

UNIVERSIDAD EVANGÉLICA DE EL SALVADOR

Escuela de posgrados

MAESTRÍA EN DERECHO DE FAMILIA



Seminario de Especialización

Informe Final

para optar al título de Maestro (a) en Derecho de Familia

LA REGULACIÓN DE LA VOLUNTAD PROCREACIONAL Y LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA COMO GARANTÍA DE LOS DERECHOS A LA SALUD REPRODUCTIVA Y A FORMAR UNA FAMILIA EN LA LEGISLACIÓN SALVADOREÑA.

Asesores: Msc. Amelia Carolina Velásquez Murillo.

Autores: Alvarenga Coto, Christopher Edgardo

Rodríguez Monge, Kathya Yanira

San Salvador, 25 de junio 2022.

CONTENIDO

AGRADECIMIENTOS.....	vi
RESUMEN / ABSTRACT.....	viii
INTRODUCCIÓN.....	9
CAPITULO I. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.	11
A. Situación problemática.....	11
B. Enunciado del problema.	19
C. Objetivos de la Investigación.....	20
D. Contexto de la Investigación.....	20
E. Justificación.	23
CAPÍTULO II. FUNDAMENTACIÓN TEORICA.....	27
A. Estado actual del hecho o situación.....	27
2.1. Antecedentes de la investigación.....	27
2.2. Marco teórico.....	29
2.2.1. Teoría de la intención.....	30
2.2.2. Teoría de la voluntad procreacional.	31
2.2.3. Teoría de la responsabilidad procreacional.	32
2.2.4. Teoría de los derechos humanos.	33
2.2.5. Enfoque de igualdad como principio general del derecho.....	35
2.3. Aproximaciones conceptuales.	36
2.3.1. Anomia.....	36
2.3.2. Filiación.	37
2.3.3. Voluntad procreacional.	37
2.3.4. Derecho a la salud reproductiva.	38
2.3.6. Derecho a constituir y/o formar una familia.	39
2.4. Marco legal.....	40
2.4.1. Constitución de la República de El Salvador.	40
2.4.2. Normativa legal internacional.....	41
2.4.1.1. Declaración Universal de Derechos Humanos.	41
2.4.1.2. Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.....	42
2.4.1.3. Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.	43
2.4.1.4. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.	43
2.4.1.5. Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José). ..	44

2.4.1.6. Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer (CEDAW).....	44
2.4.3. Legislación secundaria.	45
2.4.3.1. Código de Familia.....	45
2.4.3.2. Ley Procesal de Familia.....	46
2.4.3.3. Código de Salud.....	47
2.4.3.4. Código Penal.....	48
B. Supuesto teórico de la investigación.	50
CAPITULO III. METODOLOGIA DE LA INVESTIGACIÓN.....	51
A. Enfoque y tipo de investigación.	51
3.1.1. Tipo de estudio.	51
3.1.2. Clase de investigación.....	52
3.1.3. Enfoque de la investigación.....	52
3.1.4. Diseño de investigación.....	53
B. Sujetos y objeto de estudio.....	53
3.2.1. Sujetos de estudio.	53
3.2.2. Objeto de estudio.....	54
1. Unidad de análisis. Población y muestra.....	55
3.3. Población y muestra.....	55
3.3.1. Muestra de participantes voluntarios:.....	55
3.3.2. Muestra teórica.	56
2. Variables e indicadores.....	56
3.4.1. Variables.....	56
3.4.2. Indicadores y su medición.	57
C. Técnicas, materiales e instrumentos.....	59
1. Técnicas y procedimientos para la recopilación de la información.	59
1.1. Análisis documental:.....	59
1.2. Entrevista estructurada:.....	59
2. Instrumentos de registro y medición.	60
Matriz de congruencia.....	62
Método hermenéutico:.....	70
Método lógico-sistemático:.....	70
CAPITULO IV. ANALISIS DE LA INFORMACIÓN.....	71

A. Resultados.....	71
4.1. Análisis descriptivo.....	71
B. Discusión de resultados.....	75
4.2. Interpretación de la normativa salvadoreña vigente.....	75
4.3. Análisis de la viabilidad legal de regular la voluntad procreacional como una clase de filiación.....	78
4.4. Prohibición expresa de la maternidad subrogada en la legislación penal salvadoreña.....	83
4.5. Análisis Jurisprudencial.....	85
V. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.....	92
5.1. CONCLUSIONES.....	92
5.2. RECOMENDACIONES.....	94
FUENTES DE INFORMACIÓN CONSULTADAS.....	97
ANEXOS.....	103
Anexo 1: Nómina de personas entrevistadas.....	104
Anexo 2: Formato de entrevista.....	105
Anexo 3: Modelo de carta de invitación a entrevista.....	108
Anexo 4: Formato de consentimiento informado.....	109
Anexo 5: Matriz de entrevista a Magistrada y Juezas.....	110
Anexo 6: Matriz de entrevista a Procuradores Auxiliares.....	124
Anexo 7: Matriz de entrevista a abogados.....	133



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

**CARTA DE APROBACIÓN DE INFORME FINAL
DE MONOGRAFÍA**

San Salvador, 02 de julio 2022.

Coordinador de la Maestría en Derecho de Familia
Presente.

Estimado Coordinador:

Por este medio notifico que el Informe Final de la Monografía titulada: Regulación de la voluntad procreacional y las técnicas de reproducción humana asistida como Garantía de los derechos a la salud sexual y reproductiva y a formar una familia en la legislación salvadoreña

Fue elaborado por los maestrandos Christopher Edgardo Alvarenga Coto y Kathya Yanira Rodríguez Monge

A quienes se asesoró y orientó en su proceso de diseño y ejecución _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 9.3

Atentamente

Amelia Carolina Velásquez Murillo
Nombre y Firma del Asesor de Contenido

AGRADECIMIENTOS.

A DIOS todo poderoso por su misericordia; en segundo lugar, por haberme permitido terminar mi trabajo de investigación para la maestría en derecho de familia y, en tercer lugar, por demostrarme que me ama, ser fiel a sus promesas y proveerme de lo necesario, lo que me garantiza que a su lado nada me faltará.

A MIS PADRES, Felipe Edgardo Alvarenga Mártir y Sandra Yanira Coto, por los sacrificios que han realizado a lo largo de su vida para que yo llegue hasta este punto, por apoyarme incondicionalmente en todo momento, impulsarme siempre a superarme, por su amor incondicional, por enseñarme que la vida consiste en saber tomar decisiones acertadas, mantenerme en el camino de la rectitud y cumplir constantemente con las metas propuestas.

A MIS HERMANOS por el apoyo recibido durante la realización de este trabajo. Espero que este triunfo les sirva de motivación para culminar sus estudios hasta alcanzar las metas que se propongan.

A MI AMIGA, COLEGA Y COMPAÑERA Kathya Yanira Rodríguez Monge; me parece oportuno señalar que, desde el primer día de la maestría en derecho de familia, nos apoyamos mutuamente, compartimos risas, buenos momentos y logros personales.

A NUESTRAS ASESORAS DE CONTENIDO Y METODOLOGÍA, Msc. Amelia Velásquez y Dra. Hazel Bolaños por la asesoría recibida y compartir su conocimiento para culminar exitosamente la presente investigación.

Christopher Edgardo Alvarenga Coto.

AGRADECIMIENTOS.

A DIOS por haberme permitido llegar hasta este momento, a casi culminar una meta más, Él es quien me ha sostenido en mis estudios, trabajo y en cada área de mi vida, todo se lo debo a Dios, lo que soy es por Él.

A MI MADRE, por su legado espiritual, personal y profesional en mi vida, el cual continua presente y es mi ejemplo a seguir hasta el final con una sonrisa y con esperanza.

A MI PADRE por impulsarme a iniciar esta nueva etapa, por apoyarme siempre y acompañarme en todo momento, quien me motiva a seguir superándome para ser una mejor persona y mejor profesional, gracias por sus consejos.

A MIS HERMANAS por escucharme, por sus consejos, porque en mis peores o mejores momentos siempre han estado y me han apoyado incondicionalmente, gracias por compartir mi felicidad ante los triunfos obtenidos.

A MI PROMETIDO por escucharme, por darme ánimos para seguir y recordarme que todo esfuerzo o sacrificio tiene su recompensa.

A MI AMIGO Y COMPAÑERO porque hemos logrado trabajar en equipo, gracias por el apoyo, amistad y por todo lo compartido en estos años.

A NUESTRAS ASESORAS DE CONTENIDO Y METODOLOGÍA, por la asesoría brindada y por el conocimiento compartido para la presente investigación.

Kathya Yanira Rodríguez Monge.

RESUMEN / ABSTRACT

La Regulación de la Voluntad Procreacional y las Técnicas de Reproducción Humana Asistida como Garantía de los Derechos a la Salud Reproductiva y a Formar una Familia en la Legislación Salvadoreña.

Christopher Edgardo Alvarenga Coto, Kathya Yanira Rodríguez Monge.

Resumen

Actualmente en El Salvador no existe una normativa que regule de las técnicas de reproducción humana asistida, tampoco se ha incorporado de forma expresa en la legislación familiar vigente la voluntad procreacional como una clase de filiación, sin embargo, dentro del territorio salvadoreño existen establecimientos de salud y profesionales especialistas en el ramo que practican estas técnicas, así como personas que acuden a éstos e hijos o hijas que nacen producto del uso de estas técnicas generando efectos jurídicos y sociales. Por ello, se vuelve importante analizar y reflexiona sobre la factibilidad legal de regular la voluntad procreacional como una tercera clase de filiación y las técnicas de reproducción humana asistida como mecanismos para concretar y garantizar el efectivo ejercicio de los derechos sexuales y reproductivos con el objetivo de que las de que las personas con problemas de fertilidad alcancen la finalidad de constituir una familia.

Abstract

Currently in El Salvador there is no legislation that regulates assisted human reproduction techniques, nor has the procreational will been expressly incorporated into current family legislation as a kind of filiation, however, within the Salvadoran territory there are health establishments and professional specialists in the field who practice these techniques, as well as people who attend them and sons or daughters who are born as a result of the use of these techniques, generating legal and social effects. For this reason, it becomes important to analyze on the legal feasibility of regulating the procreational will as a third class of filiation and assisted human reproduction techniques as mechanisms to specify and guarantee the effective exercise of sexual and reproductive rights with the objective of than those of people with fertility problems reaching the goal of forming a family.

Enunciado del problema

¿Es factible legalmente regular la voluntad procreacional y las técnicas de reproducción asistida como garantía de los derechos a la salud reproductiva y a formar una familia en la legislación salvadoreña desde la perspectiva constitucional?

Objetivo general

Analizar la factibilidad legal de regular la voluntad procreacional y las técnicas de reproducción asistida como mecanismos para concretar los derechos a la salud reproductiva y a formar una familia en El Salvador desde la perspectiva constitucional.

Objetivos específicos

Determinar la forma en la que se ha interpretado la normativa salvadoreña vigente para resolver los conflictos surgidos de la filiación como resultado del uso de las técnicas de reproducción asistida.

Analizar la viabilidad legal de regular la voluntad procreacional como una clase de filiación para las familias que hacen uso de las técnicas de reproducción asistida con la finalidad de garantizar el derecho a la salud reproductiva.

Situación Problemática

La problemática se configura con la anomia en cuanto a la filiación por la voluntad procreacional y las técnicas de reproducción asistida, lo cual dificulta por lo menos cuatro aspectos relacionados al uso de las técnicas: la resolución de conflictos jurídicos a consecuencia del uso de estas técnicas, el efectivo acceso a la justicia de las personas que hagan uso de estas, la protección y el ejercicio del derecho a la salud reproductiva de los que deciden formar una familia por estos medios, garantizando a la vez el derecho a constituir una familia; así como la regulación y protección de las personas que se sometan a estas técnicas y de los especialistas encargados de practicarlas.

INTRODUCCIÓN.

A lo largo de la historia, la familia ha tenido un rol primario y fundamental en la sociedad, considerada como la primera célula social, a la cual desde sus principios se le adjudicó un rol de agente socializador que preparaba a los nuevos integrantes de la sociedad. Sin embargo, la familia ha sufrido diversos cambios, partiendo desde la definición de su concepto, hasta la forma en la que es integrada por sus miembros.

Anteriormente constituir una familia estaba ligado a la procreación y ésta a su vez dependía del matrimonio, visión que en la actualidad es considerada como arcaica e inclusive peyorativa y atentatoria contra la mujer, en el sentido que para poder fundar una familia debía existir una unión nupcial la cual posibilitaba la posterior procreación; con el paso de los tiempos y el desarrollo de los derechos, esta visión ha cambiado, ya que actualmente se puede formar una familia y generar vínculos filiales de diversas formas, al margen de la procreación biológica, prueba de ello es la adopción.

El derecho que tiene toda persona de constituir o formar parte de una familia es un derecho humano, y por tanto es de carácter universal; sin embargo, la posibilidad de procrear hijos no está al alcance de todos, ya que existen personas con problemas de fertilidad, lo cual claramente es un impedimento para la concreción de este objetivo. La infertilidad es concebida como una enfermedad que ataca el sistema reproductor de una persona, lo cual genera que sean consideradas como personas con discapacidad según la Organización Mundial de la Salud y, por ende, se genere una desigualdad para constituir una familia con respecto a quienes no poseen esta condición.

No obstante, los avances científicos y tecnológicos han propiciado progresos en el campo de la genética, que permitieron crear tratamientos o procedimientos genéticos-científicos para todas aquellas personas con problemas de fertilidad facilitando la concreción de un proyecto familiar por medio del nacimiento de un hijo o hija. A estos procedimientos se les conoce como técnicas de reproducción asistida y

aparte de facilitar y permitir la concepción de una nueva vida, generan una serie de obligaciones y dificultades filiales al momento del nacimiento del hijo o hija.

Es así como surge la voluntad procreacional como tercera clase de filiación, en la cual toma gran relevancia el deseo y la intención de una persona de asumir la responsabilidad de ser padre o madre, así como la consecuente responsabilidad procreacional y el ejercicio de la responsabilidad parental con respecto al hijo o hija concebido por medio del uso de estas técnicas de reproducción asistida; adquiriendo la calidad de padre o madre la persona que manifestó su consentimiento informado en el uso de la técnica no obstante, la carencia del nexo biológico.

Sin embargo, en El Salvador actualmente no se ha legislado respecto de las técnicas de reproducción humana asistida, de igual forma, no se ha incorporado a la legislación familiar vigente la filiación por voluntad procreacional; no obstante, dentro del territorio salvadoreño existen establecimientos de salud y profesionales especialistas en el ramo que practican estas técnicas, así como personas que acuden a éstos e hijos o hijas que nacen producto del uso de estas técnicas generando efectos jurídicos y sociales.

Por ello, la presente investigación pretende dar a conocer la factibilidad legal de regular la voluntad procreacional como una tercera clase de filiación y las técnicas de reproducción humana asistida en El Salvador como mecanismos para concretar y garantizar el efectivo ejercicio de los derechos sexuales y reproductivos con el objetivo de que las personas con problemas de fertilidad alcancen la finalidad de constituir una familia.

CAPITULO I. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.

A. Situación problemática.

La Constitución de la República de El Salvador define a la familia como la base fundamental de la sociedad,¹ Institución socio-jurídica que además tendrá la protección del Estado, obligándose a dictar la legislación necesaria y crear los organismos y servicios apropiados para su integración, bienestar y desarrollo social, cultural y económico.²

De igual manera los tratados internacionales han considerado fundamental la protección de la familia por parte de los Estados Partes, la Declaración Universal de Derechos Humanos en su artículo 16 reconoce a la familia como el elemento natural y fundamental de la sociedad que tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado; asimismo reconoce el derecho a fundar una familia, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión. La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre dispone en su artículo 6 que toda persona tiene derecho a constituir familia, elemento fundamental de la sociedad, y a recibir protección para ella.

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en su artículo 10 retoma a la familia como el elemento natural y fundamental de la sociedad, a la cual debe concederse la más amplia protección y asistencia posibles, especialmente para su constitución. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su art. 23 afirma también que la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado; además, reconoce el derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia, si tienen edad para ello. Por último, la Convención Americana sobre

¹ Constitución de la República de El Salvador (Diario Oficial número 234 Tomo N.º 281 16 de diciembre de 1983).

² *Ibíd.*

Derechos Humanos en su art. 17 reconoce a la familia como el elemento natural y fundamental de la sociedad y que debe ser protegida por la sociedad y el Estado.³

El concepto de familia no es estático y resulta evidente que siempre estará en constante cambio y sujeto a interpretaciones, tal y como se ha comprobado por medio de la historia, la sociología e inclusive la antropología, en la actualidad se apuesta por un concepto interdisciplinario de la familia, ya que se requiere que este se adapte de manera continua a los cambios en la sociedad, no obstante, resulta importante aclarar que en un inicio la familia era concebida desde una perspectiva tradicional, es decir la unión sexual entre hombre y mujer;⁴ adjudicándole una función reproductiva, perspectiva que hoy en día resulta arcaica e incluso sexista.

La concepción de familia no es sencillo de conceptualizar, los autores Eduardo Oliva Gómez y Vera Judith Villa Guardiola proponen que debe ser formulado desde una perspectiva integradora, bajo una comprensión fenomenológica y holística que revele su verdadera identidad, dinámica y desarrollo, incluyente de todos los aspectos que separadamente son objeto de estudio por cada disciplina.⁵ En ese orden de ideas, una definición actual y acorde a una visión holística e integradora, concibe a la familia como el grupo de dos o más personas que coexisten como unidad espiritual, cultural y socio-económica, que aún sin convivir físicamente, comparten necesidades psico-emocionales y materiales, objetivos e intereses comunes de desarrollo, desde distintos aspectos cuya prioridad y dinámica pertenecen a su libre albedrío: psicológico, social, cultural, biológico, económico y legal.⁶

La familia es la institución más antigua y se remonta a los orígenes del ser humano, y está íntimamente relacionada con la filiación. La filiación es la relación de descendencia que existe entre dos personas, una de las cuales es padre o madre de

³ Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Sentencia de Amparo, Referencia: 623-2015, del 22 de junio del 2017.

⁴ Sara Montero Duhalt, *Derecho de familia*, (México: Editorial Porrúa, 1984), 2.

⁵ Eduardo Oliva Gómez y Vera Judith Villa Guardiola, << Hacia un concepto interdisciplinario de la familia en la globalización>>, revista Justicia Juris (2014): 11-20, doi.org/10.15665/rj.v10i1.295.

⁶ *Ibíd.*

la otra.⁷ En ese sentido, sería lógico pensar que dentro de toda familia existe la filiación, que relaciona a un individuo del grupo familiar con otro.

En El Salvador, la normativa que regula lo concerniente a las relaciones familiares es el Código de Familia, mismo que entró en vigencia el 1 de octubre de 1994, el cual, en el artículo 133, conceptualiza 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.⁸ Por su parte el artículo 134 del mismo cuerpo normativo establece las clases de filiación, siendo esta por consanguinidad o por adopción.⁹

En consonancia con lo anterior, la filiación doctrinariamente se clasifica de forma universal atendiendo a los hechos o actos generadores de este vínculo, pudiendo ser natural o adoptiva, que son las clases de filiación reconocidas tradicionalmente. No obstante, existen personas que no pueden procrear hijos de forma natural por problemas de fertilidad de alguno o ambos miembros de la pareja, pero, desean formar una familia y tener hijos, sin necesidad de recurrir a una adopción.

Los avances científicos y tecnológicos permitieron que en la década de los setenta surgieran técnicas modernas y novedosas que permitían que personas con problemas de esterilidad pudieran formar una familia y fue así como surgió la necesidad de regular estos avances, propiciando que el 22 de noviembre del año de 1988 se promulgara en España la primera ley que reguló las técnicas de reproducción humana asistida, la cual llevaba por nombre Ley 35/1988 sobre técnicas de reproducción humana asistida.¹⁰ Este acontecimiento es importante visibilizarlo porque se configura como antecedente a nivel de derecho comparado, con respecto a las técnicas de reproducción humana asistida, debido a que es una de las variables de la investigación y parte de la situación problemática que se pretende investigar.

⁷ Manuel Somarriva Undurraga, *Derecho de familia*, (Santiago, Chile: Editorial Nascimento, 1946), 349.

⁸ Código de Familia (Diario Oficial número 231 tomo 321 de 13 de diciembre de 1993).

⁹ *Ibíd.*

¹⁰ Francisco Javier Jiménez Muñoz, *La reproducción asistida y su régimen jurídico*, (Madrid, España: Editorial Reus, S.A., 2012), 10.

El uso de las técnicas de reproducción humana asistida proporciona una solución para este sector de la población;¹¹ sin embargo, configuran graves dificultades en la esfera jurídica con respecto a determinar la filiación de los hijos procreados por medio del uso de esas técnicas, pues surgiría una discordancia entre el vínculo biológico y el vínculo establecido legalmente en los registros de nacimientos.¹² además de generar una serie de consecuencias jurídicas; estas técnicas conforman el recurso para superar la imposibilidad de estas parejas en edad fértil de concebir.¹³ Asimismo, implican altas erogaciones de dinero que no siempre pueden ser pagadas por las familias que requieren dichos tratamientos.¹⁴

En ese orden de ideas, es necesario aclarar que el hecho de poder acceder y hacer uso de las técnicas de reproducción humana asistida está intrínsecamente relacionado con el derecho a la salud en su dimensión positiva, entendida como el disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social;¹⁵ dentro del cual se comprenden los derechos reproductivos y sexuales, es decir derecho a la salud reproductiva y sexual, así como al derecho a la salud genésica¹⁶ lo anterior es advertido por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

El derecho a la salud sexual y reproductiva consiste en un estado general de bienestar físico, mental y social en todos los aspectos relacionados con el sistema reproductivo.¹⁷ Por lo que en esencia comprende la capacidad de disfrutar de una vida sexual satisfactoria y sin riesgos, así como de procrear y tener la libertad para decidir hacerlo o no, cuándo y con qué frecuencia. Mientras que el derecho a la salud genésica

¹¹ Maricruz Gómez de la Torre y Abeledo Perrot Thomson Reuters, <<Técnicas de Reproducción humana asistida, desafíos del siglo XXI: una mirada transdisciplinaria>>, Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte, n.º 1 (2013): 413-419.

¹² *Ibíd.*

¹³ *Ibíd.*

¹⁴ Murcia, H. 2019. <<In vitro: una mercancía que casi nadie puede comprar en El Salvador (Parte II)>>. Vanguardia El Salvador. Acceso 11 de marzo de 2022. <https://vanguardiasv.net/invitro-elsalvador/2019/>.

¹⁵ Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Asamblea General de las Naciones Unidas, Nueva York, Estados Unidos de América, 1966) artículo 12; y el Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales, (San Salvador, El Salvador, 1988) artículo 10.

¹⁶ Observación General 14 El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales del 25 de abril al 12 de mayo de 2000).

¹⁷ Fondo de Población de las Naciones Unidas, Salud sexual y reproductiva, (Actualizado. 2016), <https://www.unfpa.org/es/salud-sexual-y-reproductiva#readmore-expand>.

comprende la libertad de una persona de decidir si desean reproducirse y en qué momento, así como el derecho a estar informados y tener acceso a métodos de planificación familiar, seguros eficaces, asequibles y de su elección, así como el derecho de acceso a los pertinentes servicios.¹⁸

En consecuencia, el derecho a la salud sexual y reproductiva y el derecho a la salud genésica incluyen el uso de las técnicas de reproducción humana asistida, y estas técnicas, a su vez permiten el ejercicio del derecho a formar una familia de cualquier persona que se vea imposibilitada de procrear hijos y que a su vez no quiera ejercerlo por medio de una adopción de hijo, concretando así su proyecto familiar, en otras palabras, las técnicas de reproducción humana asistida configuran el medio para alcanzar un fin, el cual es el formar una familia.

El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha expresado que es necesario garantizar el derecho a la salud en todas sus formas (salud sexual y reproductiva, salud genésica, etc.) y en todos los niveles, dependiendo de las condiciones prevalecientes de cada Estado parte, el cual deberá garantizar que exista disponibilidad, es decir, un número de establecimientos, bienes y servicios públicos de salud y centros de atención de la salud, así como de programas, los cuales deben ser de calidad y accesibles a todos, sin discriminación alguna, incluyendo las de índole económica, dentro de la jurisdicción del Estado parte.¹⁹

Sin embargo, en El Salvador existe una ausencia de normativa que regule lo relativo a las técnicas de reproducción humana asistida; no obstante, esto no quiere decir que sea un hecho desconocido por la población, ya que hay personas dentro del territorio salvadoreño con los suficientes recursos económicos que les ha permitido hacer uso de estas técnicas de reproducción. Asimismo, en El Salvador existen dos clínicas privadas que publicitan sus servicios con respecto a la aplicación de dos de estas técnicas de reproducción asistida (inseminación artificial y fecundación in vitro),

¹⁸ Observación General 14 El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales del 25 de abril al 12 de mayo de 2000).

¹⁹ *Ibíd.*

según sus sitios web oficiales, la más antigua opera desde 1988²⁰ y la otra lleva veinte años de funcionamiento.²¹

A finales del año de 1994 ocurrió un conflicto de trascendencia jurídica producido por una demanda de impugnación de reconocimiento voluntario de paternidad en relación con una hija procreada por medio de una técnica de reproducción humana asistida, en el cual, el vínculo biológico no coincidía con el legal, conflicto que fue elevado hasta la casación, la Sala de lo Civil analizó y valoró un elemento trascendental y novedoso en esa época, siendo este la voluntad procreacional como tercera forma de filiación, a tal punto que esa sentencia se considera hasta estos días una sentencia hito en el país y siendo hasta la fecha el único caso judicializado en El Salvador con relación al uso de una técnica de reproducción humana asistida.

Lo antes expuesto agrava la situación, debido a que la Sala de lo Civil introduce vía jurisprudencial una tercera forma de filiación, es decir la voluntad procreacional o también conocida como filiación civil, la cual aún no se encuentra establecida de forma expresa en la ley familiar vigente, evidenciando un desfase en la ley, ya que esta debe irse adaptando a las nuevas exigencias y realidades de la vida moderna, asimismo, la resolución de la Sala evidencia la ausencia en la ley, en relación a la existencia de esa tercera forma de filiación y por tanto es necesario regularlo para seguridad jurídica del derecho de filiación y de identidad.

Pese a lo anterior, el Código de Familia no regula nada acerca de esta tercera clase de filiación, por lo tanto, si en la actualidad surgiera un conflicto de esta índole, lo que se haría es aplicar el artículo 9 del Código de Familia, es decir, que los casos no previstos en la ley se resolverá con base en situaciones análogas, esto relacionado con el artículo 7 literal f de la Ley Procesal de Familia, ya que el juzgador no puede abstenerse de resolver un asunto sometido a su conocimiento argumentando la

²⁰ Centro de Fertilización in Vitro BONIFER. Acceso el 11 de marzo de 2022. <https://centroginecologico.com.sv/centro-de-fertilizacion-in-vitro-bonifer/>.

²¹ REPROMEDIC Centro de Fertilidad. Acceso el 11 de marzo de 2022-<https://centrorepromedic.com/nosotros/>.

existencia de insuficiencia o vacío legal. La Sala de lo Civil también expresó en su momento que la voluntad procreacional consiste en el deseo de asumir a un hijo como propio, aunque no lo sea²² y que esta se deriva de la responsabilidad procreacional.

A través de la presente investigación se pretende conocer si la problemática planteada, que consiste en la anomia legislativa en El Salvador con respecto a la regulación de voluntad procreacional y las técnicas de reproducción humana asistida afecta a la población que quiere formar una familia asistiéndose de los avances científicos y tecnológicos,²³ por la incertidumbre que se genera con respecto a todo lo relacionado a las técnicas al no encontrarse reguladas, de igual forma se configura un obstáculo para la concreción del proyecto familiar de las personas con problemas de fertilidad,²⁴ así como de cualquier persona que quiera utilizar las técnicas para procrear, ya que, al no existir una regulación al respecto, se limita el acceso y uso de estas técnicas a la población que pueda costearlas de manera particular y en un sistema de salud privado.²⁵

Lo antes relacionado contradice lo regulado en la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en los cuales expresa que los Estados partes deben garantizar la disponibilidad y el acceso asequible a los servicios que garanticen el ejercicio de los derechos reproductivos y genésicos a la población en general sin discriminación de ninguna clase,²⁶ así como el artículo 1 de la Constitución de la República de El Salvador, que reconoce a la persona humana como el origen y el fin de la actividad del Estado.²⁷

²² Sala de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia, Recurso de Casación, Referencia: 1055 Ca. Fam. S. S., del 22 de septiembre del 2003.

²³ Corte Interamericana de Derechos Humanos, el texto de la STC Caso Artavia Murillo y otros (“fecundación in vitro”) vs. Costa Rica, de 28 de noviembre de 2012.

²⁴ *Ibíd.*

²⁵ *Ibíd.*

²⁶ Observación General 14 El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales del 25 de abril al 12 de mayo de 2000)

²⁷ Constitución de la República de El Salvador (Diario Oficial número 234 Tomo N.º 281 16 de diciembre de 1983).

Las técnicas de reproducción asistida están produciendo cambios esenciales cuya relevancia e incidencia afectan de forma directa a las familias salvadoreñas, al derecho de familia y a las formas de filiación, por lo que es necesario que el Estado salvadoreño cumpla con el corpus iuris internacional y garantice el ejercicio efectivo de los derechos a la salud reproductiva y formar una familia de los que las utilizan. Lo anterior se vuelve de suma importancia debido a que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sido clara y contundente tanto en sus conferencias como en su jurisprudencia (caso Artavia Murillo contra Costa Rica) la importancia de las técnicas de reproducción humana asistida como medio para concretar el derecho a formar una familia o ser parte de ella y que estas configuran un ejercicio de los derechos reproductivos de la población con problemas de fertilidad y esterilidad.²⁸

El reconocimiento y la importancia que le otorga la Corte Interamericana de Derechos Humanos a las técnicas de reproducción humana asistida²⁹ es compartida por algunos países, como por ejemplo Costa Rica que producto de la sentencia pronunciada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se vio en la obligación de crear normativa legal en torno a la fecundación vitro.

