación porque mamá no es la persona que lo gestó, ni la que aportó el material genético, su mamá es la persona que lo está criando y que se debió haber reconocido, puesto en</p>	
--	--	--

	<p>la resolución no, no se le quiso dar trámite a la resolución a la solicitud”.</p> <p>Es decir, que actualmente el niño o niña tiene filiación consanguínea con su padre y con la mujer que fungió como gestante por sustitución, y a su criterio, ¿Qué tipo de filiación se le debería de haber consignado?</p> <p>“La de las personas que querían tener ese bebé que eran obviamente la madre por voluntad procreacional y el padre que además de criterio biológico, él sí había aportado material genético, él era el que tenía la voluntad procreacional de tener ese bebé con su esposa”.</p> <p>¿Entonces tendría que haber sido una filiación civil?</p> <p>“Sí, por supuesto. Estaban comprobados todos los elementos médicos, jurídicos y digamos, que dieron sustento, a esta solicitud y que obviamente pues tenían que haberse establecido por medio de esa vía</p>	
--	--	--

porque no se estableció la correcta filiación, independientemente lo que pase más adelante, que se pueda dar una adopción, la filiación de ese bebé no está establecida de forma correcta. Entonces se le obligó a que tuviera una filiación que no debía de haber tenido, porque eso nunca le correspondió”.

Y, con respecto a la utilización de estas técnicas en nuestro país y la legalidad, ¿Usted piensa que es viable que se legalice las prácticas de las 3, observa una con más desconfianza que otra o las 3 deberían de ser permitidas? Es decir, prohibidas no están.

“Creo que las 3 deberían de ser reguladas, más bien, quizás esa sería la palabra. Las 3 deberían ser, ahí será a conveniencia de las parejas. Particularmente con este caso me di cuenta que talvez unas son más difíciles que otras, por muchas razones. Me di cuenta, por medio de ellos, que en El Salvador en realidad son más fáciles de aplicar la inseminación artificial que la fertilización in vitro, porque la fertilización in vitro la estuvieron haciendo, pero en Guatemala, entonces ellos tenían que viajar lo cual hubiera

	<p>añadido un poquito más difícil, en cambio la inseminación artificial hay varias clínicas aquí que las realizan”.</p>	
<p>¿Cómo considera que se garantiza el derecho de identidad de las personas a las que se les establece la filiación por TRHA?</p>	<p>“Por la experiencia que yo he tenido creo que no se le garantiza porque realmente insisto: qué pasaría, o sea, da como un poquito más a la posibilidad de que haya alguna forma de retractación; o sea, yo veo como peligroso eso, realmente, o sea, ya no solamente existe un vínculo digamos biológico-natural entre la madre gestante y el niño, sino que además ya le establece filiación. O sea, además la mamá que no quería ser mamá finalmente fue mamá, entonces yo creo que ahí si hay una total vulneración no solamente a la voluntad de las personas que quisieron procrear sino que realmente a la voluntad, perdón, a los derechos de ese niño o niña que no son respetados, insisto, puedo creer que puede ser por desconocimiento, puede ser por temor a infringir el principio de legalidad, puede ser por temor a varias cosas pero que finalmente no vienen a ser fundados; tampoco creo yo que esa pareja pueda haber cometido una ilegalidad, pues, conforme con todo, a</p>	<p>“Pues, hoy por hoy, pues como se le garantiza a cualquier ser humano que nace naturalmente, realmente las técnicas de reproducción humana asistida, también son técnicas para que la gente nazca naturalmente, lo que pasa es que apoyado con la ciencia. El problema es que, a veces, pueda generar conflicto, pero sí que se le garantiza la misma manera: asentándole la partida, protegiéndole su derecho desde el periodo de la concepción. Todos los derechos, son los mismos. El problema es ya cuando nace, quién va a aparecer en las partidas con padres como madres y de eso deriva quién va a hacer sus derechos; así que sí, sí ahí. Se les garantiza, pero puede haber equívocos sin duda alguna y podríamos entrar a la casuística y hablar muchos minutos sobre cada caso que nos el objeto de la entrevista. Pero sí definitivamente que se les tiene que reconocer, porque se les tiene que reconocer. Porque si hay</p>

	<p>las reglas médicas, las reglas jurídicas que lograron en tiempo pero su solicitud no pasó dentro de los tribunales de la República. Yo si veo como un grave problema porque entonces estamos siendo limitativos a la hora de interpretar un derecho en pro de la niñez y yo creo que no hay que limitarnos como un derecho de “ay voy a escuchar al niño”, o “voy a reconocer el derecho de educación del niño”, esos derechos no nos dan problemas, o sea, el problema ya es darle un derecho que sustancialmente le pueda realmente incidir en su identidad o en su normal desarrollo, o sea, me refiero a temas como de repente somos como muy cautelosos en tocar temas de por ejemplo de identidad sexual por ejemplo, a veces los niños no quieren ser el género que nacieron pues, entonces, pero esos temas que no se quieren tocar realmente es como hay cierta evasión y en ese tema creo que ocurre lo mismo en tema de técnicas como “no mejor no, cómo voy a decretar eso” porque, no va con la ley, pero dónde queda el derecho de esa persona que a la fecha no tiene identidad”.</p>	<p>instrumentos para hacerlo; recordemos que incluso desde el Código de Familia y la LEPINA, hay orden del juez de aplicar la ley, tratados internacionales, la Constitución de manera directa y otras normas verdad o sino otras normas de la razón humana, integrar normas, etcétera; entonces de que hay formas o instrumento para hacerlo, lo hay. El problema es que cuando no hay una ley específica, las resoluciones pueden ser muy dispersas, si incluso habiendo leyes los jueces aplican de manera diferente las normas, los operadores de Justicia, nosotros los litigantes entendemos las normas de manera diferente, ya no digamos no habiendo una norma específica, una jurisprudencia, que nos guíe etcétera, una jurisprudencia que bien o mal nos guíe pues, pero eso es lo que sucede cuando no hay norma”.</p>
--	---	--