Asimismo, en Europa, existen países con legislación específica vigente sobre las técnicas de reproducción humana asistida como es el caso de: Suecia, Dinamarca, Noruega, España, Inglaterra y Alemania por mencionar algunos;³⁰ mientras que en América figuran países como Canadá (exceptuando la maternidad subrogada),³¹ Costa Rica (Fecundación in vitro) y Argentina quien fue pionera en el tema, en el año 2015, se promulgó un nuevo Código Civil y Comercial que introduce como una tercera fuente de filiación, la voluntad de procrear, junto a filiación por naturaleza y por adopción, la cual se crea mediante el uso de las técnicas de reproducción humana

²⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos, el texto de la STC Caso Artavia Murillo y otros (“fecundación in vitro”) vs. Costa Rica, de 28 de noviembre de 2012.

²⁹ Ibid.

³⁰ << Regulación de la Reproducción Asistida en el ámbito europeo>>, bioética web, acceso el 12 de marzo de 2022, <https://www.bioeticaweb.com/regulacion-de-la-reproduccion-asistida-en-el-ambito-europeo/>.

³¹ <<Reproducción asistida>>, Enciclopedia de bioderecho y bioética, acceso el 12 de marzo de 2022, <https://enciclopedia-bioderecho.com/voces/278>.

asistida.³² Las técnicas de reproducción asistida se practican ampliamente en Argentina, México, Brasil y Colombia, pero resulta escaso en muchos casos el desarrollo de la correspondiente regulación jurídica.³³

La situación de anomia en El Salvador dificulta por lo menos cuatro aspectos relacionados al uso de las técnicas, es decir, la resolución de conflictos jurídicos a consecuencia del uso de estas técnicas, el efectivo acceso a la justicia de las personas que hagan uso de estas, la protección y el ejercicio del derecho a la salud reproductiva de los que deciden formar una familia por estos medios, garantizando a la vez el derecho a formar una familia, de igual forma la regulación y protección de las personas que se sometan a estas técnicas y de los especialistas encargados de practicarlas.

Los investigadores advierten que a pesar de que en El Salvador existen dos clínicas privadas que practican dos técnicas de reproducción asistida, el hecho de que estas no se encuentren reguladas en una normativa vigente, propicia que operen al margen y que el Ministerio de Salud o cualquier otra unidad o dependencia facultada para llevar registros, no lleve cifras con respecto a estadísticas anuales de cuantas personas se someten a estas técnicas.

No obstante, en las páginas web oficiales de estas, no presentan cifras estadísticas que sean públicas, asumiendo que se debe a la confidencialidad entre los usuarios de estas técnicas y los especialistas quienes la practican. Lo anterior sin duda configura una arista distinta del problema, que posiblemente tenga su génesis en la anomia legislativa con respecto a las técnicas de reproducción humana asistida.

B. Enunciado del problema.

¿Es factible legalmente regular la voluntad procreacional y las técnicas de reproducción asistida como garantía de los derechos a la salud reproductiva y a formar una familia en la legislación salvadoreña desde la perspectiva constitucional?

³² *Ibíd.*

³³ *Ibíd.*

C. Objetivos de la Investigación.

Objetivo General.

Analizar la factibilidad legal de regular la voluntad procreacional y las técnicas de reproducción asistida como mecanismos para concretar los derechos a la salud reproductiva y a formar una familia en El Salvador desde la perspectiva constitucional.

Objetivos Específicos.

1. Determinar la forma en la que se ha interpretado la normativa salvadoreña vigente para resolver los conflictos surgidos de la filiación como resultado del uso de las técnicas de reproducción asistida.
2. Analizar la viabilidad legal de regular la voluntad procreacional como una clase de filiación para las familias que hacen uso de las técnicas de reproducción asistida con la finalidad de garantizar el derecho a la salud reproductiva.

D. Contexto de la Investigación.

La presente investigación dado el carácter general de la situación problemática se llevará a cabo en El Salvador, un país situado Centroamérica, cuya extensión territorial es de 21,040.79 Km,³⁴ dividida en 14 departamentos y 262 municipios; con una población de 6,321,042 personas en el año 2020³⁵. Se encuentra en la posición 112 de la tabla de población, compuesta por 196 países y tiene una alta densidad de población, con 308 habitantes por kilómetro cuadrado.³⁶ El Informe sobre Desarrollo Humano realizado por la Organización de las Naciones Unidas con respecto a El Salvador en 2019 fue de 0.673, lo que sitúa al país en la categoría de desarrollo humano mediano y en el 124^o lugar de 189 países y territorios.³⁷

³⁴ Ministerio de Economía; Gobierno de la República de El Salvador; y Dirección General de Estadísticas y Censos, (Delgado: DIGESTYC, 2012), 1.

³⁵ Ministerio de Economía; et al, *Encuesta de Hogares de Propósitos Múltiples 2020...*, 3.

³⁶ <<El Salvador: economía y demografía>>, datosmacro.com, acceso el 12 de marzo de 2022, <https://datosmacro.expansion.com/paises/elsalvador#:~:text=El%20Salvador%2C%20con%20una%20poblaci%C3%B3n,308%20habitantes%20por%20Km2.>

³⁷ Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, Informe sobre Desarrollo Humano 2020, (2020), 2.

En la actualidad las relaciones familiares están siendo objeto de profundos cambios, entre los cuales se encuentran los avances científicos y las nuevas tecnologías reproductivas, que repercuten en el derecho de familia generando una transformación, en el sentido de modificar algunas figuras jurídicas, haciendo que diversos conceptos del derecho de familia queden obsoletos.

Las técnicas de reproducción humana asistida son creadas por los avances científicos y tecnológicos, en estas técnicas falta el elemento natural de la unión sexual, la manifestación de la voluntad procreacional se da con actos de otra índole, como el consentimiento tácito o presunto, mediante la dación del material genético para que la concepción se produzca; o el consentimiento expreso, a través de la manifestación verbal o escrita dada con anticipación al uso de la técnica.³⁸

La voluntad procreacional adquiere importancia para aquellas personas que estén imposibilitadas de procrear hijos por la forma tradicional y quieren hacer uso de las técnicas, debido a que tienen el deseo de formar una familia, puedan concretar ese derecho, el cual está relacionado con el derecho a la salud reproductiva, sin embargo, se aclara que la voluntad procreacional no solo se limita a las personas con problemas de fertilidad, cualquier persona puede hacer uso de las técnicas de reproducción asistida para procrear. Asimismo, las técnicas de reproducción humana asistida permiten nuevos modelos de familia, distintas filiaciones, nuevas posibilidades de reproducción, otras formas de constituir o formar una familia, el ejercicio efectivo del derecho a la salud reproductiva, etc.

Es importante hacer mención que la esterilidad o infertilidad afecta a millones de personas en todo el mundo, generando consecuencias negativas en sus proyectos personales y familiares. Según los datos recolectados por la Organización Mundial de la Salud al menos unos 186 millones de personas³⁹ se ven afectadas por la infertilidad y la población salvadoreña no es la excepción, ya que existe población con problemas

³⁸ Sala de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia, Recurso de Casación, Referencia: 1055 Ca. Fam. S. S., del 22 de septiembre del 2003.

³⁹ Esterilidad, Organización Mundial de la Salud, (Ginebra, Suiza, 14 de septiembre de 2020), <http://who.int/es/news-room/fact-sheets/detail/infertility>.

de fertilidad, quienes se ven imposibilitados de procrear hijos de la forma natural o tradicional⁴⁰, sin embargo, para algunas personas constituye un proyecto personal el poder procrear hijos y constituir una familia, lo cual se dificulta al no tener acceso a las técnicas de reproducción humana asistida, constituyendo un obstáculo para el ejercicio del derecho a la salud reproductiva y al derecho de constituir una familia para las personas que utilizan estas técnicas debido a problemas de esterilidad o infertilidad.

Por otro lado, las personas que quieren procrear hijas o hijos asistiéndose de las técnicas también se enfrentan a otro inconveniente, con respecto al grado de aceptación del uso de las técnicas de reproducción asistida, motivado por la arcaica concepción de la familia o por las tradiciones o costumbres que la sociedad tienen arraigadas, estigmatizando⁴¹ a las personas que desean concretar su proyecto familiar haciendo uso de estas técnicas, ignorando el hecho de que las familias y la filiación evolucionan, en este caso en particular debido a los avances científicos y las nuevas tecnologías reproductivas.

Según la investigación periodística realizada en el año 2019 por un medio electrónico digital salvadoreño, se identificó que, en El Salvador, según datos brindados por la Unidad de Estadísticas e Información en Salud, se contabilizaron en el año de 2014 a junio de 2018 la cantidad de 14 mil 450 mujeres infértiles; las edades con mayor cantidad de mujeres con este padecimiento 27 años, con un total de 765; en un segundo lugar 25 años con 759 y en tercer lugar 22 años con 755 mujeres.⁴²

Sin embargo, no todas las personas cuentan con los recursos económicos para costear el uso de las técnicas de fecundación humana asistida que se practican en las dos clínicas privadas de El Salvador. El 1 de agosto del año 2021 entraron en vigencia en El Salvador las nuevas tarifas de salario mínimo con los decretos ejecutivos 9 y 10

⁴⁰ Murcia, H. 2019. <<In vitro: una mercancía que casi nadie puede comprar en El Salvador (Parte II)>>. Vanguardia El Salvador. Acceso 11 de marzo de 2022. <https://vanguardiasv.net/invitro-elsalvador/2019/>.

⁴¹ Aizenberg, Marisa S. 2012. << El tratamiento legal y jurisprudencial de las técnicas de reproducción humana asistida en Argentina>> A.A.V.V. Revista de derecho privado, n.º1: 47-72.

⁴² Murcia, H. 2019. <<In vitro: una mercancía que casi nadie puede comprar en El Salvador (Parte II)>>. Vanguardia El Salvador. Acceso 11 de marzo de 2022. <https://vanguardiasv.net/invitro-elsalvador/2019/>.

del 2021, por lo que actualmente la población trabajadora del sector comercio y servicios⁴³ tiene un salario mensual de trescientos sesenta y cinco dólares, mientras que el sector que reporta un salario mínimo más bajo es el sector de trabajo agropecuario⁴⁴ con un total de doscientos cuarenta y tres dólares con cuarenta y seis centavos.

Por lo tanto, es evidente que los salarios mínimos salvadoreños resultan insuficientes para costear la aplicación de estas técnicas de reproducción asistida en tanto los procedimientos de fecundación in vitro practicados en las dos clínicas salvadoreñas mencionadas en párrafos anteriores oscilan entre los \$6,000.00 y \$7,000.00⁴⁵ imposibilitando el acceso de las personas de escasos recursos económicos a estas técnicas.

E. Justificación.

La presente investigación resulta de suma importancia tanto para la comunidad jurídica salvadoreña, como para la población que por cualquier razón o circunstancia desee acudir y hacer uso de las técnicas de reproducción humana asistida en El Salvador, ya que se retoman como punto de partida los derechos humanos, como el derecho a la salud desde su dimensión amplia y en todas las múltiples aristas que lo componen; y el derecho a formar una familia, este último analizado desde una dimensión tripartita, es decir, como derecho, como proyecto de vida y como fin.

No se ignora que las relaciones familiares están sufriendo constantes cambios; que, si bien es cierto el derecho está en constante evolución, los avances científicos y tecnológicos actuales generan un nivel de dificultad mayor. Como consecuencia de las diversas técnicas de reproducción humana asistida varias instituciones jurídicas y

⁴³ Decreto Ejecutivo No.10 Tarifas de salario mínimo para las personas que trabajen en los rubros del comercio, servicios, industria, maquila textil y confección, ingenios azucareros, beneficios de café y otras actividades de agroindustria, así como las personas trabajadoras a domicilio que laboren en estos rubros, (Diario oficial número 129, tomo N° 432, 7 de julio de 2021).

⁴⁴ Decreto ejecutivo No. 9 Tarifas de salario mínimo para las personas trabajadoras del sector agropecuario, pesca, recolección de caña de azúcar, recolección de cosecha de café y otras actividades agrícolas, así como las personas trabajadoras a domicilio que laboren en estos rubros, (Diario oficial número 129, tomo N° 432, 7 de julio de 2021).

⁴⁵ Murcia, H. 2019. <<In vitro: una mercancía que casi nadie puede comprar en El Salvador (Parte II)>>. Vanguardia El Salvador. Acceso 11 de marzo de 2022. <https://vanguardiasv.net/invitro-elsalvador/2019/>.

conceptos clásicos del derecho de familia han quedado obsoletos. En la actualidad las técnicas de reproducción asistida han ampliado los tipos de familias, las formas de procreación y los tipos de filiación; ⁴⁶ asimismo, posibilitan el concretar un proyecto familiar permitiendo ser padres a quienes se encuentran imposibilitados para ello. ⁴⁷

La importancia en la investigación radica en que ante el vacío legal del libro segundo del Código de Familia, con respecto a que no se encuentra regulada una tercera forma de filiación, que se derive de la aplicación de los avances científicos y tecnológicos en la genética; es importante que se investigue si es viable o no establecer de forma expresa en la normativa una nueva forma de filiación que obedece a los cambios sociales, culturales y científicos para darle respuesta a las exigencias y realidades de la vida moderna, así como los desafíos a los que se enfrenta el Estado salvadoreño para legislar al respecto.

En ese orden de ideas, tal como se advierte en la situación problemática, a lo anterior se le suma la anomia legislativa existente con respecto a las técnicas de reproducción humana asistida en El Salvador, lo cual dificulta por lo menos cuatro aspectos relacionados a las técnicas, en la resolución de conflictos jurídicos a consecuencia del uso de estas técnicas, el efectivo acceso a la justicia de las personas que hagan uso de estas, la protección y el ejercicio del derecho a la salud reproductiva de los que deciden formar una familia por estos medios, garantizando a la vez el derecho a constituir una familia; asimismo, la regulación y protección de las personas que se sometan a estas técnicas y de los especialistas encargados de practicarlas.

Los beneficios futuros que pueden obtenerse de los hallazgos de la investigación es que el grupo social conformado por personas que quieren constituir una familia utilizando estos métodos, tengan plena certeza y seguridad jurídica que estas técnicas están reguladas en la normativa, al igual que los profesionales especialistas que lo practican y las instituciones encargadas de brindarlas; asimismo,

⁴⁶ Sala de los Civil de la Corte Suprema de Justicia, Recurso de Casación, Referencia: 1055 Ca. Fam. S. S., del 22 de septiembre del 2003.

⁴⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos, el texto de la STC Caso Artavia Murillo y otros ("fecundación in vitro") vs. Costa Rica, de 28 de noviembre de 2012.

que el hijo o hija engendrado por esta vía está protegido ante cualquier tipo de impugnación ulterior de su filiación y a gozar de todos los derechos sin discriminación hacia su persona por su filiación.

Se pretende realizar un análisis de la situación jurídica actual en El Salvador de las mencionadas técnicas y de las personas involucradas en el uso de las técnicas, todo esto a la luz de los avances científicos y la bioética sin perder de vista el enfoque de derechos humanos y el derecho comparado, con la finalidad de determinar la factibilidad o conveniencia de la creación de una ley que regule las técnicas de reproducción humana asistida.

En El Salvador únicamente existe un caso judicializado relativo al uso de una de las técnicas de reproducción asistida, antecedente que se ha abordado supra, actualmente si surgiera un conflicto de esta índole, se resolvería por analogía retomando los elementos aportados por la Sala de lo Civil en la sentencia con referencia: 1055 Ca. Fam. S. S.

Sin embargo, han transcurrido más de dos décadas desde que se introdujo vía jurisprudencial la voluntad procreacional y hasta la fecha no ha habido avances legislativos al respecto de esta forma de filiación ni de las técnicas de reproducción asistida; y darle respuesta a un caso en concreto por medio de una sentencia de hace más de dos décadas no brinda seguridad ni certeza jurídica.

Es por ello que la utilidad de la investigación, una vez efectuado el análisis de la situación actual con respecto a las técnicas de reproducción humana asistida, partiendo de la base de la bioética, el respeto de los derechos humanos y haciendo uso del derecho comparado con otros países que ya poseen legislación al respecto, pueda proporcionar los elementos e insumos necesarios que permitan apreciar los desafíos legales que enfrenta el Estado salvadoreño y que tan factible, conveniente y necesario es crear en El Salvador una legislación especial que regule lo relativo a las técnicas de reproducción asistida.

Asimismo reformar el Código de Familia con respecto a la voluntad procreacional como tercer forma de filiación e inclusive el Código de Salud con respecto a la forma en que se regularía lo relativo a las prácticas de estas técnicas, todo esto con la finalidad de brindarle de una vez por todas una respuesta concreta a una necesidad actual que demanda la población salvadoreña, ya que pese a que actualmente no se cuente con cifras o datos estadísticos con respecto a casos de personas que hacen uso de estas técnicas, debido a que esto se mantiene en confidencialidad por parte de las clínicas privadas que las practican y el Estado salvadoreño no lleva un control de esto debido a la falta de regulación al respecto.

No se puede ignorar la existencia de estas clínicas de fertilidad privadas en El Salvador que practican estas técnicas, logrando que las personas que acuden a éstas ejerzan su derecho de salud reproductiva, concreten su proyecto familiar y por consiguiente su derecho a constituir familia, todo ello ante la inactividad por parte del Estado salvadoreño.

Por lo que lo que esta investigación podría convertirse en el primer paso para lograr cambios y extender estos resultados, que en la actualidad solo se alcanzan a nivel privado y con recursos monetarios elevados⁴⁸ a toda la población salvadoreña en general, sin discriminación⁴⁹ alguna y brindando un servicio de calidad a través de la creación de la normativa correspondiente.

⁴⁸ Murcia, H. 2019. <<In vitro: una mercancía que casi nadie puede comprar en El Salvador (Parte II)>>. Vanguardia El Salvador. Acceso 11 de marzo de 2022. <https://vanguardiasv.net/invitro-elsalvador/2019/>.

⁴⁹ Observación General 14 El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales del 25 de abril al 12 de mayo de 2000).

CAPÍTULO II. FUNDAMENTACIÓN TEORICA.

A. Estado actual del hecho o situación.

2.1. Antecedentes de la investigación.

Previo al abordaje del estado actual del hecho o situación es menester realizar una aproximación a los antecedentes más relevantes de la presente investigación, razón por la cual a continuación se exponen diversos datos de diferentes estudios que se han realizado relacionados al tema, además de ello se sustenta teóricamente la investigación y la definición de términos básicos teóricos y legales.

Con la finalidad de establecer los antecedentes de la presente investigación se consultaron diversas bibliotecas de universidades en El Salvador de forma física y virtual, y no se encontraron trabajos de posgrado que aborden la temática propuesta en la forma en que se ha planteado, debido a que ha sido poco explorada desde el enfoque propuesto.

Asimismo, se ha recurrido a la búsqueda de información documental en diversas bibliotecas electrónicas a las cuales se tuvo acceso mediante herramientas digitales, no obstante, es importante destacar que las investigaciones encontradas sobre las técnicas de reproducción humana asistida (TRHA) se limitan a analizar la filiación surgida por el uso de las técnicas, la protección por parte del Estado para los niños y niñas nacidas a través de estas técnicas y su regulación, eludiendo los derechos a constituir una familia a la salud reproductiva que son pilares fundamentales dentro de la presente investigación.

En El Salvador al principio las relaciones familiares se encontraban reguladas en la legislación civil, específicamente en el Código Civil que data de 1860, en el cual se establecía una clara distinción atendiendo a si habían sido procreados dentro del matrimonio o no, calificándolos como hijos legítimos e ilegítimos, reconociendo más derechos a los primeros y categorizando a su vez a los segundos, dejando constancia

en los registros de la naturaleza de su filiación, cuerpo normativo que sufrió diversas reformas, hasta que en el año de 1994 entró en vigencia el Código de Familia.

El Código de Familia establece todo lo concerniente a las relaciones familiares y entre los principios que lo rigen se encuentran la unidad familiar y la igualdad de derechos de los hijos, este último hace posible que desaparezcan las clasificaciones y distinciones arcaicas que se hacían entre hijos. El libro segundo de la ley antes mencionada trata la filiación y el estado familiar articulado con base al principio de igualdad de hijos y cumpliendo lo establecido en la Constitución en el artículo 36.

Es así como desde la creación del Código de Familia hasta la actualidad regula de forma expresa en el artículo 134 que la filiación puede ser de dos clases por consanguinidad o por adopción. Sin embargo, al poco tiempo de la entrada en vigencia del Código de Familia, se suscitó en El Salvador un conflicto jurídico con respecto a la filiación originado por el uso de una técnica de reproducción asistida, en concreto por el uso de la inseminación artificial en su modalidad heteróloga, es decir que fue una tercera persona quien aportó el material genético necesario para fecundar el óvulo y reconociendo posteriormente la paternidad una tercera persona con quien la hija procreada no poseía material genético vinculante de forma directa, es decir la identidad biológica no concordaba con la legal.

Este conflicto representó un reto para el sistema judicial salvadoreño en tanto la ley escrita y vigente no expresaba nada sobre las técnicas de reproducción asistida y las consecuencias jurídicas que conlleva en las relaciones familiares, asimismo ya se establecía de forma expresa las clases de filiación que se reconocían legalmente. Sin embargo, para la fecha en que se suscitó el conflicto, el uso de las técnicas de reproducción asistida ya era un hecho en la realidad salvadoreña, diversas personas acudían a las clínicas privadas de fertilidad y hacían uso de estas técnicas, no obstante, la ley no regulaba nada al respecto.

El 22 de septiembre de 2003 la Sala de lo Civil pronuncia sentencia judicial sobre el conflicto suscitado por el uso de las técnicas de reproducción asistida, reconociendo como una tercera clase de filiación a la voluntad procreacional,

llamándola filiación civil en virtud de que las técnicas de reproducción asistida eran una fuente creadora de filiación y que a partir de la voluntad procreacional y el consentimiento del uso de las técnicas se generaba la responsabilidad procreacional para quien expresó la voluntad de querer ser padre o madre a través de estos avances científicos y exonerando de toda responsabilidad al donante del material genético que posibilitó la fecundación.

La Sala de lo Civil argumentó que la redacción del artículo 134 no excluía otras fuentes creadoras de filiación, sin embargo, desde la resolución de ese conflicto hasta la fecha no ha existido una modificación en la disposición antes mencionada, donde se establezca de forma expresa la voluntad procreacional como una clase de filiación.

Como antecedentes indirectos de la presente investigación, se encontraron en diversas bibliotecas de universidades en El Salvador tres investigaciones, que si bien, no abordan de forma directa la regulación de la voluntad procreacional y las técnicas de reproducción humana asistida como garantía de los derechos a la salud reproductiva y a formar una familia, si abordan el surgimiento y uso de las técnicas de reproducción asistida, así como la filiación que se deriva de estas.

Actualmente han transcurrido diecinueve años posterior a la resolución dictada por la Sala de lo Civil, sin que exista algún avance en materia de legislación con respecto al uso de las técnicas de reproducción asistida ni la voluntad procreacional, es por ello que, ante un escenario poco explorado como el planteado, se pretende indagar la problemática propuesta a la luz de diversas teorías y conceptos que se detallan en los apartados siguientes.

2.2. Marco teórico.

Para la realización de esta investigación es importante abordar las teorías relacionadas a la temática, con la finalidad de tener un amplio conocimiento para comprender la transcendencia del elemento volitivo en la filiación, conocida como voluntad procreacional, así como el uso y acceso a las técnicas de reproducción asistida, con la finalidad de concretar los derechos a formar una familia y a la salud reproductiva. Las teorías y enfoques que se abordan son:

- a) Teoría de la intención.
- b) Teoría de la voluntad procreacional.
- c) Teoría de la responsabilidad procreacional.
- d) Teoría de los derechos humanos.
- e) Enfoque de igualdad como principio general del derecho.

2.2.1. Teoría de la intención.

Esta teoría es importante para la presente investigación porque constituye el punto de partida, ya que se encuentra centrada en los intereses de los adultos, el elemento fundamental para derivar consecuencias jurídicas respecto de las cuestiones filiatorias, radica en la voluntad o intención de procrear o no, bajo esta teoría es la voluntad procreativa la que debe ser determinante para la atribución o no, de la filiación.⁵⁰

La voluntad procreativa debe ser un elemento determinante para la fijación o no de la paternidad y/o maternidad.⁵¹ De lo anterior, se deduce que es importante la voluntad y el interés de los adultos en querer ser padres y esto es lo que determina la filiación de entre padres e hijos, la realidad biológica es irrelevante para el derecho, lo que interesa es la voluntad procreativa.

Esta teoría es la base de las otras teorías que se exponen y que están concatenadas a esta en virtud de la relación de dependencia, lo cual se explica de la siguiente manera: como ya se expuso, esta teoría está centrada únicamente en los adultos, en este caso las personas mayores de dieciocho años que tiene la intención y el deseo de procrear y así formar una familia, sin embargo, en este punto existe una mera intención por parte de ellos, es decir una propuesta o un pensamiento y en el mejor de los casos una conversación entre las dos partes involucradas en la relación, quienes a su vez desean concretar su proyecto familiar con hijos, sin embargo, al no poder hacerlo por la forma tradicional, debido a problemas de fertilidad, tienen la

⁵⁰ Héctor Augusto Mendoza Cárdenas «la voluntad procreacional: un caso de inseminación artificial casera atípico» *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid* (2017).

⁵¹ *Ibíd.*

intención de hacer uso de las técnicas de reproducción asistida con la finalidad de posibilitar su proyecto familiar.

2.2.2. Teoría de la voluntad procreacional.

Esta teoría está íntimamente relacionada con la anterior, se puede afirmar que es la consecuencia directa de la anterior, ya que expresa que la filiación es determinada con fundamento en la voluntad de querer tener descendencia, independientemente de la existencia o no del nexo biológico, el cual queda relegado; una vez autorizada la técnica, la filiación se determina no por las pautas de la naturaleza sino por la declaración de voluntad, la cual debe constar en un documento indubitable (consentimiento informado previo, informado y libre).⁵²

Con respecto a esta teoría el régimen de filiación reconoce de forma implícita, la existencia de un elemento voluntario subyacente en la relación de paternidad, de tal importancia, que se puede llegar a su determinación sin considerar el dato biológico.⁵³ En ese sentido, no es posible atribuirle la paternidad al tercero que únicamente dona el material genético, con el fin de permitir la paternidad de otras personas imposibilitadas, ya que el donante del material genético no adquiere responsabilidad alguna con el hijo o hija que nacerá posteriormente.⁵⁴

La voluntad procreativa debe ser un elemento determinante para la fijación o no de la paternidad y/o maternidad.⁵⁵ De lo anterior, se deduce que es importante la voluntad y el interés de los adultos en querer ser padres y esto es lo que determina la filiación de entre padres e hijos, la realidad biológica es irrelevante para el derecho, lo que interesa es la voluntad procreativa.

La presente investigación no solo retoma esta teoría por ser uno de los elementos del título de la investigación, sino que además es uno de las variables que constituyen la realidad en la problemática planteada, al ser consecuencia directa del

⁵² Enrique Varsi Rospigliosi, *Determinación de la filiación en la procreación asistida*, Revista IUS 11 (2017) 109-137, <http://revistaius.com/index.php/ius/article/view/300/296>.

⁵³ Enrique Varsi Rospigliosi, *Determinación de la filiación en la procreación asistida*, Revista IUS 11 (2017) 109-137, <http://revistaius.com/index.php/ius/article/view/300/296>.

⁵⁴ *Ibid.*

⁵⁵ *Ibid.*

uso de las técnicas de reproducción asistida. En ese orden de ideas, la filiación se determina a favor de aquel que, sin aportar sus gametos, asiente que su pareja recurra a la técnica de reproducción. No obstante, exista discordia entre el vínculo biológico y la filiación legalmente establecida y fundando el vínculo filial en la voluntad procreacional compartida entre hombre y mujer que consintieron el uso de la técnica, perdiendo importancia la verdad biológica.

2.2.3. Teoría de la responsabilidad procreacional.

Se hace relación a esta teoría en la presente investigación debido a que la responsabilidad procreacional es determinante en la vida que se crea a partir de la culminación exitosa de la gestación que se llevó a cabo por el uso de una técnica de reproducción asistida, en tanto que a pesar de la inexistencia del acto copulatorio la persona con quien no se posee el vínculo biológico, reconoce voluntariamente y en forma legal como su hijo o hija al niño o niña nacido producto de una de las técnicas, brindando todos los derechos y adquiriendo todas las obligaciones inherentes al estado familiar y es así como se formaliza la intención que se tuvo en un momento y la voluntad, asentimiento y consentimiento al momento de la práctica de la técnica.

La Cámara de Familia de la sección del centro de San Salvador, en Sentencia Definitiva en el año de 1995, reconoció que la teoría de la responsabilidad procreacional tenía cabida en el artículo 135 del Código de Familia debido a que a partir del reconocimiento voluntario que se efectúa se asume una responsabilidad con respecto al niño o niña reconocido brindándole toda la protección que requiere, esto es aplicable al caso planteado en la presente investigación sobre todo porque aun y cuando no existe nexo biológico la persona que manifestó la voluntad procreacional decide reconocer voluntariamente a un hijo que no lleva su material genético y ejercitando la posesión del estado familiar a través de una serie de conductas paternas o maternas de protección según sea el caso.

Lo anterior se logra percibir con la siguiente explicación que retoma elementos del autor Enrique Varsi Rospigliosi, el cual expone que la afectividad que se forjará con la relación padre-hijo o madre-hijo, y anteponer el factor crianza a los lazos biológicos

factores que permiten el desarrollo del hijo en el seno familiar, en conjunto con los padres que lo desearon por medio de la técnica asistida, construyendo vínculos más fuertes que los biológicos. El amor, la protección y el afecto se irán incrementando al pasar de los años, haciendo que se unan de forma innegable y forjarán un vínculo difícil de romper, creando una familia en el más amplio sentido de la palabra, la cual se formó gracias a los avances científicos pero refundida en el amor.⁵⁶

2.2.4. Teoría de los derechos humanos.

El acceso y uso de las técnicas de reproducción asistida son parte del derecho a la salud genésica,⁵⁷ el cual se desprende del derecho a salud y a la salud reproductiva los cuales son derechos humanos al igual que otra diversidad de derechos con los cuales se encuentra estrechamente vinculados y que a su vez son derechos humanos, como son el derecho a la libertad personal, a la integridad personal, a la vida privada y familiar y como corolario el derecho a constituir una familia.

Por tanto, la teoría de los derechos humanos es fundamental en la presente investigación, debido a que estos derechos son de carácter universal y los posee toda persona por el simple hecho de ser humano sin que exista algún tipo de exclusión, por lo tanto, se hace relación a esta teoría debido a que la situación problemática planteada, al no existir una legislación con respecto a las técnicas de reproducción asistida debería ser considerado como una violación a los derechos humanos de la población con problemas de fertilidad.

El derecho a la salud genésica está estrechamente vinculado a la salud reproductiva, en tanto el Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales interpreta a la salud genésica como un derecho implica que la mujer y el hombre están en libertad para decidir si desean reproducirse y en qué momento, y tienen el derecho de estar informados y tener acceso a métodos de planificación familiar seguros, eficaces, asequibles y aceptables de su elección, así como el derecho de acceso a los

⁵⁶ *Ibíd.*

⁵⁷ Observación General 14 El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales del 25 de abril al 12 de mayo de 2000).

pertinentes servicios de atención de la salud que, por ejemplo, permitirán a la mujer pasar sin peligros las etapas de embarazo y parto.⁵⁸

Al hacer uso de las técnicas de reproducción asistida se está ejercitando y garantizando los derechos humanos a una salud refractiva y salud genésica con la finalidad de constituir una familia, sin embargo, la decisión de las personas de acceder y hacer uso de estas técnicas son una manifestación de los derechos humanos siguientes:

a) Derecho a la integridad personal.

La integridad personal tiene su origen en el respeto a la vida y sano desarrollo de ésta. Se entiende como un conjunto de condiciones físicas, psíquicas y morales que le permiten al ser humano su existencia, sin sufrir ningún tipo de menoscabo en cualquiera de esas tres dimensiones.⁵⁹

Es un derecho que tienen todas las personas por el simple hecho de ser seres humanos y que se concreta con las condiciones o circunstancias que permitan el respeto de la integridad física psíquica y moral. En ese sentido ninguna persona puede ser objeto de actos u omisiones que afecten o dañen su integridad, misma que está estrechamente relacionado con la dignidad.

b) Derecho a la libertad personal.

Es un derecho humano propio de los atributos de la persona, a través del cual toda persona es libre de organizar, conforme a lo dispuesto en la ley, su vida individual y social conforme a sus propias opciones y convicciones, es decir, la libertad personal permite la posibilidad a todo ser humano de autodeterminarse y escoger libremente las opciones y circunstancias que le dan sentido a su existencia.⁶⁰

⁵⁸ Observación General 14 El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales del 25 de abril al 12 de mayo de 2000).

⁵⁹ José Miguel Guzmán, «el derecho a la integridad personal», Primer Congreso Nacional de Derechos Humanos (Santiago de Chile, 7 al 10 de diciembre de 2007).

⁶⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos, el texto de la STC Caso Artavia Murillo y otros (“fecundación in vitro”) vs. Costa Rica, de 28 de noviembre de 2012.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos interpreta el concepto de libertad en un sentido amplio, debido a que involucra la capacidad de hacer y no hacer, como facultad de poder elegir y hacer todo lo que este lícitamente permitido.

c) Derecho a la vida privada y familiar.

La vida privada engloba aspectos de la identidad física y social, conteniendo el derecho a la autonomía personal, desarrollo personal y el derecho a establecer y desarrollar relaciones con otros seres humanos y con el mundo exterior. La garantía del ejercicio de este derecho es terminante para la posibilidad de ejercer la autonomía personal sobre el futuro curso de eventos relevantes para la calidad de vida de la persona. La vida privada incluye la forma en que el individuo se ve a sí mismo y cómo decide proyectarse hacia los demás y es una condición indispensable para el libre desarrollo de la personalidad.⁶¹

En concordancia con lo anterior, la Corte Interamericana de Derechos Humanos considera que la decisión de ser o no madre o padre es parte del derecho a la vida privada y familiar, debido a que la persona toma la decisión de ser madre o padre en el sentido genético o biológico, lo cual incluye hacer uso o no de las técnicas de reproducción humana asistida, cuando existen problemas de fertilidad, este derecho se encuentra estrechamente relacionado con la libertad personal.

Asimismo, la Corte interpreta el alcance del derecho a la vida privada y familiar, señalando que este se relaciona con la autonomía reproductiva y con el acceso a servicios de salud reproductiva, lo cual involucra el derecho de acceder a la tecnología médica necesaria para ejercer ese derecho.⁶²

2.2.5. Enfoque de igualdad como principio general del derecho.

El enfoque de igualdad deviene del principio de igualdad y presenta una doble dimensión, en tanto puede ser entendido como igualdad ante la ley, de iure o formal, y como igualdad real, material o, de hecho. Ambas dimensiones son recogidas por numerosas constituciones, traduciéndose la primera de ellas en tres exigencias:

⁶¹ *Ibíd.*

⁶² *Ibíd.*

igualdad en las normas jurídicas generales, igualdad en la aplicación de las normas jurídicas generales e igualdad de derechos.⁶³

El artículo 3 de la Constitución dispone que todas las personas son iguales ante la ley, para el goce de los derechos civiles no podrán establecerse restricciones que se basen en diferencias de ningún tipo o clase, este principio está reconocido en la Constitución y en otras disposiciones nacionales e internacionales.

Se retoma este enfoque debido a que las personas con problemas de fertilidad tienen los mismos derechos que las personas que no poseen esta enfermedad en el sistema reproductivo, por tanto no solo tienen el derecho de constituir una familia sino que además a que se les garantice los derechos a la salud reproductiva y genésica lo que engloba el conocer las técnicas de reproducción humana asistida y de acceder a ellas sin limitantes o tabúes, así como a no ser discriminados debido a esta condición.

2.3. Aproximaciones conceptuales.

Para la realización de la presente investigación, es fundamental establecer ciertos conceptos, dentro los cuales algunos son variables del tema y otros son concepciones relacionados con la investigación, que servirán para comprender y abordar la temática propuesta.

2.3.1. Anomia.

El término anomia ha sido concebido desde diversos enfoques y ciencias, las más conocidas son el concepto desde la psicología y la sociología. Su origen se remonta a la formación del Estado y el contrato social, y es concebido por la sociología como un vacío social o de comportamiento que puede ocasionar un vicio o una falta de control humano; es decir una ausencia relativa a las reglas.⁶⁴

⁶³ María Marta Didier «el principio de igualdad en las normas jurídicas» *Revista de fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos, España* (2011).

⁶⁴ Mónica Argüello «La trascendencia teórica de la anomia en el contexto del derecho administrativo colombiano» (tesis para optar al título de maestría en Derecho Administrativo, Universidad Militar Nueva Granada, 2019).

<https://repository.unimilitar.edu.co/bitstream/handle/10654/32697/MONICA%20ANDREA%20ARGUELLO%20LAMUS%202019.docx.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

En ese orden de ideas, la teoría general del derecho y del Estado expone que una de las formas de control social formal es la ley, la cual se configura como mecanismo de control de las conductas humanas dentro de una población. Por ello es que la Real Academia Española define de manera sencilla a la anomia como “ausencia de ley;”⁶⁵ para efectos de la presente investigación se retoma el concepto de anomia como la ausencia de ley con respecto a las técnicas de reproducción humana asistida produciendo una clara falta de control en las actividades y conductas relacionadas a las mismas.

2.3.2. Filiación.

Es el vínculo jurídico, determinado por la procreación, entre los progenitores y sus hijos.⁶⁶ Por consiguiente la filiación es la relación o vínculo entre los integrantes de la familia, el que existe entre padres e hijos.

De lo anterior, se concluye que la filiación es un elemento importante dentro de las familias, debido a que es el vínculo legal entre padres e hijos y este vínculo permite que manen tanto derechos como obligaciones entre ellos, debido a que la ley reconoce derechos y obligaciones para las personas unidas por relaciones filiales.

2.3.3. Voluntad procreacional.

La voluntad procreacional ha sido denominada doctrinariamente como una clase de filiación civil, y comprende el deseo e intención de crear una nueva vida, tutelándose así el derecho de toda persona a decidir con plena libertad el tener o no un hijo.⁶⁷ Consiste en la aspiración de asumir a un hijo como propio, aunque no lo sea y tratándose del uso de las técnicas de reproducción asistida, los padres son aquellos quienes manifiestan el consentimiento informado, que involucra su voluntad de ser

⁶⁵ Real Academia Española: Diccionario de la lengua española, 23.ª ed., (versión 23.5 en línea). Acceso 29 de marzo de 2022. <https://dle.rae.es>.

⁶⁶ Nadia Romina Celiz, «Proyecciones Jurídicas de la Voluntad Procreacional en el Código Civil y Comercial de la Nación» Proyecto de investigación aplicada, Argentina (2016).

⁶⁷ Adriana Noemí Krasnow «La filiación por técnicas de reproducción humana asistida en el Código Civil y Comercial argentino. Un avance que permite armonizar la norma con la realidad» Revista de Derecho Privado, n.º 32, Argentina (2017).

padres, las ansias de la responsabilidad procreacional y la asunción del ejercicio de la paternidad social y psicológica, no obstante, la falta de nexo biológico.⁶⁸

La voluntad procreacional resulta transcendental para las personas con problemas de fertilidad y que tienen ese deseo de tener hijos, sin embargo, no quieren hacerlo a través de la ficción legal de la adopción y pueden hacer efectivo ese deseo de ser padres mediante el uso de las técnicas de reproducción asistida.

2.3.4. Derecho a la salud reproductiva.

La labor de definir este derecho no es sencilla debido a que no es un derecho estático y es complejo estructurar los elementos que lo componen, no obstante, se logra advertir que la salud reproductiva es concebida como un estado general de bienestar físico, mental y social, y no de mera ausencia de enfermedades o dolencias, en todos los aspectos relacionados con el sistema reproductivo y sus funciones y procesos. En consecuencia, la salud reproductiva entraña la capacidad de disfrutar de una vida sexual satisfactoria y sin riesgos y de procrear, y la libertad para decidir hacerlo o no hacerlo, cuándo y con qué frecuencia.

Esta última condición lleva implícito el derecho del hombre y la mujer a obtener información y de planificación de la familia de su elección, así como a otros métodos para la regulación de la fecundidad que no estén legalmente prohibidos, y acceso a métodos seguros, eficaces, asequibles y aceptables, el derecho a recibir servicios adecuados de atención de la salud que permitan los embarazos y los partos sin riesgos y den a las parejas las máximas posibilidades de tener hijos sanos.⁶⁹

En consonancia con esta definición de salud reproductiva, la atención de la salud reproductiva se define como el conjunto de métodos, técnicas y servicios que contribuyen a la salud y al bienestar reproductivos al evitar y resolver los problemas relacionados con la salud reproductiva. Incluye también la salud sexual, cuyo objetivo es el desarrollo de la vida y de las relaciones personales y no meramente el

⁶⁸ Sala de los Civil de la Corte Suprema de Justicia, Recurso de Casación, Referencia: 1055 Ca. Fam. S. S., del 22 de septiembre del 2003.

⁶⁹ Organización de las Naciones Unidas, «Informe de la cuarta conferencia mundial sobre la mujer» (Beijing, 4 al 15 de septiembre de 1995) Pág. 37.

asesoramiento y la atención en materia de reproducción y de enfermedades de transmisión sexual.⁷⁰

2.3.5. Técnicas de reproducción humana asistida.

Las técnicas de reproducción humana permiten a las parejas con problemas de fertilidad que concreten un proyecto familiar con hijos porque son todos aquellos medios por los cuales el hombre interviene artificialmente en el acto de la procreación.⁷¹ Los avances científicos y tecnológicos permiten la manipulación artificial de los gametos masculinos y femeninos, con el objeto de fecundar y desarrollar el embrión hasta el nacimiento.

Son un conjunto amplio de procedimientos caracterizados por la actuación directa sobre los gametos (ovocitos y/o espermatozoides) con el fin de favorecer la fecundación y la transferencia o depósito de embriones en la cavidad uterina.⁷² Las técnicas de reproducción asistida forman parte de tratamientos o procedimientos para todas aquellas personas con problemas de fertilidad y permiten concretar el proyecto familiar con hijos, así como también el derecho a la salud reproductiva.

2.3.6. Derecho a constituir y/o formar una familia.

El derecho a la constitución y/o formar una familia es un derecho complejo, estrechamente relacionado con otros asuntos esenciales de derechos humanos como el derecho a la igualdad y a la no discriminación.⁷³ La Corte Interamericana de Derechos Humanos señala que la vida en común y la posibilidad de procrear es parte del derecho a fundar una familia.⁷⁴

En ese orden de ideas todas las personas tienen derecho a constituir y/o a formar parte de una familia, en virtud del cual poseen la facultad para instaurar una

⁷⁰ *Ibíd.*

⁷¹ Juan Manuel Cubillos «Técnicas de reproducción asistida status jurídico del embrión humano» Trabajo de investigación, Argentina (2013).

⁷² Sociedad Española de Fertilidad «Saber más sobre fertilidad y reproducción asistida» Madrid (2012).

⁷³ Antonio Cabanillas Sánchez, «Derecho a la constitución de la familia y a su protección», *Revista Electrónica Iberoamericana*, (2019): 1-39. Acceso 29 de marzo de 2022. <http://www.urjc.es/ceib>.

⁷⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos, el texto de la STC Caso Artavia Murillo y otros (“fecundación in vitro”) vs. Costa Rica, de 28 de noviembre de 2012.

nueva familia o para unirse y ser parte de una previamente; así como para mantener los vínculos y derechos producidos en las distintas relaciones que se suscitan dentro de ella, sin que concurra más injerencia por parte del Estado, o de otros individuos, que la necesaria para la protección de la familia y de las personas que la integran en especial de aquellos que se encuentran en situación de vulnerabilidad, como las mujeres, los niños, los adolescentes y los adultos mayores.⁷⁵

2.4. Marco legal.

2.4.1. Constitución de la República de El Salvador.

La Constitución de la República de El Salvador, es la norma principal dentro del país, entró en vigencia el 20 de noviembre de 1983 reconoce a la persona humana como origen y fin del Estado, los derechos y garantías fundamentales de la misma, estableciendo que todas las personas son iguales ante la ley.

En el Capítulo II aborda los derechos sociales, en la sección primera está regulado todo lo relacionado a la familia, el artículo 32 reconoce a la familia como la institución en la que se fundamenta la sociedad e impone al Estado el deber de garantizar su protección mediante la creación de la legislación e instituciones necesarias para su integración, bienestar y desarrollo; además, esta disposición constitucional establece el derecho de todas las personas a constituir y a formar parte de una familia, en virtud del cual aquellas poseen la facultad para instaurar una nueva familia o para unirse y ser parte de una previamente constituida como quienes están por nacer o pueden ser objeto de adopción, así como para mantener los vínculos y derechos producidos en las distintas relaciones que se suscitan dentro de ella, sin que concurra más injerencia por parte del Estado, o de otros individuos, que la necesaria para la protección de la familia misma, como entidad social básica o de las personas que la integran en especial de aquellos que se encuentran en situación de vulnerabilidad, como las mujeres, los niños, los adolescentes y los adultos mayores⁷⁶.

⁷⁵ Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Sentencia de Amparo, Referencia: 264-2010, del 20 de diciembre del 2013.

⁷⁶ Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Sentencia de Amparo, Referencia: 264-2010, del 20 de diciembre del 2013.

El artículo 33 expresa que la ley regulará las relaciones personales y patrimoniales de los cónyuges entre sí y entre ellos y sus hijos, estableciendo los derechos y deberes recíprocos sobre bases equitativas y creará las instituciones necesarias para garantizar su aplicabilidad.

Asimismo, en la sección cuarta se aborda la salud pública y asistencia social y por tanto engloba el derecho a la salud reproductiva y sexual debido a que están intrínsecamente relacionado con el derecho a la salud en su dimensión positiva, entendida como el disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social.⁷⁷ El artículo 65 se establece que la salud de los habitantes del país constituye un bien público, por ello, el Estado y las personas están obligadas a cuidar de su salud, por medio de la conservación y restablecimiento de la misma esta disposición constitucional también obliga al Estado a determinar una política nacional de salud y a controlar y supervisar la aplicación de la política.

2.4.2. Normativa legal internacional.

A nivel internacional también se ha considerado fundamental la protección de la familia, el derecho de constituir una familia y el derecho a la salud reproductiva, que se encuentra dentro del derecho a la salud en su dimensión positiva, lo cual obliga a los Estados a adoptar una serie de tratados, mecanismos y crear instituciones orientadas al debido reconocimiento y protección de sus derechos, a la luz de lo establecido en una serie de estándares internacionales que corresponden al corpus iuris, de ahí la importancia de abordar tales instrumentos.

2.4.1.1. Declaración Universal de Derechos Humanos.

Es un documento que marca un hito en la historia de los derechos humanos. Elaborada por representantes de todas las regiones del mundo con diferentes antecedentes jurídicos y culturales, la Declaración fue proclamada por la Asamblea

⁷⁷ Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Asamblea General de las Naciones Unidas, Nueva York, Estados Unidos de América, 1966) artículo 12; y el protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales, (San Salvador, El Salvador, 1988) artículo 10.

General de las Naciones Unidas en París, el 10 de diciembre de 1948⁷⁸ contiene 30 artículos y son los derechos humanos reconocidos universalmente.

El artículo 16 reconoce a la familia como el elemento natural y fundamental de la sociedad y que esta tiene derecho a la protección por parte de la sociedad y del Estado; asimismo reconoce el derecho a fundar una familia, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión. Por su parte el artículo 25 reconoce la importancia de la salud y bienestar de las personas con sus familias porque hace referencia al derecho a un nivel de vida adecuado, que les asegure el derecho a la salud y bienestar, incluyendo la alimentación, vivienda, asistencia médica y los servicios sociales necesarios.

2.4.1.2. Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.

Fue aprobada por la IX Conferencia internacional americana realizada en Bogotá en 1948, la misma que dispuso la creación de la Organización de los Estados Americanos (OEA). Es el primer acuerdo internacional sobre derechos humanos, anticipándose a la Declaración Universal de los Derechos Humanos, que fue sancionada seis meses después.

Un aspecto genérico de interés sobre la Declaración Americana, según señala el profesor Cançado Trindade, es que ésta avanzó (lo cual no ha sido retomado por el Pacto de San José Costa Rica) una visión integral de los derechos humanos (civiles, políticos, económicos, sociales y culturales).⁷⁹

El artículo 6 de la declaración hace alusión al derecho que tiene toda persona de constituir una familia debido a que reconoce el elemento fundamental que es dentro de la sociedad, así como el derecho de protección de la misma; y el artículo 11, en lo referente al derecho a la preservación de la salud y al bienestar, ya que toda persona tiene derecho a que su salud sea preservada por medidas sanitarias y sociales,

⁷⁸ Organización de las Naciones Unidas «Declaración Universal de Derechos Humanos» acceso el 31 de marzo de 2022. <https://www.un.org/es/about-us/universal-declaration-of-human-rights>

⁷⁹ Fabian Omar Salvioli «el aporte de la Declaración Americana de 1948, para la protección internacional de los derechos humanos» biblioteca jurídica virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM (2017).

concernientes a la asistencia médica, lo que resulta importante por el derecho a la salud reproductiva y sexual.

2.4.1.3. Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Es un tratado que reconoce derechos económicos, sociales y culturales y establece mecanismos para su protección y garantía. Fue adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General de las Naciones Unidas el día 16 de diciembre de 1966 y entró en vigor el 3 de enero de 1976 de conformidad con el artículo 27 del mismo tratado.⁸⁰

En el artículo 10 retoma a la familia como el elemento natural y fundamental de la sociedad y, por ende, se le debe conceder la más amplia protección y asistencia posible, especialmente para su constitución, reconociendo la importancia de la familia y su constitución. Por otro lado, el artículo 12 reconoce el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental y dentro de las medidas que deberán adoptar los estados del referido Pacto está la creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos, como es el caso de los procedimientos o tratamientos utilizados en las técnicas de reproducción humana asistida, para las personas que tienen problemas de fertilidad.

2.4.1.4. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Fue adoptado al mismo tiempo que el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, por eso se les conocen a ambos como Pactos Internacionales de Derechos Humanos o Pactos de Nueva York. Fue adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el día 16 de diciembre de 1966 y entró en vigor el 23 de marzo de 1976 de conformidad con el artículo 49 del presente Pacto.⁸¹

⁸⁰ Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, (Asamblea General de las Naciones Unidas, Nueva York, Estados Unidos de América, 1966)

⁸¹ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, (Asamblea General de las Naciones Unidas, Nueva York, Estados Unidos de América, 1966)

El artículo 23 afirma también que la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y por ello, a la vez tiene derecho a la protección por parte de la sociedad y del Estado, asimismo reconoce el derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia y aclara si tienen la edad para hacerlo, según las leyes internas de cada estado parte.

2.4.1.5. Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José).

La Convención Americana sobre los Derechos Humanos,⁸² fue adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en San José, Costa Rica, el día 22 de noviembre de 1969; esta Convención, de carácter general, reconoce el respeto y la garantía del ejercicio de los derechos fundamentales de todas las personas en igualdad de condiciones.

En su artículo 17 reconoce a la familia como el elemento natural y fundamental de la sociedad, al igual que los otros instrumentos internacionales y que la familia debe ser protegida por la sociedad y el estado, el referido artículo continúa reconociendo el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen la edad y las condiciones requeridas para ello, según las leyes internas de cada estado parte.

Estas disposiciones hacen referencia a la importancia de la familia para la sociedad y el estado, el reconocimiento del derecho a vivir en familia, ya que esta constituye el elemento base para la garantía de derechos y obligaciones dentro de los miembros de la misma.

2.4.1.6. Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer (CEDAW).

Fue adoptada en forma unánime por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 18 de diciembre de 1979 y entró en vigor en 1981 y es considerada la carta internacional de los derechos de la mujer. La CEDAW es el segundo instrumento internacional más ratificado por los Estados miembros de la ONU, el primero es la

⁸² Convención Americana sobre Derechos Humanos, de 22 de noviembre de 1969, (Diario Oficial No. 82, Tomo No. 327, de fecha 5 de mayo de 2007).

Convención sobre los Derechos de la Niñez y a la fecha, ha sido ratificada por 188 países, lo que le otorga un poderoso mandato internacional.⁸³

Este instrumento pretende lograr la igualdad de género y el empoderamiento de las mujeres y las niñas y dispone que todos los Estados Partes deben incorporar una perspectiva de género en todas sus instituciones, políticas y acciones, con el fin de garantizar la igualdad de trato entre las mujeres y hombres.

El artículo 16 e) hace referencia al derecho a la autonomía reproductiva y establece lo siguiente: «a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos y el intervalo entre los nacimientos y a tener acceso a la información, la educación y los medios que les permitan ejercer estos derechos» siendo que la autonomía reproductiva incluye el acceso a los servicios de salud reproductiva, lo cual involucra el derecho de acceder a la tecnología médica necesaria para ejercer ese derecho.⁸⁴

2.4.3. Legislación secundaria.

2.4.3.1. Código de Familia.

El Código de Familia surge como respuesta a tres necesidades la primera es cumplir con el mandato constitucional impuesto al Estado, para que a través de la autoridad correspondiente cree la legislación necesaria para la protección, integración, bienestar y desarrollo social, cultural y económico de la familia; la segunda es crear una legislación especial en materia familiar, ya que anteriormente las relaciones familiares se encontraban reglamentadas en la legislación civil que data de 1860; y la tercera es armonizar la legislación secundaria a los estándares internacionales de protección familiar.

La familia es conceptualizada en esta normativa en el artículo 2 como el grupo social permanente, constituido por el matrimonio, la unión no matrimonial o el parentesco y es el en el artículo 3 que se plasma la obligación del Estado de protegerla.

⁸³ Organización de la Naciones Unidas «Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer» acceso el 02 de abril de 2022. <https://mexico.unwomen.org/es/digiteca/publicaciones/2011/12/cedaw>

⁸⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica, 28 de noviembre de 2012.

Asimismo, reconoce en el artículo 6 el derecho que toda persona tiene de constituir su propia familia de conformidad con la ley.

Los artículos 127, 128, 129 y 130 regulan lo relacionado al parentesco, definiéndolo como la relación de familia que existe entre dos o más personas y puede ser por consanguinidad, afinidad o por adopción. El primero es el existente entre personas que descienden unas de otras, o de un ascendiente común; el segundo es el existente entre uno de los cónyuges y los consanguíneos del otro o entre uno de los convivientes y los consanguíneos del otro; mientras que el tercero es el que se origina, entre el adoptado, los adoptantes y los parientes de éstos.

La filiación se desarrolla en el Código de Familia en su libro II artículos 133 y 134, definiéndolo como el vínculo de familia existente entre el hijo y sus padres, el cual puede ser por consanguinidad (unión biológica que existe entre los hijos y sus padres) o por adopción. Cuando el vínculo es entre padre e hijo se denomina paternidad y entre madre e hijo se nombra maternidad.

Según los artículos 140, 141, 142, 143, 146, 148, 149 y 150 la paternidad se puede establecer: a) por disposición de ley, es cuando se presume o se determina la paternidad por ministerio de ley; b) por reconocimiento voluntario, cuando en un acto voluntario y espontáneo el padre acude a las autoridades que establece el Código de Familia y acepta la paternidad del hijo y c) por declaración judicial, cuando previo a cualquier acción judicial promovido por el padre, hijo o tercero interesado se declare en resolución judicial la paternidad del hijo. Por su parte los artículos 159, 160 y 161 instauran que la maternidad puede ser establecida por: a) reconocimiento voluntario; y b) declaración judicial.

2.4.3.2. Ley Procesal de Familia.

La Ley Procesal de Familia tal como su nombre lo indica, regula los aspectos procesales aplicables en la jurisdicción en materia familiar, por lo tanto, resulta interesante para la investigación, analizar la forma en la que se resolvería en la actualidad un conflicto jurídico producido por el uso de las técnicas de reproducción humana asistida.

En ese orden de ideas y siendo que la normativa sustantiva en materia de familia no se encuentra acorde a la realidad actual, por lo que resulta insuficiente en los casos en los que se pretenda impugnar el reconocimiento legal de paternidad o maternidad de la persona que no tenga un vínculo biológico con el hijo o hija, debido al uso de una de las técnicas.⁸⁵ Sin embargo, el artículo 7 de la Ley Procesal de Familia le impone al juez la obligación de resolver los asuntos sometidos a su decisión, no obstante oscuridad, insuficiencia o vacío legal; por lo que los juzgadores de familia no pueden abstenerse de conocer y resolver un caso argumentando la inexistencia o insuficiencia de norma jurídica, por lo que aplicarían la analogía que es permitida por el artículo 9 del Código de Familia en virtud de que actualmente no existe una ley que regule el uso de las técnicas de reproducción humana asistida ni las consecuencias y efectos jurídicos que provocan el uso de estas técnicas.

2.4.3.3. Código de Salud.

El Código de Salud es la ley secundaria y especial que tiene como finalidad regular todo lo concerniente a la salud de los habitantes de la República, misma que es considerada constitucionalmente como un bien público. Sin embargo, cabe resaltar que la referida ley no obstante ser aplicable en su totalidad a todo lo que concierne a la materia de salud, es preciso advertir que la misma posee vacíos legales con respecto a las técnicas de reproducción humana asistida; no obstante, para la presente investigación resulta importante mencionar, de manera particular, algunos artículos de este cuerpo normativo, de los cuales se logra advertir la problemática que existe con respecto a las clínicas y profesionales que practican en el país estas técnicas de reproducción.

El artículo 4 de esta ley expresa que el Consejo Superior de Salud Pública y Asistencia Social es el encargado de vigilar el ejercicio de las profesiones relacionadas de un modo inmediato con la salud del pueblo; los organismos y servicios de salud pública, los servicios de salud privada e instituciones oficiales autónomas que presten servicios de salud. Lo anterior incluye a las clínicas privadas de fertilización que

⁸⁵ Sala de los Civil de la Corte Suprema de Justicia, Recurso de Casación, Referencia: 1055 Ca. Fam. S. S., del 22 de septiembre del 2003.

brindan la asistencia de reproducción humana asistida, así como a los profesionales que las practican.

Por su parte el artículo 5 expresa que las profesiones medicas se relacionan de un modo inmediato con la salud del pueblo, estas serán objeto de vigilancia por medio de un organismo legal, el cual se denominará junta de vigilancia de la profesión médica. En ese orden de ideas el artículo 17 establecen las atribuciones de las juntas de vigilancia, entre las cuales se encuentra: vigilar el ejercicio de la profesión correspondiente y sus respectivas actividades auxiliares.

El control a que hace referencia los artículos citados previamente se explica en el artículo 23 el cual expresa que comprende la prescripción, elaboración, administración, indicación o aplicación de cualquier procedimiento directo o indirecto destinado al diagnóstico, pronóstico y tratamiento de las enfermedades, con el propósito de realizar acciones de prevención, promoción, protección y recuperación de la salud de las personas, así como también de asesoramiento público, privado, pericial relacionado con cada profesión.

Lo anterior también comprende a las técnicas de reproducción humana asistida en tanto ser procedimientos que buscan brindarle un servicio a personas que no pueden procrear hijos naturalmente por ser estéril, servicios que actualmente en El Salvador son practicados únicamente en el sector privado por tanto deben estar bajo el control de la junta de vigilancia de la profesión médica.

No obstante, a pesar de lo extenso de este Código y de todo lo expresado anteriormente, no existe una tan sola disposición legal dentro de este cuerpo normativo que haga referencia a las técnicas de reproducción humana asistida ni a la infertilidad generando una insuficiencia normativa, lo cual se agrava cuando además no existe normativa especial al respecto a la cual remitirse.

2.4.3.4. Código Penal.

El Código Penal tiene como finalidad describir de forma previa, precisa e inequívoca las acciones y omisiones típicas, antijurídicas y culpables que se configuran como delitos o faltas, así como las respectivas penas, lo anterior garantiza el principio

de legalidad. No se debe omitir que en El Salvador está prohibida la aplicación análoga de la ley penal.

En ese sentido, para la investigación resulta interesante examinar determinadas disposiciones legales contenidas en el Código Penal, con la única finalidad de advertir que el Estado salvadoreño no ignora el uso de las técnicas de reproducción humana asistida, debido a que prevé como conductas punibles ciertas acciones que se encuentran relacionadas al uso de las técnicas de reproducción.

Los artículos 140 y 141 tipifican el delito de manipulación genética y manipulación genética culposa, respectivamente, en ambos delitos solo se sanciona el hecho de manipular el material genético humano.

Con respecto al uso de las técnicas de reproducción humana asistida, el Código Penal establece dos delitos que retoman de manera particular el uso de una de estas técnicas. Los artículos 156 y 157 del Código Penal establecen las conductas bajo la calificación de: “Inseminación artificial no consentida” e “Inseminación Fraudulenta” respectivamente.

Sin embargo, se debe aclarar que estas disposiciones no prohíben el uso de la inseminación artificial como técnica de reproducción humana asistida, lo que en realidad prohíben y sancionan son dos conductas y una agravante en específico: 1) inseminar artificialmente a una mujer sin su consentimiento; 2) inseminar a mujer soltera menor de catorce años, es la agravante y 3) alterar fraudulentamente las condiciones pactadas para ejecutar una inseminación artificial o lograrse el consentimiento mediante engaño o falsa promesa.

Por su parte los artículos 196 y 198 sancionan una consecuencia y acto posterior que se suele dar al finalizar con éxito el uso de las técnicas de reproducción humana asistida, es decir, el reconocimiento del hijo o hija nacido producto del uso de las técnicas, pero no sancionan el uso de la técnica como tal, lo que es sancionado es la suplantación y la alteración de estado familiar en virtud de la discrepancia entre el vínculo biológico y el reconocimiento legal que se efectúa de este.

El artículo 198 sí prohíbe de forma expresa una de las técnicas de reproducción asistida, pues la conducta descrita en la disposición corresponde a la gestación subrogada o gestación por sustitución conocida popularmente como “maternidad subrogada” o “vientre de alquiler” en la cual media un contrato existe una remuneración de por medio para gestar a un ser humano que posteriormente será apartado de su madre biológica para ser entregado a terceras personas.

B. Supuesto teórico de la investigación.

Es factible regular la voluntad procreacional y las técnicas de reproducción humana asistida como garantía de los derechos a la salud reproductiva y a formar una familia en la legislación salvadoreña desde una perspectiva constitucional, con la finalidad de adecuar la normativa salvadoreña en materia de familia y salud a los avances científicos, tecnológicos, así como a la realidad social y los tratados internacionales.

CAPITULO III. METODOLOGIA DE LA INVESTIGACIÓN.

A. Enfoque y tipo de investigación.

3.1.1. Tipo de estudio.

Es importante aclarar en este apartado que debido a la complejidad de la situación problemática que se plantea, se realizó una serie de aproximaciones con la finalidad de elegir el método que más se acercase a la realidad investigada y así lograr cumplir con la finalidad y objetivos de la investigación.

Es así como posterior a esta reflexión, se concluyó que la presente investigación según su alcance es de tipo **exploratoria y pura**, debido a que se procedió a la recolección y agrupación de la información documental necesaria que comprende tanto la legislación nacional, la doctrina, la jurisprudencia nacional y la jurisprudencia internacional emanada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Tribunal Europeo, con respecto al uso de las técnicas de reproducción humana asistida y las consecuencias que esto conlleva en el ámbito legal en materia de derecho de familia.

Es exploratoria en tanto el objeto de estudio relativo a la problemática a investigar es poco explorado, investigado o trabajado en El Salvador, si bien es cierto se contó con fuentes de información que abarcan el tema de estudio, no son a nivel local y ante la insuficiencia de datos en torno a la situación planteada en la realidad jurídica salvadoreña, se pensó en dar una aproximación o idea general de esta realidad.

Asimismo, es pura en tanto la investigación al ser de clase jurídico doctrinaria se analizó e interpreto la legislación nacional vigente, la jurisprudencia nacional e internacional con respecto al uso de técnicas de reproducción asistida con el objetivo de incrementar el conocimiento científico a nivel teórico y entender el entorno que rodea la problemática planteada.

3.1.2. Clase de investigación.

En cuanto a la clase de investigación jurídica, se realizó una investigación jurídico doctrinal de tipo hermenéutica, ya que lo que se analizó e interpretó fue la diversa legislación nacional vigente, la jurisprudencia nacional y la jurisprudencia emanada de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Europea de Derechos humanos, relativa al uso de las técnicas de reproducción humana asistida, la voluntad procreacional, los derechos de salud reproductiva y a constituir una familia.

Por lo que haciendo uso de la hermenéutica se desarrolló una labor interpretativa de todo lo relacionado anteriormente, lo cual en conjunto con las entrevistas a los sujetos de análisis se buscó dar respuesta al problema planteado con respecto a determinar la factibilidad legal de regular la voluntad procreacional y las técnicas de reproducción humana asistida como mecanismos para concretar los derechos a la salud reproductiva y a formar una familia en El Salvador.

3.1.3. Enfoque de la investigación.

El enfoque de la investigación es cualitativo, ya que tal como lo expresa Roberto Hernández Sampieri, las investigaciones cualitativas son flexibles y se enfocan en comprender los fenómenos explorándolos desde la perspectiva de los participantes en un ambiente natural y en relación con su contexto.⁸⁶

En ese sentido se seleccionó este enfoque en virtud que resultó importante conocer la perspectiva y opinión de los participantes sujetos de la investigación, ya que por su profesión y constante interacción con la realidad jurídica salvadoreña, procesos judiciales y casuística relacionada a la situación problemática, permitió tener una aproximación sobre los aspectos a considerar para determinar la factibilidad de regular la voluntad procreacional y las técnicas de reproducción humana asistida en la legislación salvadoreña y así garantizar a las personas que hagan uso de estas técnicas la concreción de su derecho a constituir una familia. Este enfoque permitió interpretar el

⁸⁶ Roberto Hernández Sampieri, Metodología de la investigación, (México, McGRAW-HILL / INTERAMERICANA EDITORES, S.A. DE C.V., sexta edición) 2014. 358.

fenómeno de acuerdo con los significados para las personas implicadas, y nos permitirá datos descriptivos, de las propias palabras de las personas.

3.1.4. Diseño de investigación.

El diseño de la investigación fue el de investigación acción, en virtud de que se analizó la problemática en la comunidad jurídica sobre la anomia legislativa existente en cuanto a la voluntad procreacional y las técnicas de reproducción asistida, en ese sentido se determinó que era necesario indagar si es factible la regulación de estas situaciones en tanto es una problemática que aqueja a cierto sector de la población el cual necesita resolverse y se pretende lograr un cambio con la presente investigación a través de las entrevistas efectuadas a los sujetos de la investigación conocedores de la situación jurídica actual en torno al tema involucrándolos en el análisis y diagnóstico de la problemática, cumpliendo así con los presupuestos de este diseño.

B. Sujetos y objeto de estudio.

3.2.1. Sujetos de estudio.

Los sujetos de estudio fueron los siguientes:

a. Jueces de Familia.

Criterio de inclusión.	Criterio de exclusión.
Juzgadores o juzgadoras en materia de familia.	Juzgadores o juzgadoras en materia de familia que no sean de la jurisdicción de Soyapango.

b. Abogados.

Criterio de inclusión.	Criterio de exclusión.
Abogados de la República de El Salvador que litiguen en el área familiar.	Abogados de la República de El Salvador que litiguen en materia de familia que no sean de la jurisdicción de Soyapango.

c. Procuradores auxiliares.

Criterio de inclusión.	Criterio de exclusión.
Procuradores auxiliares.	Procuradores auxiliares que no sean de los municipios de San Salvador y Soyapango.

d. Magistrados.

Criterio de inclusión.	Criterio de exclusión.
Magistrados de cámara.	Magistrados de cámara que no tengan competencia en materia familiar, niñez y adolescencia.

3.2.2. Objeto de estudio.

La presente investigación surgió de observar la realidad jurídica actual con respecto al avance de la ciencia y la tecnología en el campo de la biología y la genética, en particular al uso de las técnicas de reproducción humana asistida y como este hecho garantiza el derecho de salud reproductiva y el derecho a constituir una familia de las personas que hacen uso de estos avances; y como a pesar del avance de la realidad social en la actualidad existe una ausencia de legislación nacional que lo regule.

En la investigación se hizo referencia a que en la población salvadoreña existe un sector de personas con problemas de fertilidad, así como la existencia en El Salvador de clínicas de fertilidad donde se practica una de las técnicas de reproducción humana, no obstante, existir anomia en la legislación vigente.

Por lo anterior, el objeto de estudio lo constituyeron la legislación salvadoreña relacionada con el tema, tal es el caso de la Constitución salvadoreña, el Código de Familia, la Ley Procesal de Familia, el Código de Salud, el Código Penal y la

jurisprudencia nacional relacionada a la voluntad procreacional y uso de las técnicas de reproducción asistida, así como la jurisprudencia emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Europea de Derechos Humanos que involucre el uso de las técnicas de reproducción asistida, el derecho de constituir familia y los derechos reproductivos.

1. Unidad de análisis. Población y muestra.

En la presente investigación las unidades de análisis seleccionadas fueron las siguientes: legislación salvadoreña vigente, la jurisprudencia nacional relativa a la voluntad procreacional, la jurisprudencia emanada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos y de la Corte Europea de Derechos Humanos relacionada con el uso de alguna técnica de reproducción humana asistida, dos abogados litigantes en materia de familia, dos defensores públicos de familia, un coordinador local de la Unidad de Defensa de la Familia, dos procuradores auxiliares de los municipios de San Salvador y Soyapango, dos juzgadoras de primera instancia con competencia en materia de derecho de familia y una magistrada de la cámara especializada de niñez y adolescencia, a quienes se entrevistó con la finalidad de conocer sus opiniones con respecto a la situación problemática planteada y la factibilidad de regular en la legislación nacional la voluntad procreacional como una clase de filiación y las técnicas de reproducción humana asistida.

3.3. Población y muestra.

Con la finalidad de lograr comprender nuestra investigación y los fenómenos que le rodean, se tomó la siguiente muestra de la población, conformada por participantes voluntarios y muestra teórica, los cuales se detallan a continuación.

3.3.1. Muestra de participantes voluntarios:

- a) Se tomó como muestra a los jueces de familia con competencia en materia de familia, con la finalidad de conocer sus experiencias personales en el ámbito profesional y su opinión técnica en torno al tema investigado. Se seleccionó una muestra compuesta por dos juezas de familia del municipio de Soyapango y una

magistrada de la cámara especializada de niñez y adolescencia, con la finalidad de obtener una perspectiva que permita el enriquecimiento de la investigación.

- b) De igual manera, a los abogados de la República de El Salvador que litiguen en materia familiar, con la finalidad de conocer sus experiencias personales en el ámbito profesional y su opinión técnica al respecto. Se ha seleccionado una muestra compuesta por dos defensores públicos de familia, dos abogados y un coordinador local de la Unidad de Defensa de la Familia de la Procuraduría Auxiliar de Soyapango, con la finalidad de obtener una perspectiva que permita el enriquecimiento de la investigación.
- c) Finalmente, se tomó como muestra a los procuradores auxiliares de la Procuraduría General de la República, con la finalidad de conocer sus experiencias personales en el ámbito profesional y su opinión técnica al respecto como conocedores del derecho que son. Se ha seleccionado una muestra compuesta por 2 procuradores auxiliares de las procuradurías auxiliares de San Salvador y Soyapango, con la finalidad de obtener una perspectiva multidimensional que permita el enriquecimiento de la investigación.

3.3.2. Muestra teórica.

Se seleccionó una muestra de la legislación salvadoreña vigente y de la jurisprudencia nacional e internacional que posee relación a la voluntad procreacional, el uso de las técnicas de reproducción asistida y los derechos a la salud reproductiva y a constituir una familia.

2. Variables e indicadores.

3.4.1. Variables.

Las variables en una investigación son los atributos o características que definen el problema de investigación.

Para el primer objetivo se seleccionó como variables las siguientes:

- a. **Interpretación de la normativa salvadoreña vigente:** entendiéndola como el conjunto de normas legales que están en uso actualmente en El Salvador, que tienen validez y son aplicables a los conflictos de trascendencia jurídica.
- b. **Conflictos jurídicos de la filiación surgidos por el uso de las técnicas:** Problema o disputa de intereses entre dos partes como consecuencia de utilizar las técnicas de reproducción asistida que generan un nuevo tipo de filiación, siendo esta figura jurídica el vínculo familiar y legal entre padres e hijos.
- c. **Técnicas de reproducción asistida:** conjunto de procedimientos científicos y genéticos que permiten la fecundación del ovulo y la anidación uterina.

Para el segundo objetivo se seleccionó como variables las siguientes:

- a. **Viabilidad legal de la voluntad procreacional:** hace referencia al análisis con respecto a si se puede legislar sobre la voluntad procreacional, que es la intención, decisión y el consentimiento de una persona de asumir a un hijo como propio, no obstante, la falta de nexo biológico, en El Salvador.
- b. **Derecho a la salud reproductiva:** disfrute del más alto nivel posible de bienestar físico, mental y social en todos los aspectos relacionados con el sistema reproductivo, sus funciones y procesos.
- c. **Derecho a formar una familia:** facultad de toda persona para constituir una nueva familia o para unirse y ser parte de una previamente constituida.

3.4.2. Indicadores y su medición.

En relación a lo expuesto en el apartado que antecede inmediatamente, los indicadores son los aspectos medibles y obsérvalos que caracterizan cada una de las variables de la investigación, en ese sentido se escogió los indicadores siguientes:

Para la variable **interpretación de la normativa salvadoreña vigente**, se escogió como indicadores el conocimiento de la norma jurídica y la aplicación de la norma legal; para ambos indicadores se estableció para su medición la técnica de entrevista por medio de un cuestionario de entrevista que se elaboró para cada sujeto de análisis.

Para la variable **conflictos jurídicos de la filiación surgidos por el uso de las técnicas**, se escogió como indicadores el criterio de los operadores de justicia, la resolución de conflictos y cantidad de casos judicializados; para esos indicadores se estableció para su medición la técnica de entrevista por medio de un cuestionario de entrevista que se elaboró para cada sujeto de análisis.

Con respecto a la variable **técnicas de reproducción asistida**, se escogió como indicadores el conocimiento y la opinión de los profesionales jurídicos y las circunstancias legales actuales; para ambos indicadores se estableció para su medición la técnica de entrevista por medio de un cuestionario de entrevista que se elaboró para cada sujeto de análisis.

Para la variable **viabilidad legal de la voluntad procreacional**, se escogió como indicadores la opinión de los funcionarios judiciales y profesionales jurídicos, así como las circunstancias legales actuales; para esos indicadores se estableció para su medición la técnica de entrevista por medio de un cuestionario de entrevista que se elaboró para cada sujeto de análisis.

Con respecto a la variable **derecho a la salud reproductiva**, se escogió como indicadores la opinión de los funcionarios judiciales y profesionales jurídicos, así como las circunstancias legales actuales; para ambos indicadores se estableció para su medición la técnica de entrevista por medio de un cuestionario de entrevista que se elaboró para cada sujeto de análisis.

En cuanto a la variable **derecho a formar una familia**, se escogió como indicadores la opinión de los funcionarios judiciales y profesionales jurídicos, así como las circunstancias legales actuales; y se estableció para su medición la técnica de entrevista por medio de un cuestionario de entrevista que se elaboró para cada sujeto de análisis.

C. Técnicas, materiales e instrumentos.

1. Técnicas y procedimientos para la recopilación de la información.

Las técnicas que se utilizaron en la presente investigación para la recopilación de información fueron las siguientes:

1.1. Análisis documental:

Los documentos estudiados fueron una fuente muy valiosa de datos cualitativos, se consideró la información necesaria para comprender de una mejor manera el tema de investigación; se analizó legislación salvadoreña, empezando por la Constitución hasta las Leyes secundarias relacionadas a la temática, Convenios y Tratados internacionales, Jurisprudencia nacional e internacional, los cuales brindaron información de mucha utilidad.

1.2. Entrevista estructurada:

Las entrevistas que fueron realizadas a abogados, procuradores auxiliares de la Procuraduría Auxiliar de San Salvador y Soyapango, Juezas de Familia de Soyapango y una magistrada de Cámara de Niñez y Adolescencia, del departamento de San Salvador, se basaron en una guía de preguntas previamente preparadas, siendo este un formato fijo, con el propósito recabar datos en concreto.

Para ello resulta importante tener claro en que consiste la entrevista, es la técnica con la cual el investigador pretende obtener información de una forma oral y personalizada, la información es en torno a acontecimientos vividos y aspectos subjetivos de la persona tales como creencias, actitudes, opiniones o valores en relación con la situación que se está estudiando.⁸⁷ Por lo antes expuesto, se concluye que el principal objetivo de la entrevista será obtener información de forma oral y personalizada sobre acontecimientos, experiencias, opiniones de personas y en la presente investigación, sobre aspectos relacionados a la factibilidad legal de regular la

⁸⁷, María Dolores García Hernández et al. «La entrevista, metodología de investigación avanzada» Máster en Tecnologías de la Información y la Comunicación en Educación, UCA, El Salvador.

voluntad procreacional como tercera forma de filiación y las técnicas de reproducción humana asistida.

2. Instrumentos de registro y medición.

La descripción de la estructuración y el análisis de los datos que se obtuvieron a partir de las técnicas de recopilación de información fueron aplicadas a los profesionales jurídicos y operadores del sector justicia. A partir de la necesidad de estructurar y analizar los datos, se estableció un orden, y el contenido de la misma, con el propósito que haya servido de base para la construcción y el desarrollo del proceso de análisis, la debida calificación y ponderación de las respuestas.

Los instrumentos que fueron utilizados para el registro y medición, fueron los siguientes:

Técnica utilizada: entrevista estructurada.

Instrumento: cuestionario de entrevista.

En el cuestionario de la entrevista estructurada se utilizó una serie de preguntas cerradas y abiertas sobre el tema, tuvo como propósito: la recolección de información, establecer la situación actual, así como la normativa vigente relacionado al tema de investigación y la factibilidad legal de regular la voluntad procreacional como tercera forma de filiación y las técnicas de reproducción humana asistida en la legislación salvadoreña, datos que se procesaran por medio de un cuadro resumen, haciendo la valoración y enmarcando aquellos factores que nos guíen a conocer más sobre la voluntad procreacional, las técnicas de reproducción humana asistida, así como los derechos que se garantizarían si estas figuras se encontrarán reguladas en la legislación salvadoreña.

Asimismo, para la construcción del cuestionario de entrevista nos basamos en los factores y problemáticas que están relacionados a la regulación de la voluntad procreacional y las técnicas de reproducción asistida.

Técnica utilizada: análisis documental.

Instrumento: análisis de contenido.

En el caso de los documentos, jurisprudencia nacional e internacional, así como la legislación internacional y nacional, se elaboró un análisis con el fin de desarrollar una perspectiva interpretativa de estos textos, profundizando más allá del contenido literal, por lo tanto, se estudió la información relacionada con base al tema de investigación.

Para el procesamiento de la información se elaboró una matriz de congruencia en donde se desarrollan los datos principales de una manera estratégica y simplificada para extraer, formular las principales problemáticas y respuestas.

El procesamiento y análisis de la información es de suma importancia ya que por ello se trató de llegar a los puntos principales para conocer la factibilidad legal de regular la voluntad procreacional como tercera forma de filiación y las técnicas de reproducción humana asistida y por medio del instrumento mencionado poder concluir de manera puntual sobre el tema, que es de importancia dentro de la investigación a realizar.

La matriz de congruencia es una herramienta que brinda la oportunidad de abreviar el tiempo dedicado a la investigación, su utilidad permite organizar las etapas del proceso de la investigación, así como se resumen los objetivos, variables, indicadores, técnicas e instrumentos utilizados dentro de la investigación. Dicho instrumento matriz permite apreciar a simple vista el resumen de la investigación y demostrar si existe una secuencia lógica.

Matriz de congruencia.

Título de la investigación: la regulación de la voluntad procreacional y las técnicas de reproducción humana asistida como garantía de los derechos a la salud reproductiva y a formar una familia en la legislación salvadoreña.							
Enunciado el problema: ¿Cuáles son las circunstancias que vuelven factible legalmente la regulación de la voluntad procreacional y las técnicas de reproducción humana asistida como garantía de los derechos a la salud reproductiva y a formar una familia en la legislación salvadoreña?							
Objetivo general: Analizar la factibilidad legal de regular la voluntad procreacional y las técnicas de reproducción humana asistida como mecanismos para concretar los derechos a la salud reproductiva y a formar una familia en El Salvador.							
Objetivos.	Unidad de análisis.	VARIABLES.	Operacionalización de variables.	Indicadores.	Preguntas.	Técnicas a utilizar.	Tipos de instrumentos.
Determinar la forma en la que se ha interpretado la normativa salvadoreña vigente para resolver los conflictos surgidos de la filiación como resultado del uso de las técnicas de reproducción humana asistida.	Abogados.	Interpretación de la normativa salvadoreña vigente.	Conjunto de normas legales que están en uso actualmente en El Salvador, que tienen validez y son aplicables a los conflictos de trascendencia jurídica.	Conocimiento de la norma jurídica.	1. ¿Existe alguna ley que regule las técnicas de reproducción asistida? 2. ¿Cuáles son las clases de la filiación según la normativa salvadoreña vigente? 3. ¿La voluntad procreacional se encuentra regulada en la legislación salvadoreña? 4. ¿Cuántos conflictos de filiación por el uso de técnicas de reproducción asistida conoce que se han judicializado?	Entrevista.	Cuestionario de entrevista.
	Jueces de Familia.						
	Jurisprudencia.						
	Legislación salvadoreña.						

				Aplicación de la normativa legal.	5. ¿De qué forma se resolvió el conflicto jurídico de la filiación surgida por el uso de las técnicas?		
Procuradores Auxiliares.	Conflictos jurídicos de la filiación surgidos por el uso de las técnicas.	Problema o disputa de intereses entre dos partes, como consecuencia de utilizar las técnicas de reproducción asistida, que generan un nuevo tipo de filiación, siendo esta figura jurídica el vínculo familiar y legal entre padres e hijos.	Conocimiento de la norma jurídica.	Aplicación de la norma legal actual.	6. ¿Qué normativa o que valoraciones de derecho se aplicó en los conflictos de filiación producto del uso de las técnicas de reproducción asistida?	Entrevista.	Cuestionario de entrevista.
Magistrada de Cámara de Niñez y Adolescencia.			Criterios de los operadores de justicia.				
Coordinador Local de la Unidad de Defensa de la Familia.			Resolución de conflictos.	7. ¿Como se ha interpretado la normativa salvadoreña vigente para la resolución de conflictos jurídicos con respecto a la filiación producto de las técnicas de			

					reproducción asistida?			
				Cantidad de casos judicializados.		8. ¿Cuál es su opinión con respecto a regular las técnicas de reproducción asistida en la legislación salvadoreña?		
		Técnicas de reproducción asistida.	Conjunto de procedimientos científicos y genéticos que permiten la fecundación del ovulo y la anidación uterina.	Conocimiento y la opinión de los profesionales jurídicos.				
				Las circunstancias legales actuales.				
				Circunstancias legales actuales.				
2. Analizar la viabilidad legal de regular la voluntad procreacional como una clase de filiación para las familias que hacen uso de las técnicas de reproducción	Abogados.	Viabilidad legal de la voluntad procreacional.	Hace referencia al análisis con respecto a si se puede legislar sobre la voluntad procreacional, que es la intención, decisión y el consentimiento de una persona de asumir a un hijo como propio, no obstante, la falta de	Opinión de los operadores de justicia		9. ¿Cuál es su opinión con respecto a regular las técnicas de reproducción asistida y la voluntad procreacional como tercera de filiación en la	Entrevista.	Cuestionario de entrevista.
				Opinión de los profesionales jurídicos.				

asistida con la finalidad de garantizar el derecho a la salud reproductiva.			nexo biológico, en El Salvador.	Circunstancias legales actuales.	legislación salvadoreña?		
				Criterio de los operadores de justicia.	10. ¿Considera que el sistema jurídico salvadoreño está listo para regular las técnicas de reproducción humana asistida y la voluntad procreacional como tercera forma de filiación? 11. ¿En su opinión considera que constitucionalmente viable regular las técnicas de reproducción asistida y la voluntad procreacional como tercera forma de filiación en El Salvador? ¿y por qué?		
	Jueces de Familia.	Derecho a la salud reproductiva.	Disfrute del más alto nivel posible de bienestar físico, mental y social en todos los aspectos relacionados con el sistema reproductivo, sus funciones y procesos.	Opinión de los profesionales jurídicos.	12. Según su opinión, ¿Cuáles son los desafíos legales de regular la voluntad procreacional como tercera	Entrevista.	Cuestionario de entrevista.

	Magistrada de Cámara de Niñez y Adolescencia.				forma de filiación?		
				Circunstancias legales actuales.			
				Opinión de los operadores de justicia.	13. ¿Conoce en que consiste el derecho a la salud reproductiva?		
				Opinión de los profesionales jurídicos.	14. ¿Dónde se encuentra regulado el derecho a la salud reproductiva?		

				Circunstancias legales actuales.	15. ¿Cuáles son las circunstancias legales actuales que giran en torno al derecho a la salud reproductiva?		
Jurisprudencia internacional.	Derecho a formar una familia.	Facultad de toda persona para constituir una nueva familia o para unirse y ser parte de una previamente constituida.	Opinión de los operadores de justicia	16. ¿Dónde se encuentra regulado el derecho a formar una familia? 17. ¿Cuáles son las circunstancias legales actuales que giran en	Entrevista.	Cuestionario de entrevista.	
Procuradores Auxiliares.							
Coordinador Local de la Unidad de							

	Defensa de la Familia.			Opinión de los profesionales jurídicos	<p>torno al derecho a formar una familia?</p> <p>18. ¿Considera que al regular las técnicas de reproducción humana asistida se garantizarán los derechos a la salud reproductiva y a formar una familia?</p>		
				Circunstancias legales actuales.	<p>19. ¿Qué opinión le genera las conductas descritas en el artículo 196 del código penal (suplantación y la alteración de estado familiar) con respecto a que es una conducta consecuente al uso de las técnicas de reproducción asistida? ¿de crearse una ley</p>		

					<p>con respecto a las TRA y la voluntad procreacional, debe eliminarse el delito o hacer excepciones?</p> <p>20. ¿Qué opinión le genera la conducta descrita en el artículo 198 del código penal donde existe una prohibición expresa de la maternidad subrogada, siendo esta una de las TRA ¿de crearse una ley con respecto a las TRA debe eliminarse el delito o seguirse prohibiendo esa técnica en particular más no las demás?</p>		
--	--	--	--	--	--	--	--

Los métodos que se utilizaron en el desarrollo de la investigación fueron:

Método hermenéutico:

Este método ofrece una alternativa para investigaciones centradas en la interpretación de textos, debido a que involucra un proceso de análisis e interpretación de documentos y textos para lograr una comprensión adecuada de los mismos y dado que la presente investigación consiste en analizar la regulación de la voluntad procreacional como tercera forma de filiación y las técnicas de reproducción humana asistida en El Salvador, por lo tanto, se utilizó este método.

La hermenéutica es determinante para el análisis de textos legales que contribuyen a la formulación propuestas y soluciones a las problemáticas jurídicas actuales, así como interpretar hallazgos que surjan en la presente investigación y que sean de utilidad para la sociedad salvadoreña.

Método lógico-sistemático:

Este método establece que, ante una ley oscura o dudosa, tal como ocurre con la presente investigación, en cuanto a la regulación de la voluntad procreacional y las técnicas de reproducción humana asistida en la legislación salvadoreña, el intérprete o investigador debe encontrar la solución en el mismo texto de la ley, auxiliándose de un proceso lógico y sistemático para analizar los diferentes aspectos de la ley.

En la normativa desarrollada se encontró un procedimiento lógico para analizar las normativas tanto nacionales como internacionales, así como también la jurisprudencia nacional e internacional y otro tipo de información, que permitió encontrar un sentido único para la comprensión del tema de investigación.

CAPITULO IV. ANALISIS DE LA INFORMACIÓN.

En el presente apartado se muestra el análisis, interpretación y debate de los principales hallazgos, fundamentos teóricos y resultados encontrados en la realización de la presente investigación, a través del análisis documental y las entrevistas realizadas. Dichas vías de indagación, coadyuvaron a develar los principales insumos obtenidos para este esfuerzo investigativo.

A. Resultados.

4.1. Análisis descriptivo.

A través de las entrevistas realizadas se sustentaron las variables de la presente investigación, las que consisten en: normativa salvadoreña vigente, conflictos jurídicos de la filiación surgidos por el uso de las técnicas, las técnicas de reproducción asistida, viabilidad legal de la voluntad procreacional, derecho a la salud reproductiva y el derecho a formar una familia y se realizaron las entrevistas a los siguientes funcionarios judiciales y profesionales jurídicos:

ENTREVISTADOS.	SECTOR.	CANTIDAD.
Magistrada de Cámara Especializada de Niñez y Adolescencia.	San Salvador.	1
Juezas de Familia.	Soyapango.	2
Procuradores Auxiliares.	San Salvador y Soyapango.	2
Coordinador Local de Unidad de Defensa de la Familia.	Soyapango.	1
Defensores Públicos.	Soyapango.	2
Abogados en el libre ejercicio.	San Salvador y Soyapango.	2
TOTAL		10

Siendo los funcionarios judiciales y profesionales jurídicos antes mencionados de los que se obtuvo respuesta a la carta de invitación que previamente se le entregó de forma personal a cada uno, externando su consentimiento y contestando las preguntas elaboradas para la entrevista, las cuales fueron realizadas a través de la modalidad presencial.

A la vez fue posible el análisis de contenido, en el cual se analizaron teorías, la doctrina, legislación salvadoreña, empezando por la Constitución hasta la legislación secundaria relacionadas a la temática, los Convenios y Tratados internacionales y Jurisprudencia nacional e internacional, todo lo anterior proporcionó información de considerable utilidad.

Por lo que con la finalidad de sustentar la variable de **“interpretación de la normativa salvadoreña vigente”** se realizaron las siguientes preguntas:

- 1) ¿Existe alguna ley que regule las técnicas de reproducción asistida?
- 2) ¿Cuáles son las clases de filiación según la normativa salvadoreña vigente?
- 3) ¿La voluntad procreacional se encuentra regulada en la legislación salvadoreña?

Para la variable **“conflictos de filiación surgidos por el uso de las técnicas”** se realizaron las siguientes preguntas:

- 1) ¿Como se ha interpretado la normativa salvadoreña vigente para la resolución de conflictos jurídicos con respecto a la filiación producto de las técnicas de reproducción asistida?
- 2) ¿Cuántos conflictos de filiación por el uso de técnicas de reproducción asistida conoce que se han judicializado?
- 3) ¿De qué forma se resolvió el conflicto jurídico de la filiación surgida por el uso de las técnicas?

- 4) ¿Qué normativa o que valoraciones de derecho se aplicó en los conflictos de filiación producto del uso de las técnicas de reproducción asistida?

Para la variable “**técnicas de reproducción asistida**” las preguntas realizadas consistieron en:

- 1) ¿Cuál es su opinión con respecto a regular las técnicas de reproducción asistida en la legislación salvadoreña?
- 2) ¿Considera que el sistema jurídico salvadoreño está listo para regular las técnicas de reproducción asistida y la voluntad procreacional como tercera forma de filiación?
- 3) ¿En su opinión considera que constitucionalmente viable regular las técnicas de reproducción asistida y la voluntad procreacional como tercera forma de filiación en El Salvador? ¿y por qué?
- 4) ¿Considera que al regular las técnicas de reproducción asistida se garantizarán los derechos a la salud reproductiva y a formar una familia?
- 5) ¿Qué opinión le genera las conductas descritas en el artículo 196 del código penal (suplantación y la alteración de estado familiar) con respecto a que es una conducta consecuente al uso de las técnicas de reproducción asistida? ¿de crearse una ley con respecto a las TRA y la voluntad procreacional, debe eliminarse el delito o hacer excepciones?
- 6) ¿Qué opinión le genera la conducta descrita en el artículo 198 del código penal donde existe una prohibición expresa de la maternidad subrogada, siendo esta una de las TRA ¿de crearse una ley con respecto a las TRA debe eliminarse el delito o seguirse prohibiendo esa técnica en particular más no las demás?

Para la variable “**viabilidad legal de la voluntad procreacional**” se realizaron las siguientes interrogantes:

- 1) ¿Cuáles es su opinión con respecto a regular la voluntad procreacional como tercera forma de filiación?
- 2) ¿Considera que el sistema jurídico salvadoreño está listo para regular las técnicas de reproducción asistida y la voluntad procreacional como tercera forma de filiación?
- 3) ¿En su opinión considera que constitucionalmente viable regular las técnicas de reproducción asistida y la voluntad procreacional como tercera forma de filiación en El Salvador? ¿y por qué?
- 4) Según su opinión, ¿Cuáles son los desafíos legales de regular la voluntad procreacional como tercera forma de filiación?
- 5) ¿Considera que al regular las técnicas de reproducción asistida se garantizarán los derechos a la salud reproductiva y a formar una familia?
- 6) ¿Qué opinión le genera las conductas descritas en el artículo 196 del código penal (suplantación y la alteración de estado familiar) con respecto a que es una conducta consecuente al uso de las técnicas de reproducción asistida? ¿de crearse una ley con respecto a las TRA y la voluntad procreacional, debe eliminarse el delito o hacer excepciones?

Para la variable “**derecho a la salud reproductiva**” se realizaron las siguientes preguntas:

- 1) ¿Conoce en que consiste el derecho a la salud reproductiva?
- 2) ¿Dónde se encuentra regulado el derecho a la salud reproductiva en la normativa salvadoreña?

- 3) ¿Cuáles son las circunstancias legales que giran en torno a la situación actual con respecto al derecho a la salud reproductiva?

Para la variable “**derecho a formar una familia**” las interrogantes realizadas consistieron en:

- 1) ¿Dónde se encuentra regulado el derecho a formar una familia?
- 2) ¿Cuáles son las circunstancias legales que giran en torno a la situación actual con respecto al derecho a formar una familia?

De las preguntas antes detalladas obtuvimos la información de las personas entrevistadas, todo con el objetivo de darle respuesta a las variables de investigación y a los objetivos planteados. Dichos resultados se presentan en una serie de matrices, divididas por sectores, siendo los siguientes: magistrada y juezas, procuradores auxiliares y abogados, que han sido incorporadas en razón de su extensión, al legajo de anexos, identificando los mismos como “Anexo 6”, “Anexo 7” y “Anexo 8”.

B. Discusión de resultados.

De las preguntas elaboradas, así como de la información que se recolectó a lo largo de la investigación, se procedió a analizar las respuestas obtenidas de los profesionales entrevistados y posteriormente se generó una discusión sobre la interpretación de cada una de las respuestas, teniendo como resultado la verificación del supuesto y objetivos planteados a lo largo de la investigación llegando al siguiente análisis:

4.2. Interpretación de la normativa salvadoreña vigente.

La totalidad de la muestra entrevistada advierte de forma unánime que es evidente que actualmente en El Salvador no existe una legislación especial que regule de forma expresa todo lo concerniente al uso de las técnicas de reproducción asistida y que es notorio que esto ocasiona un problema jurídico para las personas que acuden

a practicarse estas técnicas; mismo escenario se advierte con respecto a la regulación expresa de la voluntad procreacional como una clase de filiación.

Ahora bien, resulta interesante destacar que la totalidad de los profesionales entrevistados conocen sobre las técnicas de reproducción asistida como avance científico tecnológico, así como que hay establecimientos en El Salvador donde se practican alguna de esas técnicas. Sin embargo, es necesario destacar un dato importante y es que a pesar de que todos conocían sobre las técnicas de reproducción asistida, no todos los entrevistados conocían el número de conflictos judicializados derivados del uso de estas técnicas en El Salvador y algunos de los que afirmaron conocerlo no conocían todos los detalles con exactitud en torno a la forma en la que se dirimió ese conflicto.

No obstante, quienes afirmaron conocer el conflicto suscitado coincidieron en que las valoraciones efectuadas para solventarlo fueron de índole doctrinal y retomando disposiciones de convenciones e instrumentos jurídicos internacionales con enfoque en derechos humanos, ampliando la regulación expresa del Código de Familia con respecto a la filiación.

Al analizar y reflexionar las opiniones de las personas participante en contraste con las variables, las teorías retomadas y demás hallazgos obtenidos de la revisión de información documental y jurisprudencial, se ha podido corroborar que, a pesar de que no existen registros de otro conflicto jurídico surgido por el uso de las técnicas de reproducción asistida, la interpretación que se realiza actualmente con respecto a las clases de filiación es la que se obtiene de la lectura del artículo 134 el cual expresa que la filiación puede ser por consanguinidad o por adopción.

Sin embargo, con base a uno de los deberes del juzgador de resolver los asuntos sometidos a su decisión no obstante oscuridad, insuficiencia o vacío legal, la interpretación que se le daría a la normativa vigente, es la que se logra advertir de la lectura de la sentencia de casación con referencia 1055 Ca. Fam. S. S. la cual indica que el artículo pre citado "no dice que las únicas fuentes de filiación sean la consanguinidad y la adopción; este precepto señala en forma amplia que la filiación

puede ser por consanguinidad o por adopción y no excluye otra forma de establecerla...". Sobre la base de esta interpretación, se sostiene que la mera voluntad procreacional es fuente de filiación.⁸⁸

En este sentido, se puede visualizar que la interpretación que se realiza de la normativa resulta coincidente con las teorías propuestas en la presente investigación, sobre todo las teorías de la intención, la voluntad procreacional y la responsabilidad procreacional; ya que en todas estas teorías la voluntad procreacional es la que determina la filiación. Estas teorías dependen unas de otras, ya que primero existe una decisión de querer ser padres y formar una familia, esto es decidir procrear y cuando; posterior a esta decisión entra la teoría de la voluntad procreacional, en la cual existe el deseo y la voluntad de ser padres genéticos haciendo uso de alguna de estas técnicas y por ultimo al momento de concluir de manera satisfactoria la gestación se produce como consecuencia la teoría de la responsabilidad procreacional, por medio de la cual se reconoce voluntariamente al hijo o hija nacido generando una serie de derechos y obligaciones.

De igual manera, se evidencia la necesidad de legislar ambas figuras dentro de la legislación salvadoreña, ya que la voluntad procreacional genera una serie de consecuencias jurídicas familiares al haber concluido con éxito el uso de alguna técnica de reproducción asistida. Lo que configura una incertidumbre para la población que quieren concretar su proyecto familiar por medio del uso de alguna técnica de reproducción asistida, pero que carecen de información acerca de estos procedimientos y legislación que los regule, así como a los especialistas que los practican, los establecimientos donde se efectúan y las consecuencias legales derivadas del uso de estas, generando incertidumbre jurídica.

La incertidumbre jurídica a la que se hace relación se verifica del análisis de las respuestas dadas por las personas entrevistadas, sobre todo la respuesta de la juzgadora de familia 1 de Soyapango, quien expresa que: *"Si bien es cierto existe el*

⁸⁸ Sala de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia, Recurso de Casación, Referencia: 1055 Ca. Fam. S. S., del 22 de septiembre del 2003

antecedente de la forma en que se resolvió ese caso, pienso que para evitar problemas a futuros es necesario que se regule esa situación, pese a la existencia de congresos con respecto a las técnicas de reproducción humana y bioética. Es necesario ampliar o verificar la normativa ya que, aunque el juzgador podría resolver un caso con base a ese antecedente, lo ideal es que el país tenga esa normativa". Ver anexo 5.

4.3. Análisis de la viabilidad legal de regular la voluntad procreacional como una clase de filiación.

En este apartado, se reflexiona sobre la viabilidad de regular la voluntad procreacional como una clase de filiación, así como aquellos desafíos a los que se enfrenta el Estado de El Salvador para legislar sobre las técnicas de reproducción asistida y la voluntad procreacional con la finalidad de generar una garantía de los derechos a la salud reproductiva y a constituir una familia.

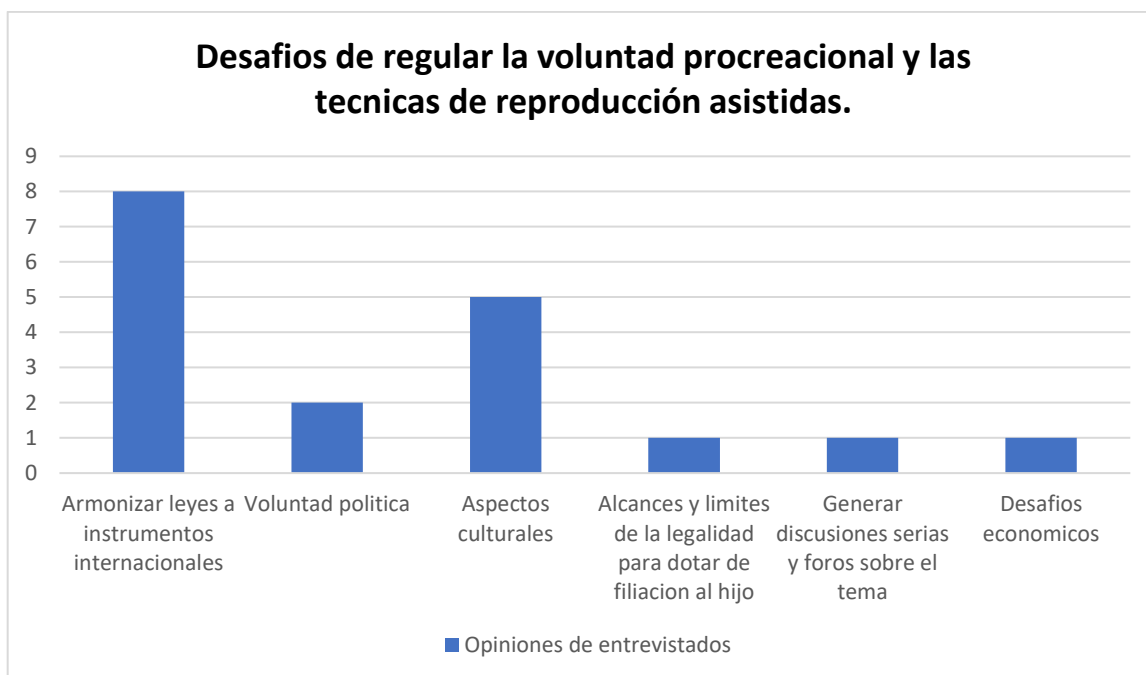
La totalidad de personas entrevistadas son de la opinión que las técnicas de reproducción asistida y la voluntad procreacional deberían ser reguladas legalmente, ya que hasta la fecha no han recibido la debida atención por parte del Estado salvadoreño, ignorando una realidad y una problemática que aqueja a cierto sector de la población, ya que en la actualidad hay personas que están haciendo usos de estos avances científicos para procrear descendencia aun y cuando no existe una seguridad y certeza jurídica para estas personas, provocando un desfase de la normativa con respecto a la realidad social.

Existe unanimidad de los entrevistados con respecto a que los desafíos legales de regular tanto las técnicas de reproducción humana y la voluntad procreacional como una clase de filiación, consisten en armonizar la legislación secundaria interna a los instrumentos internacionales garantes de derechos humanos. Asimismo, una de los participantes agregó como dificultad los alcances y límites de la legalidad a los que se habría de someterse los procesos para dotar de filiación al hijo nacido producto de estas técnicas y algunos introdujeron como desafío el tema cultural.

Sin embargo, es menester aclarar que la opinión de los entrevistados la cual se ha expuesto en el párrafo anterior a este, no es compatible con las teorías y enfoques

de la presente investigación, debido a que no es necesario armonizar las leyes secundarias a los instrumentos internacionales, ya que estos instrumentos al ser ratificados por el Estado salvadoreño se convierten en ley de la República y por ende son de obligatorio cumplimiento; no obstante, en ninguno de los instrumentos internacionales ratificados se expresa de forma específica lo relativo a la voluntad procreacional como clase de filiación derivada de la aplicación de una técnica de reproducción asistida; sino más bien son normas de carácter universal enfocadas en derechos humanos, estos últimos son la base para realizar una interpretación amplia sobre el tema investigado.

Por otro lado, la mayoría de los entrevistados expresaron de forma unánime que el aspecto cultura configuraba uno de los desafíos a superar al momento de legislar sobre las técnicas de reproducción asistida y la voluntad procreacional, sin embargo, el tipo de investigación que se realizó al ser jurídico doctrinaria y al enfocarnos en los desafíos legales, es necesario que la discusión de resultados gire en torno a estos tipos de desafíos.



Sin duda los desafíos legales están relacionados en superar ciertas barreras nacionales, así como visibilizar de forma expresa una serie de derechos humanos relacionados al uso de las técnicas de reproducción asistida, el derecho a formar una familia y el derecho a la salud reproductiva como concreción de un proyecto familiar para las personas que hacen uso de las técnicas de reproducción asistida.

No obstante, diferimos con respecto a la delimitación y alcance de la legalidad en torno a las consecuencias de establecer la voluntad procreacional como una de las formas de filiación expuesto por una de las personas entrevistadas, ya que las consecuencias jurídicas producidas por el reconocimiento de paternidad o maternidad en torno a la voluntad procreacional no debería ser considerado como un óbice para la regulación de esta, al contrario en lugar de ser concebido como desafío, debería ser considerado como parte del ejercicio legislativo el adecuar las demás leyes (en materia penal, civil y registral) a la nueva normativa que regulará las técnicas de reproducción asistida y la reforma al Código de Familia con respecto a la voluntad procreacional.

Los entrevistados coincidieron en que los derechos a la salud reproductiva y a constituir una familia se encuentran regulados en la Constitución de la República de El Salvador, aunque no de forma expresa, pero sí de forma implícita y son desarrollados en diversa normativa secundaria nacional, a pesar de ello concuerdan en que no existe difusión, sobre todo del derecho a la salud reproductiva y todo lo que este engloba.

Efectivamente en El Salvador no existe difusión adecuada con respecto al derecho a la salud reproductiva, lo cual impide que la población en general conozca este derecho, lo que comprende y como ejercerlo, no obstante, encontrarse regulado en diversa normativa secundaria, políticas públicas y planes operativos.

Por otro lado, aun y cuando la Constitución de El Salvador regula el derecho a constituir familia y el Código de Familia lo desarrolla, se advierte que este derecho debe ser garantizado a toda la población del territorio salvadoreño en general, sin embargo, el vacío legal actual está generando una discriminación para las personas que hacen uso de las técnicas de reproducción asistida lo cual está íntimamente con el derecho de estas personas a su salud reproductiva, concretamente a cómo y cuándo

reproducirse; lo anterior implica el uso de estas técnicas como mecanismo para estas personas de procrear y constituir su propia familia sin acudir a la adopción. Por tanto, existe una desigualdad para constituir una familia para este sector de la población ya que la adopción no es una opción debido a que es una elección que les corresponde a las personas y no como una “imposición” estatal o “única opción” al no poder o no querer procrear de forma natural.

En ese sentido, del análisis doctrinal y jurisprudencial realizado así como de las entrevistas realizadas se logra advertir que legislar sobre técnicas de reproducción asistida y por consiguiente de la voluntad procreacional genera una garantía de los derechos humanos a la salud reproductiva y a constituir una familia, tal como es retomado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Artavia Murillo contra Costa Rica, argumentando que estos derechos son de carácter universal y que están íntimamente relacionados con los derechos humanos a la libertad personal, integridad personal, la autodeterminación, vida privada y familiar con lo cual es concordante con la teoría de derechos humanos y el enfoque de igualdad como principio general del derecho planteados en la presente investigación, este último enfoque en tanto todas las personas son iguales ante la ley y deben poder tener la libertad de decidir como procrear hijos y si hacen o no uso de estas técnicas.

Todos los participantes expresaron su opinión técnica jurídica al estar involucrados directamente con el aparataje de justicia, consideran que el sistema jurídico salvadoreño si se encuentra listo para legislar sobre las técnicas de reproducción asistida y voluntad procreacional, sin embargo, proponen se realicen los estudios bioéticos, biomédicos y biogenéticos necesarios previo a regularlos legalmente.

Asimismo, la juzgadora de familia uno de Soyapango aclaro que su opinión es que *“independientemente el sistema jurídico salvadoreño se encuentre o no listo, está claro que es una situación problemática que necesita de legislación propia, y que a su parecer no es necesario esperar a que el sistema jurídico esté listo, prueba de ello es que las legislaciones entran en vigencia aunque no se encuentre preparado el aparataje estatal para operarlas, menciona como claros ejemplos cuando se creó y*

entro en vigencia el Código de Familia, la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia y la Ley Especial de Adopción”, expresando que “al momento de la entrada en vigencia de esas leyes no se encontraba listo el sistema jurídico y eso no impidió su aplicación hasta la fecha”. Ver anexo 5.

Existe unanimidad de los participantes con respecto a que es viable constitucionalmente regular las técnicas de reproducción asistida y la voluntad procreacional como tercera forma de filiación y que esta legislación garantiza los derechos a la salud reproductiva y a constituir una familia para las personas que hacen uso de las técnicas de reproducción asistida.

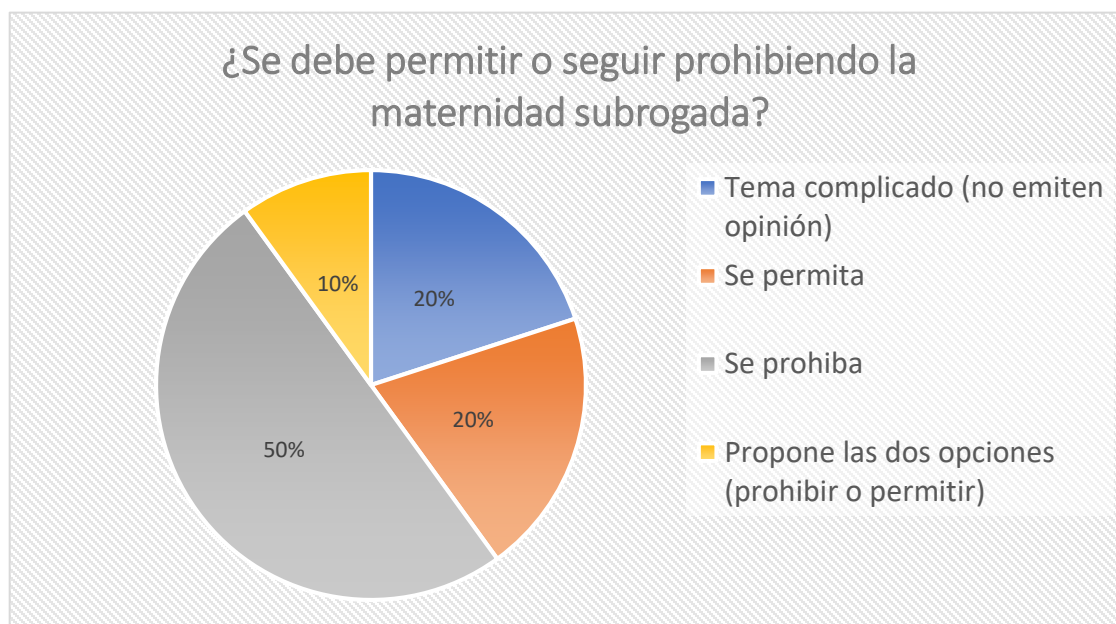
La Constitución Salvadoreña y la jurisprudencia constitucional no entran en pugna con respecto a las técnicas de reproducción asistida ni a establecer una nueva forma de filiación aparte de las ya reguladas, sino todo lo contrario permite que sea viable la regulación de las mismas a través de leyes especiales que amplíen estos derechos. Asimismo, al regularse se estaría cumpliendo con las teorías propuestas en el capítulo dos de la presente investigación las cuales no generan conflicto alguno con la normativa constitucional, sino todo lo contrario se estaría a garantizando de mejor manera los derechos familiares de la población con problemas de fertilidad.

En razón de todo lo antes expuesto se considera que se han cumplido los objetivos propuestos en la presente investigación ya que en diversos ítems de la entrevista los cuales se desarrollaron supra, en conjunto con la opinión de que el sistema jurídico salvadoreño se encuentra listo para legislar la voluntad procreacional como tercera forma de filiación y las técnicas de reproducción asistida, se advierte que existe factibilidad legal para legislar al respecto, siempre y cuando se demuestre un interés por avanzar en el tema y de adecuar la normativa a los avances científicos y tecnológicos, coadyuvándose de otras disciplinas como la bioética, la genética y la medicina, teniendo como resultado una respuesta positiva y que además el hecho de regular estos dos temas en la legislación salvadoreña se traduce en una rotunda garantía de los derechos reproductivos y a constituir una familia.

4.4. Prohibición expresa de la maternidad subrogada en la legislación penal salvadoreña.

Especial atención merece el precepto legal establecido en el Código Penal en su artículo 198 debido a que en este se establece una conducta típica, antijurídica y culpable, el cual hace referencia a la gestación subrogada o gestación por sustitución conocida popularmente como “maternidad subrogada” o “vientre de alquiler” en la cual media un contrato existe una remuneración de por medio para gestar a un ser humano que posteriormente será apartado de su madre biológica para ser entregado a terceras personas, con lo cual en la actualidad claramente se encuentra prohibida esta práctica en El Salvador.

En ese sentido al interrogar a todos los entrevistados ¿Qué opinión le genera la conducta descrita en el artículo 198 del Código Penal donde existe una prohibición expresa de la maternidad subrogada? A lo cual no se evidencia unanimidad con respecto al tema, debido a que algunos prefieren no emitir una opinión debido a que el tema les parece complicado de analizar, otro se limita a proponer las dos alternativas siendo no concluyente su respuesta, otro número de entrevistados está a favor de que se permita, mientras que otros entrevistados expresan que debe seguirse prohibiendo, siendo útil ilustrar lo anterior por medio de la siguiente gráfica.



De lo anterior se advierte que la mitad de los entrevistados es de la opinión que debe seguir prohibida la maternidad subrogada; mientras que solo dos entrevistados están a favor de que se permita y se regule en la ley especial que se crearía, suprimiendo el artículo 198 del Código Penal o en su defecto que se modifique y adecue a los supuestos de la técnica. El Coordinador Local de la Unidad de Defensa de la Familia de la Procuraduría General de la República expuso que: *“Cuando se crea leyes penales colateral a la legislación penal conlleva una serie de inconvenientes donde no está armonizada la ley especial con la ley penal, generando controversias de aplicación porque no compaginan los principios dogmáticos jurídicos, soy de la opinión que se debería incorporar la maternidad subrogada como técnica y adecuar el tipo penal o eliminarlo”*. Ver anexo 7.

Los presupuestos de procedencia para la maternidad subrogada serían consecuencia de los diversos estudios socio jurídicos y culturales que se realizarían previo a la aprobación de ley. De la investigación documental realizada se advierte que en las legislaciones donde si es permitida esta técnica se establecen los presupuestos siguientes:

LEGISLACIONES	PRESUPUESTOS
Queensland (Australia), Canadá y Sudáfrica	Se permite sólo cuando la mujer no recibe compensación económica por la gestación.
Florida (Estados Unidos)	la pareja que desea tener un hijo o hija debe estar legalmente casada, y de que ésta y la sustituta gestacional tengan más de 18 años. Además, se puede acordar pagar sólo los gastos de vida de la madre sustituta en el periodo prenatal, intra y postparto.
Tabasco y Sinaloa (México)	Se permite cuando la madre pactante padece imposibilidad física o contraindicación médica para llevar a cabo la gestación en su útero.

Uruguay

Sólo lo permite en la medida que exista un impedimento médico de la madre para gestar un niño o niña, propio, por enfermedades genéticas o adquiridas y solo se puede acordar con un familiar suyo de segundo grado de consanguinidad, o de su pareja.

A partir del análisis realizado de las entrevistas, la doctrina y jurisprudencia consideramos que se debería permitir la maternidad subrogada estableciendo los supuestos de procedencia de esta técnica, con la finalidad de evitar que personas sin escrúpulos se lucren utilizando indebidamente esta técnica y que la madre gestante pretenda eludir por cualquier circunstancia la responsabilidad parental con respecto al hijo que lleve en su vientre.

4.5. Análisis Jurisprudencial.

La jurisprudencia tiene como función principal integrar y completar el ordenamiento jurídico ya sea a de forma local o a nivel de derecho comparado internacional; doctrinariamente se le adjudica el carácter de fuente de derecho. En ese sentido, resultó relevante para la presente investigación que además de analizar la opinión de las personas entrevistadas, se realizará un análisis de ciertas resoluciones judiciales emitidas por diversos tribunales nacionales e internacionales que generaron un análisis amplio de los derechos que se convergen en la investigación, así como una serie de aportes en materia de técnicas de reproducción asistida y que deben ser trasladadas y valoradas en contraposición a la realidad jurídica salvadoreña en materia de filiación y reproducción asistida, lo cual a su vez permitirá determinar la concreción de los objetivos propuestos en la presente investigación.

Sentencia de casación, referencia: 1055 Ca. Fam. S. S.

En El Salvador actualmente solo existe un caso judicializado sobre un conflicto suscitado por el uso de una técnica de reproducción humana asistida, la técnica utilizada fue la de inseminación artificial en su modalidad heteróloga, es decir que fue una tercera persona quien aportó el material genético necesario para fecundar el óvulo.

En un principio la pareja de común acuerdo decidió optar por usar la técnica de indemnización artificial debido a que el hombre tenía problemas de fertilidad, no obstante, ambos deseaban formar una familia, por lo que ante la imposibilidad de hacerlo naturalmente acudieron a la ciencia; posteriormente la inseminación artificial resulta satisfactoria y como consecuencia procreando una niña a la cual reconoció voluntariamente el hombre (quien no aportó el material genético) es decir que no existía vínculo biológico alguno entre la niña y la persona que decidió reconocerla como hija.

Sin embargo, al paso de un tiempo la pareja decide separarse y la que en ese momento era la cónyuge del hombre que reconoció voluntariamente como hija a la niña procreada por medio de la técnica de reproducción asistida a sabiendas que no tenía un vínculo sanguíneo que demostrara la filiación entre él y la adolescente decide iniciar la acción judicial de impugnación de paternidad, misma que fue elevada hasta la Sala de lo Civil para conocer de la casación interpuesta.

El 22 de septiembre de 2003 la Sala de lo Civil pronuncia sentencia judicial que hasta la fecha sigue siendo considerada como “sentencia hito” en virtud de las valoraciones, análisis y elementos que aportó a la comunidad jurídica, esto con relación al uso de las técnicas de reproducción humana asistida.

En ese sentido es necesario identificar los elementos que esta sentencia aporta a la comunidad jurídica y a la población salvadoreña en general, entre los que se encuentran: a) la voluntad procreacional como tercera forma de filiación; b) la responsabilidad procreacional; c) la imposibilidad de impugnar por cualquiera de las personas que consintieron el uso de la técnica de reproducción humana asistida salvo que se comprobara que el hijo o hija no ha sido producto del uso de la técnica; d) la imposibilidad de que se establezca por ningún medio la filiación entre el donante y la persona nacida por la técnica de reproducción asistida; e) el uso de técnicas de reproducción humana asistida como fuente creadora de filiación civil.

Asimismo, como conclusiones a las que llegaron los magistrados en ese momento fueron: el supuesto de la tradicional "acción" de impugnación del reconocimiento voluntario de paternidad, contenida en el Art. 156 del Código de

Familia resulta insuficiente y por tanto, inaplicable para desplazar una filiación establecida mediante técnicas de reproducción humana asistida; advirtiendo que esta situación requerirá, un tratamiento ajeno al jurisdiccional y al cual, en el estado actual del derecho de familia en El Salvador, sólo se puede llegar a través de una integración analógica.

Sentencia Corte Interamericana de Derechos Humanos: caso Artavia Murillo versus Costa Rica.

En el caso Artavia Murillo versus Costa Rica se conoció acerca del uso de las técnicas de reproducción humana asistida, en específico de la fecundación in vitro, en el cual se advierte que la Comisión de los Derechos Humanos expresó que la decisión de tener hijos biológicos pertenece a la esfera más íntima de la vida privada y familiar, la forma como se construye dicha decisión es parte de la autonomía y de la identidad de una persona tanto en su dimensión individual como de pareja. Además, señaló que la vida en común y la posibilidad de procrear es parte del derecho a fundar una familia; considerando la utilización de la fecundación in vitro como medio para combatir la infertilidad, la cual también está estrechamente vinculada con el goce de los beneficios del progreso científico.⁸⁹

En concordancia con lo anterior, la Comisión consideró que prohibir la fecundación in vitro ocasionaba una vulneración de los artículos 11.2, 17.2 y 24 relacionados con el artículo 1.1 de la Convención Americana, argumentando que no debe existir invasiones o agresiones abusivas o arbitrarias por parte de terceros o de la autoridad pública en el ámbito de la privacidad; la interpretación que debe dársele al artículo 7 de la Convención Americana con respecto al concepto de libertad debe ser amplia, entiendo a la libertad como la capacidad de hacer y no hacer todo lo que esté lícitamente permitido, conforme a las propias opciones y convicciones de cada individuo.

⁸⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Artavia Murillo y otros (“fecundación in vitro”) vs. Costa Rica, de 28 de noviembre de 2012. Párr. 137.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos en sus consideraciones con respecto al caso *Artavia Murillo vs Costa Rica* realiza tres grandes aportes con respecto a el derecho a formar una familia, los derechos sexuales y reproductivos y el uso de las técnicas de reproducción humana asistida, todos bajo una correlación sinérgica de derechos.

En ese orden de ideas, la Corte considera que el derecho de formar o constituir una familia está relacionado estrechamente con la libertad personal, la integridad personal y la vida privada y familiar de las personas, así como con los derechos reproductivos de las personas ya que la decisión de ser o no madre o padre es parte del derecho a la vida privada e incluye, la decisión de ser madre o padre en el sentido genético o biológico; señalando que la posibilidad de procrear es parte del derecho a fundar una familia.

El derecho a la vida privada se relaciona con: a) la autonomía reproductiva a partir del derecho de la libertad personal y b) el acceso a servicios de salud reproductiva, lo cual involucra el derecho de acceder a la tecnología médica necesaria para ejercer ese derecho garantizando así el derecho a la integridad personal; mientras que la protección a la vida privada incluye el respeto de las decisiones tanto de convertirse en padre o madre, incluyendo la decisión de la pareja de convertirse en padres genéticos,⁹⁰ sin interferencia por parte de terceros o del poder público.

Asimismo, el derecho a la vida privada y la libertad reproductiva guarda relación con el derecho de acceder a la tecnología médica necesaria para ejercer ese derecho, es decir, el acceso a las técnicas de reproducción humana asistida. El derecho al goce de los beneficios del progreso científico ha sido reconocido internacionalmente en el artículo 15 b) del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y en el ámbito interamericano, se encuentra contemplado en el artículo XIII de la Declaración Americana y en el artículo 14.1 b) del Protocolo de San Salvador.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos retoma la definición de infertilidad que proporciona la Organización Mundial por la Salud, en torno a concebir

⁹⁰ *Ibíd.* Párr. 146.

a la infertilidad como una enfermedad del sistema reproductivo definida como la incapacidad de lograr un embarazo clínico después de 12 meses o más de relaciones sexuales no protegidas. En ese sentido la Corte considera que la infertilidad es una limitación funcional reconocida como una enfermedad y que en el caso Artavia Murillo las personas con infertilidad en Costa Rica, al enfrentarse con las barreras generadas por la decisión de la Sala Constitucional, debían considerarse protegidas por los derechos de las personas con discapacidad, que incluyen el derecho de acceder a las técnicas necesarias para resolver problemas de salud reproductiva. Dicha condición demanda una atención especial para que se desarrolle la autonomía reproductiva.⁹¹

En ese sentido es necesario considerar el artículo 25 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad del cual se desprende el derecho de las personas con discapacidad de acceder a las técnicas necesarias para resolver problemas de salud reproductiva, haciendo una clara y directa referencia a las técnicas de reproducción humana asistida, ya que en este instrumento jurídico internacional se tiene en cuenta el modelo social para abordar la discapacidad, lo cual implica que la discapacidad no se define exclusivamente por la presencia de una deficiencia física, mental, intelectual o sensorial, sino que se interrelaciona con las barreras o limitaciones que socialmente existen para que las personas puedan ejercer sus derechos de manera efectiva.⁹²

Como corolario de todo lo expuesto anteriormente, es necesario retomar la definición de la salud desde una dimensión amplia del derecho, constituyendo un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades, siendo los Estados los responsables de regular y fiscalizar la prestación de los servicios de salud para lograr una efectiva protección de los derechos a la vida y a la integridad personal,⁹³ comprendiendo el ámbito sexual y reproductivo.

⁹¹ *Ibíd.* Párr. 293.

⁹² *Ibíd.* Párr. 291.

⁹³ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Ximénez López vs. Brasil, Sentencia de 4 de julio de 2006. Serie C No. 149, párr. 99, y caso Albán Cornejo y otros. vs. Ecuador. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2007. Serie C No. 171, Párr. 121.

Por lo tanto, se advierte que la falta de salvaguardas legales para tomar en consideración la salud reproductiva puede resultar en un menoscabo grave del derecho a la autonomía y la libertad reproductiva, mismos que a su vez se desprenden del derecho de libertad personal. En la Declaración de la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer, los Estados se comprometieron a “garantizar la igualdad de acceso y la igualdad de trato de hombres y mujeres en la atención de salud y promover la salud sexual y reproductiva”.⁹⁴

Como reflexión final, la Corte considera que, a pesar de que no existen diversas regulaciones normativas específicas sobre la fecundación in vitro en la mayoría de los Estados de la región, éstos si permiten que esta técnica de reproducción humana asistida se practique dentro de sus territorios. Ello significa que, en el marco de la práctica de la mayoría de los Estados Parte en la Convención, se ha interpretado que la Convención permite la práctica de esta técnica.⁹⁵

Sentencia del Corte Europea de Derechos Humanos: caso Evans versus Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte.

La Corte Europea de Derechos Humanos, también conocido por Tribunal de Estrasburgo, fue constituido en el año 1959, es un tribunal internacional que se encarga de interpretar y garantizar la aplicación del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, más conocido como Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) y sus protocolos adicionales.

Con el transcurso del tiempo la Corte ha tenido que resolver diversos conflictos relacionados a las nuevas biotecnologías. En particular, en materia de reproducción asistida porque ha tenido que evaluar distintas normativas estatales a la luz de los artículos 8 y 14 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, que abordan los *derechos al respeto a la vida privada y familiar y la prohibición de discriminación respectivamente, que es gozar de los derechos y libertades reconocidas en el referido*

⁹⁴ Programa de Acción aprobado en la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo, Organización de las Naciones Unidas, El Cairo, 1994, párr. 7.2; ONU A/CONF.171/13/Rev.1 (1995).

⁹⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Artavia Murillo y otros (“fecundación in vitro”) vs. Costa Rica, de 28 de noviembre de 2012. Pág. 139

convenio sin distinción alguna, por razones de sexo, origen nacional o social, nacimiento, entre otros.

No obstante, que la decisión de la Corte Europea de Derechos Humanos fue que no existía violación del artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, debido a que desde un inicio se explicó lo relativo al consentimiento libre y que podía ser retirado en cualquier momento previo a la implantación; es importante advertir que los aportes de la Corte, en el sentido que desarrollan el tema de la paternidad y maternidad en el sentido genético, el uso de las técnicas de reproducción humana asistida posibilitan la concreción de un proyecto familiar garantizando el derecho a constituir una familia para las personas imposibilitadas de procrear hijos naturalmente por problemas de fertilidad.⁹⁶

⁹⁶ Corte Europea de Derechos Humanos, Caso Evans versus Reino Unido, de 10 de abril de 2007.

V. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.

5.1. CONCLUSIONES.

En virtud de los resultados obtenidos, a continuación, se exponen las conclusiones de la presente investigación con la finalidad de dar respuesta a la pregunta de investigación y al logro de los objetivos planteados.

1. La inexistencia de una legislación específica que regule todo lo concerniente a las técnicas de reproducción asistida, propicia una inseguridad jurídica para las personas que desean constituir una familia por medio del uso de estas técnicas, así como facilita la evasión de responsabilidad civil y penal por parte de los establecimientos que las practican en tanto estos causen un perjuicio derivado de la aplicación errónea o negligente de estas técnicas.
2. Se verifica por medio de las entrevistas realizadas, que el derecho a la salud reproductiva es poco reconocido en la comunidad jurídica con respecto a lo que comprende este derecho y la forma de ejercerlo como consecuencia de una carente difusión.
3. El uso de las técnicas de reproducción asistida garantiza el derecho a la salud reproductiva como medio para concretar un proyecto familiar y constituir una familia, en razón que las personas tienen la libertad de escoger como y cuando procrear descendencia y si hacen uso de los avances científicos y tecnológicos como parte del derecho humano a la autodeterminación.
4. La Constitución de El Salvador permite legislar sobre la voluntad procreacional como una clase de filiación y las técnicas de reproducción asistida, debido a que los artículos 1, 2, 3 y 32 lo vuelven factible legalmente generando una garantía de los derechos a la salud reproductiva y a constituir una familia.
5. Se verifica que las valoraciones que se han realizado para resolver un conflicto jurídico que surgiera por el uso de las técnicas de reproducción asistida son de índole doctrinario, retomando instrumentos internacionales con enfoque en derechos humanos ratificados por El Salvador, así como las teorías que retoman en la legislación de otros países donde si existe una legislación especial al respecto.

6. La jurisprudencia nacional ha logrado un avance jurídico, estableciendo que la redacción del artículo 134 del Código de Familia no excluye otra clase de filiación; sin embargo, lo anterior no representa una solución que garantice seguridad y certeza jurídica para los usuarios de estas técnicas y los niños o niñas procreados por medio de estas.
7. Es viable legalmente incluir la voluntad procreacional como una clase de filiación para las personas que hacen uso de las técnicas de reproducción asistida como manifestación del derecho a la salud reproductiva, en razón que la familia y la filiación son instituciones de orden público y de interés social, en ese sentido la Constitución de El Salvador reconoce igualdad de derecho de los hijos sin importar su origen y que la familia tendrá la protección del Estado.
8. Actualmente existe una necesidad de brindarle seguridad y certeza jurídica a la población que hacen uso de las técnicas de reproducción asistida, regulándolas junto con la voluntad procreacional en la legislación salvadoreña garantizando los derechos a la salud reproductiva y a constituir una familia, evitando brindar una solución por analogía.
9. En El Salvador no existe un sistema de recopilación de datos estadísticos que reflejen el número de personas que acuden a los establecimientos de salud para hacer uso de las técnicas de reproducción asistida, lo cual representó un obstáculo para el desarrollo de la presente investigación.

5.2. RECOMENDACIONES.

Del conocimiento obtenido en el presente trabajo de investigación, se realizan las siguientes recomendaciones, de acuerdo con los resultados obtenidos y a las conclusiones a las que se ha llegado.

1. A las Comisiones de Salud y de la Familia, Niñez, Adolescencia, Adulto Mayor y Personas con Discapacidad, que previo a la creación de la ley especial, se fomente un espacio de discusión multidisciplinaria en la que converjan la opinión técnica de especialistas en las ciencias jurídicas, bioética, medicina y genética con la finalidad de generar aproximaciones en torno a los factores circunstanciales, ventajas, desventajas y las implicaciones con respecto a legislar sobre las técnicas de reproducción asistida en El Salvador.
2. A la Asamblea Legislativa, siendo el ente encargado de la creación y reforma de las leyes, se recomienda la creación de una ley especial donde se regule todo lo concerniente a la aplicación y uso de las técnicas de reproducción asistida, con la finalidad de ofrecer certeza y seguridad jurídica a las personas con problemas de fertilidad que hacen uso de estas técnicas, garantizando plenamente a este sector de la población los derechos a la salud reproductiva y a formar una familia.
3. A la Asamblea Legislativa, de igual forma se recomienda que se reforme el Código de Familia con respecto a las clases de filiación, adicionando al artículo 134 la voluntad procreacional, la referida reforma se presenta por medio de una petición de reforma de ley.

Propuesta de reforma del artículo 134 del Código de Familia.	
Redacción Actual.	Propuesta de reforma.
Art. 134.- La filiación puede ser por consanguinidad o por adopción.	Art. 134.- “La filiación puede ser por consanguinidad, por adopción o por la voluntad procreacional de quienes consintieran hacer uso de alguna de las técnicas de reproducción asistida”.

4. A la Asamblea Legislativa, se recomienda reformar el Código de Salud adicionando un precepto legal en el cual se establezca que las clínicas, hospitales o establecimientos de salud que practiquen técnicas de reproducción asistida deberán ser supervisadas por la Junta de Vigilancia de la Profesión Médica y el Consejo Superior de Salud Pública.

Propuesta de reforma al Código de Salud en cuanto a la adición de atribuciones para el Consejo Superior de Salud Pública y la Junta de Vigilancia de la Profesión Médica.	
<p>Art. 14.- Son atribuciones del Consejo:</p> <p>y) Supervisar las clínicas, hospitales o establecimientos de salud que practiquen técnicas de reproducción asistida.</p>	<p>Art. 17. Son atribuciones de las Juntas</p> <p>m) Vigilar la adecuada aplicación de las técnicas de reproducción asistida por parte de los profesionales especialistas.</p>

5. A la Asamblea Legislativa, se recomienda reformar el Código Penal, con respecto al artículo 198 relativo a la alteración de la filiación, adecuando la conducta descrita a los presupuestos de procedencia de la maternidad subrogada que se establecería en la ley especial en materia de técnicas de reproducción asistida.

Propuesta de reforma al Código Penal en cuanto a reformar el inciso 1 del artículo 198 “Alteración de filiación”
<p>Art. 198.- El que entregare un hijo o descendiente a otra persona, mediante compensación económica, para establecer una relación análoga a la de la filiación incumpliendo los requisitos legales del cuidado personal, la adopción o del uso de las técnicas de reproducción asistida establecido en las leyes especiales será castigado con prisión de uno a tres años e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de autoridad parental por el mismo período.</p>

6. Al Órgano Ejecutivo a través del ramo correspondiente, implementar programas y actividades de promoción, difusión y formación dirigidas a la sociedad por medio de las cuales se dé a conocer en que consiste el derecho a la salud reproductiva y como hacer efectivo este derecho.
7. Al Ministerio de Salud, crear un sistema de recopilación de datos estadísticos que reflejen el número de personas que acuden a los establecimientos de salud para hacer uso de las técnicas de reproducción asistida con la finalidad de visibilizar a este grupo poblacional, respetando la voluntad de estas personas de mantener o no, en anonimato sus datos de identificación.
8. Al Ministerio de Salud, que posterior a la creación de la legislación especial en materia de técnicas de reproducción asistida, se cree programas encaminados a la divulgación y promoción del uso de las técnicas de reproducción asistida, la forma de acceder a estas, los procedimientos que se realizan y los profesionales especializados encargados de practicarlas.
9. Al Órgano Ejecutivo y Legislativo, que posterior a la creación de la ley especial con respecto a las técnicas de reproducción asistida, el Estado salvadoreño cree y garantice la asignación presupuestaria para la adecuación del sistema jurídico, los protocolos institucionales a seguir y el sistema de salud pública con la finalidad de garantizar los derechos a la salud reproductiva de las personas que hagan uso de estos procedimientos para lograr el efectivo ejercicio del derecho a constituir una familia.

FUENTES DE INFORMACIÓN CONSULTADAS.

Libros.

Hernández Sampieri, Roberto, Metodología de la investigación. México, McGraw-Hill/Interamericana Editores, S.A. de C.V., sexta edición, 2014.

Jiménez Muñoz, Francisco Javier. *La reproducción asistida y su régimen jurídico*. Madrid, España: Editorial Reus, S.A. 2012.

Krisna, Adriana Noemi. *Filiación: Determinación de la maternidad y paternidad*. 1ª edición. Buenos Aires, 2005.

Montero Duhalt, Sara. *Derecho de familia*. México: Editorial Porrúa, 1984.

Sociedad Española de Fertilidad. «Saber más sobre fertilidad y reproducción asistida». Madrid, 2012.

Somarriva Undurraga, Manuel. *Derecho de familia*. Santiago, Chile: Editorial Nascimento, 1946.

Revistas.

Aizenberg, Marisa S. «El tratamiento legal y jurisprudencial de las técnicas de reproducción humana asistida en Argentina». *Revista de Derecho Privado* n.º1. (2012).

Cabanillas Sánchez, Antonio. «Derecho a la constitución de la familia y a su protección» *Revista Electrónica Iberoamericana* (2019): 1-39. Acceso 29 de marzo de 2022. <http://www.urjc.es/ceib>.

Cruz-Coke, Ricardo. «Fundamentos genéticos del comienzo de la vida humana» *Revista Médica de Chile* (1980).

Didier, María Marta. «el principio de igualdad en las normas jurídicas» *Revista de fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos* (2011).

Gómez de la Torre, Maricruz y Abeledo Perrot Thomson Reuters, «Técnicas de Reproducción humana asistida, desafíos del siglo XXI: una mirada transdisciplinaria» *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte*, n.º 1 (2013).
<http://revistaius.com/index.php/ius/article/view/300/296>.

Krasnow, Adriana Noemí. «La filiación por técnicas de reproducción humana asistida en el Código Civil y Comercial argentino. Un avance que permite armonizar la norma con la realidad» *Revista de Derecho Privado*, n.º 32, (2017).

Mendoza Cárdenas, Héctor Augusto. «la voluntad procreacional: un caso de inseminación artificial casera atípico» *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid*. (2017).

Oliva Gómez, Eduardo y Vera Judith Villa Guardiola. «Hacia un concepto interdisciplinario de la familia en la globalización» *Revista Justicia Juris* (2014): 11-20.
doi.org/10.15665/rj.v10i1.295.

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

Tesis.

Argüello, Mónica. «La trascendencia teórica de la anomia en el contexto del derecho administrativo colombiano» Tesis de maestría. Universidad Militar Nueva Granada, 2019.
<https://repository.unimilitar.edu.co/bitstream/handle/10654/32697/MONICA%20ANDREA%20ARGUELLO%20LAMUS%202019.docx.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

Celiz, Nadia Romina. «Proyecciones Jurídicas de la Voluntad Procreacional en el Código Civil y Comercial de la Nación». Proyecto de investigación aplicada. Argentina, 2016.

Cubillos, Juan Manuel. «Técnicas de reproducción asistida status jurídico del embrión humano». Trabajo de investigación. Argentina, 2013.

García Hernández, María Dolores, Cynthia A. Martínez Garrido, Naiara Martín y Lorena Sánchez Gómez. «La entrevista, metodología de investigación avanzada». Tesis de Maestría. Universidad Centroamericana José Simeón Cañas.

http://www2.uca.edu.sv/mcp/media/archivo/f53e86_entrevistapdfcopy.pdf

Leyes.

Código de Familia. Asamblea Legislativa de El Salvador. Diario Oficial número 231 tomo 321.13 de diciembre de 1993.

Constitución de la República de El Salvador. Asamblea Legislativa de El Salvador. Diario Oficial número 234 Tomo N.º 281. 16 de diciembre de 1983.

Convención Americana sobre Derechos Humanos, Corte Interamericana de Derechos Humanos. 22 de noviembre de 1969.

Decreto ejecutivo No. 9 Tarifas de salario mínimo para las personas trabajadoras del sector agropecuario, pesca, recolección de caña de azúcar, recolección de cosecha de café y otras actividades agrícolas, así como las personas trabajadoras a domicilio que laboren en estos rubros. Órgano Ejecutivo. Diario oficial número 129, tomo No 432. 7 de julio de 2021.

Decreto ejecutivo No.10 Tarifas de salario mínimo para las personas que trabajen en los rubros del comercio, servicios, industria, maquila textil y confección, ingenios azucareros, beneficios de café y otras actividades de agroindustria, así como las personas trabajadoras a domicilio que laboren en estos rubros. Órgano Ejecutivo. Diario oficial número 129, tomo No 432. 7 de julio de 2021.

Observación General 14 el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. 25 de abril al 12 de mayo de 2000.

Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Asamblea General de las Naciones Unidas. Nueva York, Estados Unidos de América, 1966.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Asamblea General de las Naciones Unidas. Nueva York, Estados Unidos de América, 1966.

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. San Salvador, El Salvador, 1988.

Jurisprudencia.

Corte Europea de Derechos Humanos. Sentencia Caso Evans versus Reino Unido. 10 de abril de 2007.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Albán Cornejo y otros. vs. Ecuador. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2007.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Ximénez López vs. Brasil, sentencia de 4 de julio de 2006.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia Caso Artavia Murillo y otros “fecundación in vitro” vs. Costa Rica. 28 de noviembre de 2012.

Sala de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia. Recurso de Casación, Referencia: 1055 Ca. Fam. S. S. 22 de septiembre del 2003.

Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia de Amparo, Referencia: 264-2010. 20 de diciembre del 2013.

Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia de Amparo, Referencia: 623-2015. 22 de junio del 2017.

Sitios web.

Bioética web «Regulación de la Reproducción Asistida en el ámbito europeo». Acceso el 12 de marzo de 2022. <https://www.bioeticaweb.com/regulacion-de-la-reproduccion-asistida-en-el-ambito-europeo/>.

Centro de Fertilización in Vitro BONIFER. Acceso el 11 de marzo de 2022. <https://centroginecologico.com.sv/centro-de-fertilizacion-in-vitro-bonifer/>.

Datosmacro.com «El Salvador: economía y demografía». Acceso el 12 de marzo de 2022.

Enciclopedia de bioderecho y bioética. «Reproducción asistida». Acceso el 12 de marzo de 2022. <https://enciclopedia-bioderecho.com/voces/278>.

Fondo de Población de las Naciones Unidas. «Salud sexual y reproductiva». Actualizado 2016.

<https://datosmacro.expansion.com/paises/elsalvador#:~:text=El%20Salvador%2C%20con%20una%20poblaci%C3%B3n,308%20habitantes%20por%20Km2>.
<https://www.unfpa.org/es/salud-sexual-y-reproductiva#readmore-expand>.

Murcia, H. «In vitro: una mercancía que casi nadie puede comprar en El Salvador (Parte II)». Vanguardia El Salvador. Acceso 11 de marzo de 2022. <https://vanguardiasv.net/invitro-elsalvador/2019/>.

Organización de la Naciones Unidas. «Declaración Universal de Derechos Humanos». Acceso el 31 de marzo de 2022. <https://www.un.org/es/about-us/universal-declaration-of-human-rights>

Organización de la Naciones Unidas. Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer. Acceso el 02 de abril de 2022. <https://mexico.unwomen.org/es/digiteca/publicaciones/2011/12/cedaw>

Organización Mundial de la Salud. «Esterilidad». 14 de septiembre de 2020. <http://who.int/es/news-room/fact-sheets/detail/infertility>.

Real Academia Española. Diccionario de la lengua española, 23.^a ed. versión 23.5 en línea. Acceso 29 de marzo de 2022. <https://dle.rae.es>.

REPROMEDIC Centro de Fertilidad. Acceso el 11 de marzo de 2022- <https://centrorepromedic.com/nosotros/>.

Salvioli, Fabian Omar. «el aporte de la Declaración Americana de 1948, para la protección internacional de los derechos humanos». biblioteca jurídica virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2017. Acceso 02 de abril de 2022. <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/5/2454/45.pdf>

Informes/Reportes.

Guzmán, José Miguel. «el derecho a la integridad personal» Primer Congreso Nacional de Derechos Humanos. Santiago de Chile, 7 al 10 de diciembre de 2007.

Ministerio de Economía. Gobierno de la República de El Salvador y Dirección General de Estadísticas y Censos. «Encuesta de Hogares de Propósitos Múltiples». Año 2011.

Ministerio de Economía. Gobierno de la República de El Salvador y Dirección General de Estadísticas y Censos. «Encuesta de Hogares de Propósitos Múltiples». Año 2020.

Organización de las Naciones Unidas. «Informe de la cuarta conferencia mundial sobre la mujer» Beijing, 4 al 15 de septiembre de 1995.

Organización Panamericana de la Salud y Organización Mundial de la Salud. «Bioética: hacia la integración de la ética en el ámbito de la salud». 28.a Conferencia sanitaria panamericana 64.a sesión del comité regional, 20 de septiembre del 2012.

Programa de Acción aprobado en la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo. Organización de las Naciones Unidas. El Cairo, 5 a 13 de septiembre de 1994.

Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo. «Informe sobre Desarrollo Humano 2020, La próxima frontera: desarrollo humano y el Antropoceno». Año 2020.

ANEXOS.

Anexo 1: Nómina de personas entrevistadas.

Se realizaron 10 entrevistas al funcionariado de la Cámara de Niñez y Adolescencia de San Salvador, del Juzgado de Familia de Soyapango, de la Procuraduría General de la República y abogados en el libre ejercicio.

No.	Código de persona entrevistada.	Cargo.	Categoría de entrevistada/o.
EL SALVADOR.			
1.	MCNA	Magistrada de Cámara de Niñez y Adolescencia.	Funcionariado.
2.	JFS1	Jueza de Familia de Soyapango 1.	Funcionariado.
3.	JFS2	Jueza de Familia de Soyapango 2.	Funcionariado.
4.	PASS	Procuradora Auxiliar de San Salvador, Procuraduría General de la República.	Profesional Jurídico.
5.	PAS	Procurador Auxiliar de Soyapango, Procuraduría General de la República.	Profesional Jurídico.
6.	CUDFS	Coordinador Local de la Unidad de Defensa de Familia de Soyapango, Procuraduría General de la República.	Profesional Jurídico.
7.	DPF1	Defensor Publico de Familia 1 de la Unidad de Defensa de Familia de Soyapango, Procuraduría General de la República.	Profesional Jurídico.
8.	DPF2	Defensor Publico de Familia 2 la Unidad de Defensa de Familia de Soyapango, Procuraduría General de la República.	Profesional Jurídico.
9.	ALE1	Abogado en el libre ejercicio 1.	Profesional Jurídico.
10.	ALE2	Abogado en el libre ejercicio 2.	Profesional Jurídico.

Anexo 2: Formato de entrevista.



En el marco de la investigación denominada “**la regulación de la voluntad procreacional y las técnicas de reproducción humana asistida como garantía de los derechos a la salud reproductiva y a formar una familia en la legislación salvadoreña**” elaborada por los licenciados Christopher Edgardo Alvarenga Coto y Kathya Yanira Rodríguez Monge; y a raíz de su amplia experiencia en el derecho de familia, se ha requerido su participación en una entrevista orientada a analizar la factibilidad legal de regular la voluntad procreacional como una clase de filiación y las técnicas de reproducción asistida como mecanismo para garantizar los derechos a la salud reproductiva y a constituir una familia.

IDENTIFICACIÓN DEL FUNCIONARIO(A) ENTREVISTADO(A)

Institución en la que labora o laboró:

Cargo:

Años de experiencia:

PREGUNTAS DE INVESTIGACIÓN.

1. ¿Existe alguna ley que regule las técnicas de reproducción asistida en El Salvador?
2. ¿Cuáles son las clases de filiación según la normativa salvadoreña vigente?
3. ¿La voluntad procreacional se encuentra regulada en la legislación salvadoreña?
4. ¿Cuántos conflictos de filiación por el uso de técnicas de reproducción asistida conoce que se han judicializado?
5. ¿De qué forma se resolvió el conflicto jurídico de la filiación surgida por el uso de las técnicas?

6. ¿Qué normativa o que valoraciones de derecho se aplicó en los conflictos de filiación producto del uso de las técnicas de reproducción asistida?
7. ¿Como se ha interpretado la normativa salvadoreña vigente para la resolución de conflictos jurídicos con respecto a la filiación producto de las técnicas de reproducción asistida?
8. ¿Cuál es su opinión con respecto a regular las técnicas de reproducción asistida en la legislación salvadoreña?
9. ¿Cuál es su opinión con respecto a regular la voluntad procreacional como tercera forma de filiación?
10. ¿Considera que el sistema jurídico salvadoreño está listo para regular las técnicas de reproducción humana asistida y la voluntad procreacional como una clase de filiación?
11. ¿En su opinión considera que constitucionalmente viable regular las técnicas de reproducción asistida y la voluntad procreacional como tercera clase de filiación en El Salvador? ¿y por qué?
12. Según su opinión, ¿Cuáles son los desafíos legales de regular la voluntad procreacional como tercera forma de filiación?
13. ¿Conoce en que consiste el derecho a la salud reproductiva?
14. ¿Dónde se encuentra regulado el derecho a la salud reproductiva en la normativa salvadoreña?
15. ¿Cuáles son las circunstancias legales que giran en torno a la situación actual con respecto al derecho a la salud reproductiva?
16. ¿Dónde se encuentra regulado el derecho a formar una familia?
17. ¿Cuáles son las circunstancias legales que giran en torno a la situación actual con respecto al derecho a formar una familia?
18. ¿Considera que al regular las técnicas de reproducción humana asistida se garantizarán los derechos a la salud reproductiva y a formar una familia?

19. ¿Qué opinión le genera las conductas descritas en el artículo 196 del código penal (suplantación y la alteración de estado familiar) con respecto a que es una conducta consecuente al uso de las técnicas de reproducción asistida? ¿de crearse una ley con respecto a las TRHA y la voluntad procreacional, debe eliminarse el delito o hacer excepciones?

20. ¿Qué opinión le genera la conducta descrita en el artículo 198 del código penal donde existe una prohibición expresa de la maternidad subrogada, siendo esta una de las TRHA ¿de crearse una ley con respecto a las TRHA debe eliminarse el delito o seguirse prohibiendo esa técnica en particular más no las demás?

Anexo 3: Modelo de carta de invitación a entrevista.



San Salvador, 24 de mayo del año 2022.

Nombre:

Cargo:

Institución:

Presente.

Estimad(o/a):

Reciba un cordial saludo, deseándole éxitos en sus actividades laborales. Por medio de la presente, hacemos de su conocimiento que nos encontramos en el proceso de elaboración del trabajo de investigación académica de la maestría de derecho de familia de la Universidad Evangélica de El Salvador con el título: “la regulación de la voluntad procreacional y las técnicas de reproducción humana asistida como garantía de los derechos a la salud reproductiva y a formar una familia en la legislación salvadoreña.”

En este marco y dada su experticia y amplio conocimiento en el conocimiento de derecho de Familia le solicitamos de la manera más atenta una entrevista para conocer su opinión sobre la voluntad procreacional y las técnicas de reproducción humana asistida.

Las personas investigadoras proponen como fecha de entrevista entre el día veintitrés de mayo hasta el día veintisiete de mayo del presente año, con un tiempo aproximado de una hora, en el lugar y horario que nos indique. La confirmación podrá ser a los teléfonos: 7620-4740 y 7197-2559 o a través de los correos: kathya.rodriguez@pgres.gob.sv y christopher.alvarenga@pgres.gob.sv.

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

Sin otro particular,

Kathya Yanira Rodríguez Monge.

Christopher Edgardo Alvarenga Coto.

Anexo 4: Formato de consentimiento informado.

Objetivo: Analizar la factibilidad legal de regular la voluntad procreacional y las técnicas de reproducción humana asistida como mecanismo para concretar los derechos a la salud reproductiva y a formar una familia en El Salvador.

Medio de obtención de la información: Entrevista semi estructurada, individual y de manera presencial. 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 conocer:

- Determinar la forma en la que se ha interpretado la normativa salvadoreña vigente para resolver los conflictos surgidos de la filiación como resultado del uso de las técnicas de reproducción humana asistida.
- Analizar la viabilidad legal de regular la voluntad procreacional como tercera forma de filiación para las familias que hacen uso de las técnicas de reproducción humana asistida.

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 que se lleva a cabo de cara a la investigación académica “La regulación de la voluntad procreacional y las técnicas de reproducción humana asistida como garantía de los derechos a la salud reproductiva y a formar una familia en la legislación salvadoreña”. Así mismo, ___ **CONSIENTO** en que esta entrevista sea grabada.

En....., ade de 2022.

Fdo:

Anexo 5: Matriz de entrevista a Magistrada y Juezas.

1. ¿Existe alguna ley que regule las técnicas de reproducción asistida en El Salvador?
Magistrada de la Cámara de Niñez y Adolescencia (MCNA): No.
Jueza de Familia 1 (JFS1): No, no hay ninguna ley.
Jueza de Familia 2 (JFS2): En El Salvador no existe normativa alguna respecto a las técnicas, aun cuando su práctica se desarrolla ya dentro del país. Pero dentro del Código Penal Salvadoreño se regulan ya en tipos penales específicos aspectos vinculados con el avance científico. En el ámbito de la medicina, tales como: La manipulación genética arts. 140 y 141 Pn., la inseminación artificial no consentida (art. 156 Pn.) o fraudulenta (Art. 157 Pn).
2. ¿Cuáles son las clases de filiación según la normativa salvadoreña vigente?
Magistrada de la Cámara de Niñez y Adolescencia (MCNA): El artículo 134 Código de Familia prevé que la filiación puede ser por consanguinidad o por adopción. Por lo que pudiera colegirse que únicamente existen dos formas de catalogar los vínculos entre el hijo o hija y quiénes ejercen la figura parental. Sin embargo, la jurisprudencia y la doctrina extienden la categorización de los vínculos filiales, que, en todo caso, deberían en su momento comenzar a ser considerados expresamente en el ámbito del derecho familiar salvadoreño, no obstante, la jurisprudencia sostiene que la clasificación señalada no limita o excluye otras formas de filiación que puedan surgir como la civil.
Jueza de Familia 1 (JFS1): Filiación consanguínea y adoptiva.
Jueza de Familia 2 (JFS2): Las clases de filiación que recoge la legislación salvadoreña es la regulada en el art. 134 del CF que establece que “La filiación puede ser por consanguinidad o por adopción”.
3. ¿La voluntad procreacional se encuentra regulada en la legislación salvadoreña?

Magistrada de la Cámara de Niñez y Adolescencia (MCNA): No existe ninguna disposición que reconozca expresamente la voluntad procreacional para los casos de reproducción asistida, sin embargo, la Cámara de Familia y la Sala de lo Civil han afirmado que la voluntad procreacional puede comenzar a exteriorizarse antes del hecho biológico mismo y sin necesidad que haya unión sexual entre las personas. Se ha señalado que aún y cuando no exista acto copulatorio, sí puede existir la voluntad procreacional que es determinada por el vínculo filial- paterno al ser reconocido el hijo o hija por el padre, lo cual según señalan los Tribunales superiores, se conoce en la doctrina como "teoría de la responsabilidad procreacional". Por consiguiente, se puede afirmar respecto de la voluntad procreacional que puede estar contemplada en el art. 134 CF y que, como ejemplo de ello, se retoma el Art. 135 C. F., que incluye al reconocimiento voluntario como una forma de establecer la paternidad, con la característica de ser irrevocable. Por lo que aún y cuando expresamente no se encuentra contemplada, tampoco ha sido vedada.

Jueza de Familia 1 (JFS1): Expresamente voluntad procreacional referente a madre y padre biológicos sí, pero voluntad procreacional sin nexo biológico que es el tema que nos atañe no.

Jueza de Familia 2 (JFS2): En nuestro ordenamiento civil y las instituciones desarrolladas por éste, se han mantenido profundamente mezclados los conceptos de sexualidad e intimidad de pareja esto porque desde la historia estuvo muy arraigada a la religión al ordenamiento jurídico, por ende, la voluntad procreacional esta tremendamente arraigada a la legislación, aunque no de forma expresa.

4. ¿Cuántos conflictos de filiación por el uso de técnicas de reproducción asistida conoce que se han judicializado?

Magistrada de la Cámara de Niñez y Adolescencia (MCNA): Uno, el que corresponde a la Cámara de Familia Referencia No. 12-95 del 13 de julio de 1995 y Sala de lo Civil sentencia 1055Ca. Fam. SS del 22 de septiembre de 2003

Jueza de Familia 1 (JFS1): Existió uno hace varios años atrás.

Jueza de Familia 2 (JFS2): En la labor judicial ya se ha visto en nuestro país abordada a dar soluciones frente este tipo de problemáticas. Específicamente en el caso de la sentencia pronunciada el 13 de julio de 1995 por la Cámara de Familia de la Sección del Centro, en la cual justamente se aborda la temática de la inseminación asistida y la situación que se aborda es sobre el vacío legal sobre su regulación.

5. ¿De qué forma se resolvió el conflicto jurídico de la filiación surgida por el uso de las técnicas?

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

Jueza de Familia 1 (JFS1): Si no me equivoco legalmente se resolvió con base al Código de Familia establecido ya que no existía una normativa que regular las

otras circunstancias, se estableció según el vínculo sanguíneo (por lo menos en primera instancia).

Jueza de Familia 2 (JFS2): Se comprobó que el padre legal (demandado en un proceso de impugnación de reconocimiento voluntario de la paternidad) había solicitado a un tercero que le sirviera de donante para la práctica de la fecundación asistida de su pareja, por lo tanto la responsabilidad paterna le corresponde al demandado, con todos los derechos y obligaciones que conlleva, por lo que se confirmó la sentencia apelada y declara que no ha lugar a la acción de impugnación de Reconocimiento de Paternidad.

6. ¿Qué normativa o que valoraciones de derecho se aplicó en los conflictos de filiación producto del uso de las técnicas de reproducción asistida?

Magistrada de la Cámara de Niñez y Adolescencia (MCNA): En ausencia de la regulación especial, el Código de Familia.

Jueza de Familia 1 (JFS1): Se valoró el consentimiento del que deseo ser padre.

Jueza de Familia 2 (JFS2): A pesar de la ausencia de leyes los conflictos de filiación por el uso de técnicas de reproducción asistida, se consideró el elemento de la voluntad procreacional y que está determina el vínculo paterno filial.

7. ¿Como se ha interpretado la normativa salvadoreña vigente para la resolución de conflictos jurídicos con respecto a la filiación producto de las técnicas de reproducción asistida?

Magistrada de la Cámara de Niñez y Adolescencia (MCNA): Se ha hecho una integración analógica e integrando la Constitución con las disposiciones del Código de Familia y lo que la doctrina y jurisprudencia señalan al respecto, tomando en cuenta que el art. 7 de la Ley Procesal de Familia establece que todo juez y jueza debe fallar no obstante se advierta ausencia de norma, por lo que ante las realidades familiares que se imponen, siempre deberá resolverse prevaleciendo en todo sentido, el interés superior del niño.

Jueza de Familia 1 (JFS1): Si bien es cierto existe el antecedente de la forma en que se resolvió ese caso, pienso que para evitar problemas a futuros es necesario que se regule esa situación, pese a la existencia de congresos con respecto a las técnicas de reproducción humana y bioética. Es necesario ampliar o verificar la

normativa ya que, aunque el juzgador podría resolver un caso con base a ese antecedente, lo ideal es que el país tenga esa normativa.

Jueza de Familia 2 (JFS2): Ante el vacío normativo la solución brindada por la jurisprudencia emitida por la Cámara, es justamente la que considero que sería la alternativa adecuada para complementar las normas de familia con respecto al establecimiento de la filiación, la aceptación del establecimiento de la filiación por vía del consentimiento en casos de fecundación asistida.

8. ¿Cuál es su opinión con respecto a regular las técnicas de reproducción asistida en la legislación salvadoreña?

Magistrada de la Cámara de Niñez y Adolescencia (MCNA): Es necesario porque se deben regular las técnicas de reproducción asistida que permitan acceder a la maternidad y/o paternidad de quiénes así lo deseen, debiéndose considerar la existencia de una realidad social ante el avance de la medicina lo cual debe solventarse, misma que si bien se torna compleja por su diversificación, debe estar regulada con miras a resolver los conflictos jurídicos que de ello puedan derivarse.

Jueza de Familia 1 (JFS1): Podría ser, ya que en la práctica en nuestro país se están realizando este tipo de procedimientos médicos, existen clínicas que lo realizan, hay donantes de material genética, pero actualmente no se regula en ninguna parte y esto no puede quedar en el aire, tendría que incluirse porque es una realidad que se está suscitando, para salvaguardar situación del donante y del hijo.

Jueza de Familia 2 (JFS2): Debido a la inseguridad jurídica que genera el uso continuo de estas técnicas por parte de las personas interesadas, es que se hace conveniente la pronta regulación en países como el nuestro, en los que se carece de una normativa al respecto ya que se están implementando dichas técnicas lo cual denota una necesidad de regular de fondo dichas situaciones y las consecuencias jurídicas que se desprendan de los métodos alternativos de fecundación.

9. ¿Cuál es su opinión con respecto a regular la voluntad procreacional como una clase de filiación?

Magistrada de la Cámara de Niñez y Adolescencia (MCNA): En el mismo sentido de la respuesta anterior, es necesario dado que por medio de ello se regula expresamente la llamada filiación civil, es decir, la voluntad procreacional se incorpora como una nueva fuente de filiación expresamente exteriorizada a través del consentimiento informado, lo cual da paso a determinar esa clase de filiación.

Jueza de Familia 1 (JFS1): Definitivamente es necesario ya que como dije en la práctica se están dando estos casos y es necesario que las personas que acuden a estos procedimientos y manifiesten su voluntad procreacional tengan seguridad jurídica.

Jueza de Familia 2 (JFS2): Considero que debe fijarse más allá de la voluntad procreacional, los alcances y límites de legalidad a los que habrá de someter los procedimientos para dotar de filiación tanto paterna como materna, al producto obtenido por medio de las técnicas de reproducción asistidas, pues a partir de ser la filiación una institución que podría ser catalogada como de interés general o de orden público, al Estado no puede relegársele a normar lo que pueda depender de la mera voluntad de los particulares, cuando son los particulares los que deben acomodar su voluntad a las normas de convivencia social establecidas para el bienestar de la familia, en armonía con la Constitución y la ley.

10. ¿Considera que el sistema jurídico salvadoreño está listo para regular las técnicas de reproducción humana asistida y la voluntad procreacional como tercera forma de filiación?

Magistrada de la Cámara de Niñez y Adolescencia (MCNA): Sí, en el mismo sentido que la pregunta 8 y 9, es necesario resolver conflictos jurídicos que se derivan de esa realidad social y médica y conforme a los derechos reproductivos de toda persona.

Jueza de Familia 1 (JFS1): Considero que esté listo o no esté listo, la historia dice que entra en vigencia una ley independientemente esté listo o no ejemplo el código de familia, la LEPINA, ósea si esperamos a que institucionalmente este preparado, allí nos vamos a quedar, por lo que considero que es necesario

trabajar en ello, crear la ley, aunque después se preparan las instituciones, también se debe ver lo bioético.

Jueza de Familia 2 (JFS2): Existe una necesidad de regular estos vacíos de ley, estos nuevos tipos de filiación y sobre las cuales resultaría un esfuerzo quizá infructuoso, integrar de forma simplistas las instituciones y mecanismos de la Ley Procesal de Familia vigente, sin una base sustantiva que recoja los principios y elementos propios de la ciencia médica en el campo de la fecundación asistida. Más deberá hacerse adecuada labor de congruencia legislativa ante la inminente alteración del status de familia y la afectación social producto de los métodos alternativos de fecundación materna, por lo que, si es necesario regular este vacío legal.

11. ¿En su opinión considera que constitucionalmente viable regular las técnicas de reproducción asistida y la voluntad procreacional como tercera forma de filiación en El Salvador? ¿y por qué?

Magistrada de la Cámara de Niñez y Adolescencia (MCNA): El sistema jurídico salvadoreño sí está listo para regular las técnicas de reproducción humana asistida porque actualmente, la legislación de familia ha quedado obsoleta en ese aspecto, considerando que inclusive en el anteproyecto del Código de Familia en su oportunidad, sí estaba contemplado.

Jueza de Familia 1 (JFS1): Desde el momento que se establece la familia en la constitución, así como la filiación es viable, pero es necesario ampliarlo, ya que la constitución regula filiación, pero es necesario ampliarlo para la población que utiliza las TRHA especificando la voluntad procreacional.

Jueza de Familia 2 (JFS2): Y el art. 36 Cn regula la igualdad de los hijos dentro o fuera del matrimonio, mal podría pensarse en la eficacia de esta disposición constitucional, el excluirse a los niños o niñas por el usos de esta técnica de inseminación artificial, fecundación asistida, fecundación in vitro con transferencia de embriones y cualquier otra técnica de reproducción asistida o artificial es fácil constatar que no existe regulación expresa en la legislación de familia, por lo que se puede afirmar que efectivamente existe "anomia" al respecto. Considero que debe existir una reforma constitucional reciente en El Salvador, y que implica no

sólo una mera declaración de carácter pragmático, sino el establecimiento de una norma que confiere derechos y establece obligaciones frente al Estado, y especialmente como lo demuestra la materia sujeta a análisis, frente a particulares en la que establezca que no debe haber discriminación por razón de nacimiento, por lo que todo niño/a tiene derecho de conocer a sus padres, lo que exige establecer mecanismos legales de determinación de la filiación también para quien haya sido engendrado por medio de técnicas de reproducción asistida.

12. Según su opinión, ¿Cuáles son los desafíos legales de regular la voluntad procreacional como tercera forma de filiación?

Magistrada de la Cámara de Niñez y Adolescencia (MCNA): Desafíos legales en torno a determinar cómo se regulará el consentimiento informado que es la base de la fuente filial señalada y, además, los conflictos que puedan generarse en el ámbito jurídico en razón de la complejidad y dinamismo con que esta realidad se va transformando y diversificando.

Jueza de Familia 1 (JFS1): Considero que en primer lugar el tema cultural es el que se debe trabajar, pero no podemos quedarnos atrás con el tema de las leyes, no obstante, es una realidad que estamos viviendo y la ley no debe quedarse estanca, es necesario que el estado brinde seguridad jurídica a las personas que utilizan estos procedimientos médicos, se debe armonizar con las normas internacionales, como país hemos tenido ciertos avances en algunas áreas, pero sería bueno que se avance en materia de TRHA.

Jueza de Familia 2 (JFS2): conflicto de intereses tutelados tanto en el ámbito de la ley primaria como la legislación secundaria pertinente, atinentes a la protección y respeto a la identidad del niño, entendiendo y desarrollando en toda su extensión el derecho a conocer su origen y procedencia, así como por otro lado la regulación que por la práctica y conveniencia ha procurado la confidencialidad respecto a los intervinientes en el proceso de concepción mediante la inseminación heteróloga, al grado que la tercera persona desaparece del plano familiar, situación que debe necesariamente encontrarse regulada en la legislación pertinente, y que para nuestro caso aún no existe. Si bien las técnicas y avances en Biotecnología han servido para paliar, o superar una especie de

problema social surgido tras la imposibilidad de procrear por parte de la pareja, las consecuencias de tales acontecimientos, no escapan de configurar verdaderos conflictos que deben ser regulados a través de la intervención del legislador, dimensionando adecuadamente las implicaciones ético-legales.

13. ¿Conoce en que consiste el derecho a la salud reproductiva?

Magistrada de la Cámara de Niñez y Adolescencia (MCNA): Sí, en la Conferencia de Beijing (1995), se definió la salud reproductiva como “la capacidad de disfrutar una vida sexual satisfactoria y sin riesgos y de procrear, y la libertad para decidir hacerlo, no hacerlo, cuándo y con qué frecuencia”.

Por su parte, la Organización Mundial de la Salud (OMS) define Salud Reproductiva como una condición de bienestar físico, mental y social en los aspectos relativos al sistema reproductivo en todas las etapas de la vida. La atención en salud reproductiva se define como un conjunto de métodos, técnicas y servicios que contribuyen a la salud reproductiva y al bienestar previniendo y solucionando problemas de salud reproductiva. Incluye la atención en salud sexual.

Jueza de Familia 1 (JFS1): Lo que yo entiendo es que el derecho a la salud es inherente a todas las personas, desde la concepción, durante el embarazo etc., todos tenemos ese derecho, ahora bien, en el tema a la salud reproductiva vemos que lo retoma la LEPINA y en el contexto que nos atañe versa sobre la información que debe tener las personas que acuden a estos procedimientos, comprende la procreación, los tipos de enfermedades de transmisión sexual, los métodos anticonceptivos, los beneficios y riesgos.

Jueza de Familia 2 (JFS2): Según la OMS, la salud reproductiva es «un estado general de bienestar físico, mental y social, y no de mera ausencia de enfermedades o dolencias, en todos los aspectos relacionados con el sistema reproductivo, sus funciones y procesos. En consecuencia, la salud reproductiva entraña la capacidad de disfrutar de una vida sexual satisfactoria, sin riesgos, de procrear y la libertad para decidir hacerlo o no hacerlo, cuándo y con qué frecuencia»

14. ¿Dónde se encuentra regulado el derecho a la salud reproductiva en la normativa salvadoreña?

Magistrada de la Cámara de Niñez y Adolescencia (MCNA): En el artículo 25 de la Constitución, se establece el marco jurídico en tanto que el mismo regula “La salud de los habitantes de la República constituye un bien público. El estado y las personas están obligados a velar por su conservación y establecimiento”. Asimismo, la Ley de Igualdad, Equidad y erradicación de la Discriminación contra las Mujeres, en su artículo 26 establece: “Igualdad y no discriminación en la atención a la salud integral y a la salud sexual y reproductiva. El Estado adoptará la transversalización del principio constitucional de la Igualdad y la no discriminación entre mujeres y hombres como objeto fundamental a lograr en todas las actividades vinculadas a las responsabilidades públicas en salud. El Estado, en atención a las obligaciones que le confiere la Constitución, postula como derechos fundamentales en materia de salud integral, salud sexual y salud reproductiva: El derecho a recibir información calificada sobre las materias vinculadas a estos derechos; el derecho a recibir servicios de prevención de riesgos en esta materia; y, el derecho a la atención integral [...]”.

Jueza de Familia 1 (JFS1): En primer lugar, la constitución, segundo la normativa institucional, la convención de derechos sociales políticos, económicos, culturales, en la LEPINA ley de “reciente data” por ejemplo en LEPINA fue un tema criticado.

Jueza de Familia 2 (JFS2): En la Ley Especial de Inclusión de las personas con discapacidad, Estrategia Nacional Intersectorial de Prevención del Embarazo en Niñas y en Adolescentes 2017-2027, Ley de Prevención y Control de la infección provocada por el virus de Inmunodeficiencia Humana, Resolución Ministerial No. 278, que establece el Plan para la Implementación de la Política de Salud Sexual y Reproductiva, Acuerdo No. 1181 del Ministerio de Salud, que define la Política de Salud Sexual y Reproductiva, Ley de Igualdad, Equidad y Erradicación de la discriminación contra las mujeres, Ley General de Juventud y en la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia.

15. ¿Cuáles son las circunstancias legales que giran en torno a la situación actual con respecto al derecho a la salud reproductiva?

Magistrada de la Cámara de Niñez y Adolescencia (MCNA): No se garantiza a todas las personas por igual, muchos desconocen en que consiste el derecho a la salud reproductiva.

Jueza de Familia 1 (JFS1): La legislación de reciente data como la LEPINA si lo retoma, no obstante, fue fuertemente criticado ya que se decía que se incitaba a la niñez y adolescencia al tema sexual, claro esta fue una visión e interpretación errada ya que lo que se pretende es crear concientización y prevención, pero considero que falta difusión del tema.

Jueza de Familia 2 (JFS2): El derecho a la educación sexual es un derecho humano en sí mismo que, a su vez, resulta condición indispensable para asegurar que las personas disfruten de otros derechos humanos como el derecho a la salud, el derecho a la información y los derechos sexuales y reproductivos. Así, el derecho a la educación integral de la sexualidad hace parte del derecho de las personas a ser educadas en derechos humanos.

16. ¿Dónde se encuentra regulado el derecho a formar una familia?

Magistrada de la Cámara de Niñez y Adolescencia (MCNA): Constitución de la República, capítulo II, Derechos Sociales, Sección Primera, sobre la Familia. Art. 17 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Art. 32. Código de Familia Art. 2, 3,4,6.

Jueza de Familia 1 (JFS1): En las normas internacionales vemos normativa sobre “toda persona tienen derecho a vivir en familia, garantizar lo necesario, gozar de relaciones familiares y a procrear”.

Jueza de Familia 2 (JFS2): En el artículo 32 de la Constitución de la República, que reconoce a la familia como la base fundamental de la sociedad e impone el deber de dictar la legislación necesaria para su protección, integración, bienestar y desarrollo social, cultural y económico, y en el código de familia que establece el derecho a constituir familia Art. 6: “Toda persona tiene derecho a constituir su propia familia, de conformidad con la ley”.

17. ¿Cuáles son las circunstancias legales que giran en torno a la situación actual con respecto al derecho a formar una familia?

Magistrada de la Cámara de Niñez y Adolescencia (MCNA): No se garantiza a todas las personas por igual. La sociedad en términos generales, reconoce lo que tradicionalmente se concibe como familia sin considerar que actualmente a partir de la realidad social existen diferentes tipos de familias que deberían estar protegidas por la ley independientemente de su composición.

Jueza de Familia 1 (JFS1): El código de familia regula lo referente a la familia, no obstante, las nuevas tendencias han dejado obsoleto el concepto antiguo de familia ahora ya es comprendido de forma más amplia por lo que la legislación actual es un tanto limitado con respecto a este derecho.

Jueza de Familia 2 (JFS2): Se debe garantizar la unidad de la familia, la igualdad de derechos del hombre y de la mujer, la igualdad de derechos de los hijos, la protección integral de los NNA y demás incapaces, de las personas adultas mayores y de la madre cuando fuere la única responsable del hogar.

18. ¿Considera que al regular las técnicas de reproducción humana asistida se garantizarán los derechos a la salud reproductiva y a formar una familia?

Magistrada de la Cámara de Niñez y Adolescencia (MCNA): Sí, se garantiza en mayor medida, aunque no en forma total.

Jueza de Familia 1 (JFS1): Considero que sí, sería lo mejor para personas que no pueden procrear por enfermedad en sistema reproductivo, aunque representaría un problema con respecto a la adopción. Considero que el tema de la adopción es por lo que no se hace. Sería un reto para el sector de salud para garantizarlo a nivel general a toda la población de El Salvador en cuanto a tema de recursos económicos y capacidad instalada.

Jueza de Familia 2 (JFS2): En cuanto a El Salvador la legislación primaria reconoce la igualdad de los hijos ante la ley (art. 36 Cn.), Entendiéndose que se debe de garantizar la seguridad jurídica de los hijos sin importar la naturaleza de la filiación, pero esta garantía Constitucional en la práctica no tiene aplicación en su totalidad; porque el Código de Familia solo reconoce dos clases de filiación: la filiación consanguínea y la adoptiva, dejando sin una regulación expresa a la

filiación de los niños cuyo nacimiento fue originado por la aplicación de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida, lo cual equivale a una inseguridad jurídica ya que no se establece a quien le corresponderá asumir los derechos y obligaciones con relación a estos niños. La inexistencia de una regulación específica de las T.R.H.A. en cuanto al ámbito de su aplicación, los usuarios, las Instituciones médicas encargadas de su aplicación, al personal médico de las mismas y a los niños nacidos gracias a esta tecnología; es una clara vulneración a los derechos de salud reproductiva y de formar una familia ya que facilita por un lado que los padres puedan evadir sus responsabilidades al no verse obligados a reconocerlos y por ende a no brindarles la protección que se merecen; por otro lado se facilitaría la evasión de responsabilidad profesional, civil y penal, de los médicos y de las Instituciones de Salud cuando con sus actuaciones medicas causen perjuicio a los usuarios de esta tecnología. De todo lo que se ha mencionado, esta demás decir que urge que el Estado brinde una protección efectiva a los usuarios.

19. ¿Qué opinión le genera las conductas descritas en el artículo 196 del código penal (suplantación y la alteración de estado familiar) con respecto a que es una conducta consecuente al uso de las técnicas de reproducción asistida? ¿de crearse una ley con respecto a las TRHA y la voluntad procreacional, debe eliminarse el delito o hacer excepciones?

Magistrada de la Cámara de Niñez y Adolescencia (MCNA): Debe analizarse con detenimiento.

Jueza de Familia 1 (JFS1): Debe adecuarse al uso de las TRHA poner ciertos límites, debe regularse de forma específica y se realizaría contrario a lo que establece la ley allí si existiría consecuencias jurídicas penales, debe adecuarse el código penal a esa nueva ley que surgiría con respecto a las TRHA, el problema estaría en probar la mala fe al brindar datos falsos, supongo que se tendría que hacer documentos legales de consentimiento y de exclusión.

Jueza de Familia 2 (JFS2): La conducta descrita en el art. 196 del Código Penal debe de adecuarse al uso de las técnicas de reproducción asistida, al crearse la ley especial no debe eliminarse el delito, sino adecuarlo a la nueva ley.

20. ¿Qué opinión le genera la conducta descrita en el artículo 198 del código penal donde existe una prohibición expresa de la maternidad subrogada, siendo esta una de las TRHA ¿de crearse una ley con respecto a las TRHA debe eliminarse el delito o seguirse prohibiendo esa técnica en particular más no las demás?

Magistrada de la Cámara de Niñez y Adolescencia (MCNA): Debe analizarse con detenimiento respecto de lo que se regule en las TRHA

Jueza de Familia 1 (JFS1): Es un tema complicado es un tema muy árido, sobre todo con lo respectivo a lo lucrativo.

Jueza de Familia 2 (JFS2): Mi criterio es que esa técnica en específico debe de continuar prohibida, porque los vientres de alquiler, como comúnmente se les conoce es un tema muy complicado.

Anexo 6: Matriz de entrevista a Procuradores Auxiliares.

1. ¿Existe alguna ley que regule las técnicas de reproducción asistida en El Salvador?	
Procuradora Auxiliar de San Salvador (PASS).	No.
Procurador Auxiliar de Soyapango (PAS).	No, hasta donde yo conozco de forma específica no.
2. ¿Cuáles son las clases de filiación según la normativa salvadoreña vigente?	
Procuradora Auxiliar de San Salvador (PASS).	Por consanguinidad y adopción.
Procurador Auxiliar de Soyapango (PAS).	Consanguinidad y por la vía de la adopción.
3. ¿La voluntad procreacional se encuentra regulada en la legislación salvadoreña?	
Procuradora Auxiliar de San Salvador (PASS).	Expresamente no.
Procurador Auxiliar de Soyapango (PAS).	No, pero hay una aclaración que hacer, todos sabemos que somos suscriptores de convenios y tratados, en consecuencia, el protocolo adicional de la convención de derechos humanos económicos y culturales, sociales establece ese tema a la no discriminación por el origen de su nacimiento, aunque no se refirió a las técnicas, pero ya el hecho de la no discriminación estaría dando fuerza a los jueces para interpretar, aplicar e integrar el derecho en un momento determinado ante un caso en concreto.

4. ¿Cuántos conflictos de filiación por el uso de técnicas de reproducción asistida conoce que se han judicializado?	
Procuradora Auxiliar de San Salvador (PASS).	Tengo conocimiento de uno, pero no conozco todos los detalles a profundidad.
Procurador Auxiliar de Soyapango (PAS).	El que se dio por el año 1995 que se inició por impugnación de paternidad, la pareja omitió que se trataba de una inseminación y que había la voluntad de las partes, ese es el que conozco, no sé si habrá otro planteamiento, que por cierto en la resolución intervino la Cámara y la Sala al final e hizo unas aseveraciones muy enriquecedoras para el futuro.
5. ¿De qué forma se resolvió el conflicto jurídico de la filiación surgida por el uso de las técnicas?	
Procuradora Auxiliar de San Salvador (PASS).	Se pondero el deseo y la voluntad de ser padres antes que la existencia del vínculo biológico.
Procurador Auxiliar de Soyapango (PAS).	No recuerdo si finalmente termino integrándose y termino con sana critica, yo creo que lo determinante fue que había consentimiento, que es la final el meollo del asunto y que fue la omisión que hicieron las partes la plantear inicialmente le conflicto.
6. ¿Qué normativa o que valoraciones de derecho se aplicó en los conflictos de filiación producto del uso de las técnicas de reproducción asistida?	
Procuradora Auxiliar de San Salvador (PASS).	Si no existe normativa expresa, desconozco que normativa se aplicó.
Procurador Auxiliar de Soyapango (PAS).	Uno entiende que el Código de Familia permite la aplicación supletoria, de irnos al CPCM y este a su vez nos permite irnos por la sana critica, irte a la doctrina de los expositores y poder resolver siempre en el sentido del derecho que tiene a no ser

	discriminado la persona porque su nacimiento tenga como origen esas técnicas, aplicar supletoriamente la doctrina y los convención y tratados internacionales para robustecer la posición fuerte, porque desarrollo interno no hay.
7. ¿Como se ha interpretado la normativa salvadoreña vigente para la resolución de conflictos jurídicos con respecto a la filiación producto de las técnicas de reproducción asistida?	
Procuradora Auxiliar de San Salvador (PASS).	No existe normativa que interpretar, las valoraciones han sido de tipo doctrinario.
Procurador Auxiliar de Soyapango (PAS).	Normativa salvadoreña expresa en relación a los conflictos por el uso de las técnicas no hay, pero si se puede aplicar lo dispuesto en los art. 9 del Código de Familia que hace alusión a la interpretación y aplicación y el art. 7 letra f) L. Pr. F. que obliga a los juzgadores a resolver los asuntos que le fueren sometidos a su decisión, no obstante oscuridad, insuficiente o vacío legal.
8. ¿Cuál es su opinión con respecto a regular las técnicas de reproducción asistida en la legislación salvadoreña?	
Procuradora Auxiliar de San Salvador (PASS).	Es un tema que merece la atención del Estado y que por décadas ha estado descuidado, ignorando la problemática que aqueja a la población que ha acudido al sector privado para practicarse esas técnicas.
Procurador Auxiliar de Soyapango (PAS).	yo no me inclino por esas propuestas de que hay que hacer reformas a la Constitución y al Código de Familia, yo me inclino por una ley especial, porque hay tantas cosas pro regular, hay tantos temas médicos con consecuencias que discutir, tanta responsabilidad que distribuir entre todas las partes que intervienen, entre los médicos, en los interesados en hacer uso de esas técnicas y pienso que el Código de Familia no es el apropiado para regular eso.

9. ¿Cuál es su opinión con respecto a regular la voluntad procreacional como una clase de filiación?	
Procuradora Auxiliar de San Salvador (PASS).	Definitivamente es necesario ya que legislar con respecto a las técnicas de reproducción humana implicaría legislar sobre la voluntad procreacional ya que las primeras dependen de la segunda.
Procurador Auxiliar de Soyapango (PAS).	Yo estoy de acuerdo, sobre todo la falta de normativa expresa, la estructura social contribuya para que algunos individuos logren sus metas y proyectos de vida en materia de voluntad procreacional porque es fundamental, porque es de carácter social y por lo tanto es vital regularlos jurídicamente.
10. ¿Considera que el sistema jurídico salvadoreño está listo para regular las técnicas de reproducción humana asistida y la voluntad procreacional como tercera forma de filiación?	
Procuradora Auxiliar de San Salvador (PASS).	Considero que el sistema jurídico si está listo, ya existió un caso judicializado, los juzgadores especialistas en materia de familia conocen del tema y las teorías a considerar e interpretar.
Procurador Auxiliar de Soyapango (PAS).	Formalmente si, los escollos son de carácter moral, la ética, condicionamientos de carácter religiosos, algunos hablan que las caracterizan como falacias y que no estamos preparados para esas técnicas, aunque desde los años 80 ya hay inseminación artificial y hoy parece ser que hay 5 hospitales donde ya se realizan inseminación artificial y fecundación in vitro, por lo tanto, hay avances, el principal obstáculo es el hecho de la enorme influencia que ejercen las mentes ortodoxas a través de la religión y posiciones arcaicas y sobre todo todavía no hay el suficiente compromiso con los niños y las niñas, porque aún en la filiación tradicional hay serios problemas que tenemos para la maternidad o paternidad responsable, con las

	obligaciones del estado para con la niñez y adolescencia, todo eso son obstáculos.
11. ¿En su opinión considera que constitucionalmente viable regular las técnicas de reproducción asistida y la voluntad procreacional como tercera forma de filiación en El Salvador? ¿y por qué?	
Procuradora Auxiliar de San Salvador (PASS).	Si, es constitucionalmente viable desde el momento en que reconoce la importancia de la familia sin discriminación de ningún tipo y a partir de allí la ley secundaria debe completarla.
Procurador Auxiliar de Soyapango (PAS).	Constitucionalmente si, ya estamos avanzados porque ya dijimos que desde la concepción hay vida, en el entendido que esa fue una reforma consustancial a la esencia del ser humano para el país y el reconocimiento al ser humano desde esa unión en el espermatozoide y óvulo, entonces yo no le veo dificultad.
12. Según su opinión, ¿Cuáles son los desafíos legales de regular la voluntad procreacional como tercera forma de filiación?	
Procuradora Auxiliar de San Salvador (PASS).	Desafíos legales como tales, serían los de armonizar las leyes secundarias a los tratados e instrumentos internacionales garantistas de derechos humanos.
Procurador Auxiliar de Soyapango (PAS).	Toda reforma normativa de esta naturaleza obviamente plantea desafíos culturales, sociales, religiosos, un esfuerzo estatal por generar educación, formación, empezando por los jueces, por todos los actores principales, la sociedad misma, por ejemplo, es importante plantearse como desafío empezar a tener discusiones serias sobre el tema, realmente no las hay, foros especializados para discutir los aspectos que implican estas técnicas y que hacen esa vinculación con la ley.
13. ¿Conoce en que consiste el derecho a la salud reproductiva?	

Procuradora Auxiliar de San Salvador (PASS).	Sé que tiene que ver con las funciones reproductivas, sin embargo, desconozco lo que comprende específicamente.
Procurador Auxiliar de Soyapango (PAS).	Se deriva del derecho a la salud y es un estado general de bienestar físico, mental y social en todos los aspectos relacionados con el sistema reproductivo, con la salud sexual. implica la posibilidad de tener una sexualidad satisfactoria y segura, así como la libertad de tener hijos cuando se desea.
14. ¿Dónde se encuentra regulado el derecho a la salud reproductiva en la normativa salvadoreña?	
Procuradora Auxiliar de San Salvador (PASS).	No recuerdo que este de forma expresa, pero se deriva del derecho a la salud en la Constitución.
Procurador Auxiliar de Soyapango (PAS).	La constitución garantiza el derecho a la vida, la mujer tiene el derecho a no morir pudiendo sufrir daños en el embarazo o en la procreación, por lo tanto es su derecho sexual y reproductiva el hecho de reproducirse, el derecho a la privacidad y a la intimidad vinculado a su deseo porque optar para ser madre, el derecho a la salud, a la libertad e igualdad de poder decidir porque vía poder procrear, la constitución recoge una gama de derechos que se pueden asociar perfectamente al derecho sexual y reproductivos, para mí la constitución es la base de esos derechos.
15. ¿Cuáles son las circunstancias legales que giran en torno a la situación actual con respecto al derecho a la salud reproductiva?	
Procuradora Auxiliar de San Salvador (PASS).	No existe un reconocimiento como tal de forma expresa y en las nuevas legislaciones pese a retomarlo no se le da la importancia que requiere ni la difusión.
Procurador Auxiliar de Soyapango (PAS).	Considero que muchas personas no conocen el derecho la salud reproductiva y por lo tanto no ejercen de forma efectiva ese

	derecho, ni pueden exigir que se garantice, además que no está regulado de forma específica en la normativa salvadoreña.
16. ¿Dónde se encuentra regulado el derecho a formar una familia?	
Procuradora Auxiliar de San Salvador (PASS).	La constitución en su art. 32 reconoce la importancia de la familia, el código de familia lo regula en sus art. 2 y 3 y a su vez el derecho a formar una familia se encuentra de forma implícita en esos artículos.
Procurador Auxiliar de Soyapango (PAS).	El Código de Familia lo regula, primero te dice que es una familia, el matrimonio, la unión no matrimonial y el parentesco. El derecho a formar una familia comprende los derechos y obligaciones que se derivan de la filiación.
17. ¿Cuáles son las circunstancias legales que giran en torno a la situación actual con respecto al derecho a formar una familia?	
Procuradora Auxiliar de San Salvador (PASS).	Actualmente se logra formar una familia por los vínculos consanguíneos y la adopción, así como con la institución del matrimonio y las uniones de hechos.
Procurador Auxiliar de Soyapango (PAS).	La sociedad salvadoreña no tiene un conocimiento preciso del derecho a formar una familia, aun formando una familia como está establecido en la ley hay mucha irresponsabilidad en cuanto al ejercicio de la autoridad parental, hay muchos procesos de divorcios, de pérdidas de autoridad parental.
18. ¿Considera que al regular las técnicas de reproducción humana asistida se garantizarán los derechos a la salud reproductiva y a formar una familia?	
Procuradora Auxiliar de San Salvador (PASS).	Por supuesto que sí.
Procurador Auxiliar de Soyapango (PAS).	Si totalmente, pero se debe hacer bien.

19. ¿Qué opinión le genera las conductas descritas en el artículo 196 del código penal (suplantación y la alteración de estado familiar) con respecto a que es una conducta consecuente al uso de las técnicas de reproducción asistida? ¿de crearse una ley con respecto a las TRHA y la voluntad procreacional, debe eliminarse el delito o hacer excepciones?

Procuradora Auxiliar de San Salvador (PASS).

Así como se encuentra actualmente si configura una dificultad, por lo que sería un aspecto a regular en la legislación respecto a las TRHA ya que supongo que existirá una especie de consentimiento escrito y ciertos documentos que ampararía y brindarían seguridad jurídica al momento del reconocimiento voluntario y evitar consecuencias penales.

Procurador Auxiliar de Soyapango (PAS).

Yo pienso que esas disposiciones penales se incorporaron, pero en realidad no son disposiciones penales que hayan tenido a la base la esencia de lo que acontece en el seno de la sociedad salvadoreña, fueron incorporadas copiando otros cuerpos normativos extranjeros, son nomas penales que no responden, no fueron producto de una discusión con los médicos, con los sectores involucrados en estos temas, lo mejor sería una ley especial derogará esos artículos y que finalmente si el país opta por crear una ley especial para esto, ahí se tendrían que consignar las sanciones, cuando por ejemplo se estén practicando estos tipos de técnicas sin lugares apropiados, falseando información, etc.

20. ¿Qué opinión le genera la conducta descrita en el artículo 198 del código penal donde existe una prohibición expresa de la maternidad subrogada, siendo esta una de las TRHA ¿de crearse una ley con respecto a las TRHA debe eliminarse el delito o seguirse prohibiendo esa técnica en particular más no las demás?

Procuradora Auxiliar de San Salvador (PASS).

En mi criterio personal debería mantenerse dicho delito y dejarse fuera de la legislación especial que se pretende crear en torno a las otras TRHA más que todo por el asunto económico

	y cultural a lo que se expondrían madres al querer “vender” a sus hijos no mediando el consentimiento ni la voluntad procreacional desde las primeras etapas de la gestación.
Procurador Auxiliar de Soyapango (PAS).	Considero que la técnica de la maternidad subrogada debe seguirse prohibiendo y se deben de regular las demás, como la fecundación in vitro, la inseminación artificial en la ley especial.

Anexo 7: Matriz de entrevista a abogados.

1. ¿Existe alguna ley que regule las técnicas de reproducción asistida en El Salvador?	
Defensor público de familia 1 (DPF1).	No, no existe.
Defensor público de familia 2 (DPF2).	No.
Abogado en el libre ejercicio 1 (ALE1).	Hasta donde tengo entendido no, no existe una ley expresa que regulen dichas técnicas.
Abogado en el libre ejercicio 2 (ALE2).	No, hasta el momento no he escuchado, se intentó un anteproyecto solo que no recuerdo en que año.
Coordinador Local de Unidad de Defensa de la Familia (CUDFS).	Que yo sepa no.
2. ¿Cuáles son las clases de filiación según la normativa salvadoreña vigente?	
Defensor público de familia 1 (DPF1).	Por consanguinidad y por adopción.
Defensor público de familia 2 (DPF2).	Por consanguinidad y adopción.
Abogado en el libre ejercicio 1 (ALE1).	Adopción y consanguinidad.
Abogado en el libre ejercicio 2 (ALE2).	Por consanguinidad y por adopción.
Coordinador Local de Unidad de Defensa de la Familia (CUDFS).	Consanguínea y adoptiva.
3. ¿La voluntad procreacional se encuentra regulada en la legislación salvadoreña?	

Defensor público de familia 1 (DPF1).	Tal vez el código penal sanciona, pero no regula, ahí se sanciona una práctica que usted no esté de acuerdo en dar el consentimiento para que se practique, el Código Penal habla del consentimiento.
Defensor público de familia 2 (DPF2).	No que yo sepa.
Abogado en el libre ejercicio 1 (ALE1).	Hasta donde tengo entendido no existe una ley expresa.
Abogado en el libre ejercicio 2 (ALE2).	No.
Coordinador Local de Unidad de Defensa de la Familia (CUDFS).	Regulada expresamente no está.
4. ¿Cuántos conflictos de filiación por el uso de técnicas de reproducción asistida conoce que se han judicializado?	
Defensor público de familia 1 (DPF1).	No, ninguno.
Defensor público de familia 2 (DPF2).	Académicamente conocí de uno.
Abogado en el libre ejercicio 1 (ALE1).	No, ningún caso.
Abogado en el libre ejercicio 2 (ALE2).	No conozco ninguno.
Coordinador Local de Unidad de Defensa de la Familia (CUDFS).	No he leído jurisprudencia recientemente, pero hace unos años surgió uno.
5. ¿De qué forma se resolvió el conflicto jurídico de la filiación surgida por el uso de las técnicas?	
Defensor público de familia 1 (DPF1).	Desconozco.

Defensor público de familia 2 (DPF2).	Se propuso una especie de filiación a consecuencia del deseo y la voluntad de ser padres no obstante carecer de línea sanguínea.
Abogado en el libre ejercicio 1 (ALE1).	No sé, porque no he conocido de ningún caso judicial.
Abogado en el libre ejercicio 2 (ALE2).	No sabría decir de qué forma, porque desconozco.
Coordinador Local de Unidad de Defensa de la Familia (CUDFS).	No se impugno la paternidad y se considera el padre quien expreso el consentimiento de aplicación de la técnica.
6. ¿Qué normativa o que valoraciones de derecho se aplicó en los conflictos de filiación producto del uso de las técnicas de reproducción asistida?	
Defensor público de familia 1 (DPF1).	Desconozco el dato sobre si se han dado conflictos de filiación por el uso de las técnicas por la instancia judicial, por lo tanto, no sé qué normativa o valoraciones de derecho se aplicaron.
Defensor público de familia 2 (DPF2).	No se aplicó una normativa nacional.
Abogado en el libre ejercicio 1 (ALE1).	No sé qué normativa se aplicaría porque hasta la fecha no he conocido ningún caso.
Abogado en el libre ejercicio 2 (ALE2).	No sé.
Coordinador Local de Unidad de Defensa de la Familia (CUDFS).	A mi criterio se aplicaría el código de familia y la legislación internacional con respecto a derechos a constituir familia.
7. ¿Como se ha interpretado la normativa salvadoreña vigente para la resolución de conflictos jurídicos con respecto a la filiación producto de las técnicas de reproducción asistida?	
Defensor público de familia 1 (DPF1).	No sé, porque no he conocido casos.

Defensor público de familia 2 (DPF2).	Las valoraciones que se retomaron fueron doctrinarias y con base a legislaciones internacionales.
Abogado en el libre ejercicio 1 (ALE1).	No hay normativa salvadoreña que regule lo relacionado a las técnicas.
Abogado en el libre ejercicio 2 (ALE2).	No se puede interpretar la normativa salvadoreña porque no la hay, tal vez con la normativa internacional.
Coordinador Local de Unidad de Defensa de la Familia (CUDFS).	No existe normativa que interpretar, las valoraciones han sido de tipo doctrinario.
8. ¿Cuál es su opinión con respecto a regular las técnicas de reproducción asistida en la legislación salvadoreña?	
Defensor público de familia 1 (DPF1).	Si, porque se debería de modernizar, el estado está obligado a fomentar la familia y constitucionalmente hablando lo establece en el artículo 2 y si esa es una de la practicas que ocuparía el Estado para poder que se fomenten más grupos familiares y crear una nueva normativa que regule ese tipo de técnicas.
Defensor público de familia 2 (DPF2).	Considero que existe una deuda por parte del Estado hacia la población con problemas de infertilidad que se ven imposibilitadas de procrear descendencia.
Abogado en el libre ejercicio 1 (ALE1).	Si a fin de poder mantener un control que en la actualidad no se mantiene, que si bien es cierto no conozco de hechos que se hayan dado es precisamente por eso, porque las mujeres procrean y asume uno que fue por la vía natural, por eso es necesario modernizar las leyes a la realidad actual.
Abogado en el libre ejercicio 2 (ALE2).	Si es necesario, tendría que haber una ley especial que regule todo lo relacionado a las técnicas.
Coordinador Local de Unidad de Defensa de la Familia (CUDFS).	Sería un avance en el desarrollo dogmático jurídico familiar en El Salvador esa materia está muy corta, actualmente el desarrollo de la tecnología y la medicina está en constante

	desarrollo con respecto a la procreación humana, me parecería un punto importante para legislar al respecto
9. ¿Cuál es su opinión con respecto a regular la voluntad procreacional como una clase de filiación?	
Defensor público de familia 1 (DPF1).	Si, debería de regularse.
Defensor público de familia 2 (DPF2).	Definitivamente es necesario adecuar la legislación a las nuevas realidades.
Abogado en el libre ejercicio 1 (ALE1).	Si debería de incluirse porque ya es una realidad, que no se ha tomado en cuenta es otra cosa.
Abogado en el libre ejercicio 2 (ALE2).	Si estoy de acuerdo en que se regule la voluntad procreacional y se tiene que reformar el Código de Familia con la Ley Procesal de Familia.
Coordinador Local de Unidad de Defensa de la Familia (CUDFS).	Si estoy de acuerdo, evitaría una serie de conflictos y le brindaría seguridad jurídica a las personas que usen estas técnicas.
10. ¿Considera que el sistema jurídico salvadoreño está listo para regular las técnicas de reproducción humana asistida y la voluntad procreacional como tercera forma de filiación?	
Defensor público de familia 1 (DPF1).	Considera que no, pero debería de comenzar ya, haciendo publicidad para dar a conocer y pedir la opinión de la sociedad, para saber que piensan de las técnicas.
Defensor público de familia 2 (DPF2).	A nivel de sistema de justicia si considero que está listo, el problema devendría de otros sectores.
Abogado en el libre ejercicio 1 (ALE1).	Yo creería que no por el tipo de cultura que tenemos, no está listo, tiene que ser un proceso que debería de empezar ya, pero en la actualidad no se alcanza a regular las adopciones y al tratarse de las técnicas que es algo más científico y complejo.

Abogado en el libre ejercicio 2 (ALE2).	No.
Coordinador Local de Unidad de Defensa de la Familia (CUDFS).	Considero que, si está listo, lo único que falta es voluntad política para desarrollar el tema, no creo que el tema económico para implementar estos procedimientos sea un impedimento para el Estado.
11. ¿En su opinión considera que constitucionalmente viable regular las técnicas de reproducción asistida y la voluntad procreacional como tercera forma de filiación en El Salvador? ¿y por qué?	
Defensor público de familia 1 (DPF1).	Si, desde el momento en que el Estado regula y promueve que es la familia es la base fundamental de la sociedad y en el art. 2 tiene libertad de expresión, de decidir, esta de manera generalizada, pero considero que está entre los principios constitucionales.
Defensor público de familia 2 (DPF2).	Si, la constitución no lo prohíbe.
Abogado en el libre ejercicio 1 (ALE1).	Si lo generaliza, pero no lo incluye, pero debe de existir una reforma porque no está regulado de forma específica.
Abogado en el libre ejercicio 2 (ALE2).	Si, la Constitución establece que la familia es la base fundamental de la sociedad y regula el derecho a la salud en un sentido amplio, dentro de este derecho está el derecho a la salud reproductiva.
Coordinador Local de Unidad de Defensa de la Familia (CUDFS).	Si, por que la constitución se regula el derecho a la familia y la ley secundaria junto con la normativa internacional te establece lo relativo a constituir una familia como derecho humano, estas técnicas serian un medio para la concreción de este derecho el cual se formalizaría con la voluntad procreacional.
12. Según su opinión, ¿Cuáles son los desafíos legales de regular la voluntad procreacional como tercera forma de filiación?	

Defensor público de familia 1 (DPF1).	Los desafíos más que legales se derivan de la cultura, porque en la sociedad salvadoreña predomina el machismo y la incidencia de la religión para este tipo de reformas.
Defensor público de familia 2 (DPF2).	Retomar un enfoque de derechos humanos en las leyes secundarias, así como se advierte en los tratados e instrumentos internacionales de derechos humanos.
Abogado en el libre ejercicio 1 (ALE1).	Los desafíos legales serían las reformas que tienen que elaborarse, pero no solo son legales, también hay desafíos culturales, por la religión y en lo económico.
Abogado en el libre ejercicio 2 (ALE2).	Los desafíos en un principio serían las reformas al Código de Familia, porque acarrearía muchas situaciones legales en relación a las familias, así como la niñez y adolescencia.
Coordinador Local de Unidad de Defensa de la Familia (CUDFS).	Desafíos legales sería, poner en sintonía la legislación con los tratados internacionales tomando en consideración leyes de otros países.

13. ¿Conoce en que consiste el derecho a la salud reproductiva?

Defensor público de familia 1 (DPF1).	Si, es el derecho de acceder a todo lo relacionado con la salud sexual, a los métodos anticonceptivos, la libertad de elegir cuantos hijos procrear o no y en qué momento hacerlo.
Defensor público de familia 2 (DPF2).	Si, tiene que ver con las circunstancias sexuales, la procreación, decidir si procrear o no y con quien y en qué momento.
Abogado en el libre ejercicio 1 (ALE1).	Si, es un derecho que se deriva del derecho a la salud en su dimensión positiva, consiste en recibir información y educación en salud sexual y reproductiva, la libertad de decidir en qué momento procrear hijos o simplemente no hacerlo.
Abogado en el libre ejercicio 2 (ALE2).	Si, es el derecho que toda persona tiene en cuanto a recibir información y educación sexual y reproductiva, el derecho de decidir si procrear hijos o no.

Coordinador Local de Unidad de Defensa de la Familia (CUDFS).	Sí, sé que comprende el derecho a tener consultas médicas con respecto a la salud reproductiva, prevención de ETS, a conocer los métodos anticonceptivos, a decidir procrear o no y en qué momento aplicarla.
14. ¿Dónde se encuentra regulado el derecho a la salud reproductiva en la normativa salvadoreña?	
Defensor público de familia 1 (DPF1).	En el art 2 de la Constitución desde que se regula el derecho a la vida y también más adelante está regulado el derecho a la salud en un sentido general.
Defensor público de familia 2 (DPF2).	Se deriva del derecho a la salud en general que lo regula la Constitución.
Abogado en el libre ejercicio 1 (ALE1).	En la constitución por el derecho a la salud, de ahí se deriva el derecho a la salud reproductiva.
Abogado en el libre ejercicio 2 (ALE2).	En la constitución aborda el derecho a la salud y específicamente el derecho a la salud reproductiva en la LEPINA.
Coordinador Local de Unidad de Defensa de la Familia (CUDFS).	Se deriva del derecho a la salud en la Constitución, aunque no está desarrollado de forma expresa.
15. ¿Cuáles son las circunstancias legales que giran en torno a la situación actual con respecto al derecho a la salud reproductiva?	
Defensor público de familia 1 (DPF1).	Pienso que este derecho no se garantiza porque no todos conocen sobre el derecho a la salud reproductiva y lo que implica.
Defensor público de familia 2 (DPF2).	No existe un reconocimiento como tal de forma expresa ha sido necesaria la interpretación de la Sala de lo Constitucional o mirar a los tratados y convenciones internacionales.

Abogado en el libre ejercicio 1 (ALE1).	Hay gente que desconoce y no todos tienen el acceso a poder optar por una técnica de esas.
Abogado en el libre ejercicio 2 (ALE2).	Yo pienso que muchos desconocen este derecho, tiene que haber más educación en cuanto al derecho a la salud reproductiva para que las personas puedan gozar este derecho.
Coordinador Local de Unidad de Defensa de la Familia (CUDFS).	Actualmente no hay difusión al respecto para conocer y hacer valer sus derechos que se desprenden de este derecho.
16. ¿Dónde se encuentra regulado el derecho a formar una familia?	
Defensor público de familia 1 (DPF1).	El derecho a formar una familia se encuentra regulado en la Constitución, desde que establece que la familia es la base fundamental de la sociedad y en el artículo 6 del Código de Familia.
Defensor público de familia 2 (DPF2).	De forma expresa y bien detallada en los instrumentos internacionales y la sala de lo constitucional lo ha retomado.
Abogado en el libre ejercicio 1 (ALE1).	En el artículo 6 del Código de Familia.
Abogado en el libre ejercicio 2 (ALE2).	En la Constitución, en el Código de Familia y también en la LEPINA porque ahí están todos los derechos de la niñez y adolescencia.
Coordinador Local de Unidad de Defensa de la Familia (CUDFS).	En la Constitución y en el código de familia, así como en los tratados internacionales.
17. ¿Cuáles son las circunstancias legales que giran en torno a la situación actual con respecto al derecho a formar una familia?	
Defensor público de familia 1 (DPF1).	En términos generales las personas conocen el derecho a formar una familia, pero no saben dónde está regulado y

	considero que en algunos casos no se garantiza el derecho a formar una familia.
Defensor público de familia 2 (DPF2).	Actualmente se ha quedado desfasada la ley escrita y pese a que la jurisprudencia lo amplia no es la forma correcta de regularse.
Abogado en el libre ejercicio 1 (ALE1).	En términos generales las personas conocen el derecho a formar una familia, pero no consideran la estabilidad económica y emocional al momento de formar una familia y por esa razón hay mucha desintegración en las familias.
Abogado en el libre ejercicio 2 (ALE2).	Mi criterio es que no se garantiza, las familias tienen hijos sin tener estabilidad económica, emocional.
Coordinador Local de Unidad de Defensa de la Familia (CUDFS).	Actualmente constituye una familia por los vínculos consanguíneos y la adopción, así como con la institución del matrimonio y las uniones no matrimoniales.
18. ¿Considera que al regular las técnicas de reproducción humana asistida se garantizarán los derechos a la salud reproductiva y a formar una familia?	
Defensor público de familia 1 (DPF1).	Pues creería yo que no, podría dar apertura para que las personas LGTBI puedan formar una familia y en ese caso se tiene que reformar la Constitución y el Código de Familia.
Defensor público de familia 2 (DPF2).	Si.
Abogado en el libre ejercicio 1 (ALE1).	No se garantiza, más bien se regula, porque independientemente de que exista o no siempre se practican en clínicas privadas y las personas con problemas de fertilidad cumplen el deseo de ser padres o madres.
Abogado en el libre ejercicio 2 (ALE2).	Si, por eso es necesario que se regule y que la normativa se adecue a los avances científicos y tecnológicos.
Coordinador Local de Unidad de Defensa de la Familia (CUDFS).	Sí, generaría mayor protección.

19. ¿Qué opinión le genera las conductas descritas en el artículo 196 del código penal (suplantación y la alteración de estado familiar) con respecto a que es una conducta consecuente al uso de las técnicas de reproducción asistida? ¿de crearse una ley con respecto a las TRHA y la voluntad procreacional, debe eliminarse el delito o hacer excepciones?

Defensor público de familia 1 (DPF1).	La ley especial que regule las técnicas tendría que tener relación con el Código Penal, en relación a las conductas reguladas en el referido Código.
Defensor público de familia 2 (DPF2).	Actualmente sería un problema, pero al regularse se debe adecuar la normativa penal a los nuevos supuestos de la ley de TRHA.
Abogado en el libre ejercicio 1 (ALE1).	En la ley especial deberían de ampliarse los delitos relativos al Código Penal para controlar y que exista un ente sancionar, para que exista un tipo de control no dejar desprotegido el ámbito penal.
Abogado en el libre ejercicio 2 (ALE2).	Las conductas ilícitas que se regulan en el Código Penal deberían de incluirse en la ley especial.
Coordinador Local de Unidad de Defensa de la Familia (CUDFS).	Si surgiera la ley de TRHA se debería reformar el tipo penal para armonizarlo con el procedimiento previo de consentimiento del uso de la TRHA y luego al momento de brindar datos en el Registro no hacer mención con respecto al origen de la procreación, pero respaldado de documentos que acrediten la práctica de la técnica y el consentimiento del padre genético.

20. ¿Qué opinión le genera la conducta descrita en el artículo 198 del código penal donde existe una prohibición expresa de la maternidad subrogada, siendo esta una de las TRHA ¿de crearse una ley con respecto a las TRHA debe eliminarse el delito o seguirse prohibiendo esa técnica en particular más no las demás?

Defensor público de familia 1 (DPF1).	Al crearse la ley especial, siempre debería de adecuarse el art. 198 y regularse todo lo relacionado a la maternidad subrogada.
Defensor público de familia 2 (DPF2).	Pienso que hay dos caminos, 1. O se deja fuera la maternidad subrogada de la ley que se crearía; o 2. Se regula la maternidad subrogada y todas las circunstancias, adecuando la ley penal a esa disposición especial.
Abogado en el libre ejercicio 1 (ALE1).	La maternidad subrogada no es una técnica de reproducción asistida permitida por la legislación salvadoreña actualmente y mi opinión es que no se incluya en la ley especial.
Abogado en el libre ejercicio 2 (ALE2).	Pienso que la conducta descrita en el art. 198 que en el Código Penal es un tema delicado y complejo y por el momento está bien que continúe como una prohibición, ya al crearse la ley especial debería eliminarse porque es una de las técnicas, pero debe de establecerse la forma de proceder con esa técnica y valorar todas las circunstancias.
Coordinador Local de Unidad de Defensa de la Familia (CUDFS).	Cuando se crea leyes penales colateral a la legislación penal conlleva una serie de inconvenientes donde no está armonizada la ley especial con la ley penal, generando controversias de aplicación porque no compaginan los principios dogmáticos jurídicos, soy de la opinión que se debería incorporar la maternidad subrogada como técnica y adecuar el tipo penal o eliminarlo.