**Cuestionario sobre salvaguardias para la protección de los derechos de niñas y niños nacidos a partir de acuerdos de maternidad subrogada, solicitado por la Relatora Especial sobre la Venta y Explotación de Niños como insumo para el informe a presentar en la 74ª Asamblea General de las Naciones Unidas.**

En respuesta a solicitud del Ministerio de Relaciones Exteriores, se remite insumo conteniendo respuestas a cuestionario sobre salvaguardias para la protección de los derechos de niñas y niños nacidos a partir de acuerdos de maternidad subrogada.

Previo a responder las cuestiones planteadas, es necesario tomar en cuenta ciertas consideraciones sobre el contexto nacional de los acuerdos de maternidad subrogada.

**En El Salvador, las múltiples consecuencias que derivan de los avances científicos no están reguladas taxativamente dentro del ordenamiento jurídico. En el derecho de familia, civil y penal salvadoreño no existe normativa sobre aspectos de la vida familiar que hoy en día han cambiado por el avance de las ciencias médicas, siendo uno de éstos, la filiación procedente de acuerdos de maternidad subrogada.**

En lo concerniente a la fecundación humana asistida, a pesar de no estar expresamente prohibida, tampoco existe regulación jurídica al respecto. El artículo 8 de la Constitución de la República, establece que nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda ni a privarse de lo que no prohíbe; como consecuencia, si bien no se cuenta con normas que señalen los límites, responsabilidades y consecuencias legales del uso de estas técnicas (como el caso de los acuerdos de maternidad subrogada), tampoco es posible tomar medidas regulatorias o sancionatorias de manera general al respecto de este tipo de acuerdos.

Caso aparte son las prácticas que se encuentran expresamente prohibidas por la legislación penal, las cuales sí constituyen tipos penales delictivos determinados en la ley[[1]](#footnote-1) (ver Anexo 1). El aparente vacío normativo, no implica que jueces y demás operadores del Órgano Judicial no deban responder ante este tipo de situaciones, en estos casos, acuden a los principios rectores del derecho constitucional y de familia, para poder resolver aquellos problemas derivados de la aplicación de estas nuevas técnicas de procreación y sus consecuencias.

La Sala de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia, emitió sentencia con referencia 1055-Ca.Fam.S.S., sobre un proceso de impugnación de reconocimiento voluntario de paternidad en un caso de inseminación artificial consentida, estipulando: “En el caso conocido por este tribunal hay **anomia** pues no hay norma que expresamente regule lo concerniente a la fecundación humana asistida. El Art. 7 literal f) de la Ley Procesal de Familia nos ordena fallar, no obstante ausencia de norma, puesto que la ley debe irse adaptando a las nuevas exigencias y realidades de la vida moderna”; en este caso, los juzgadores recurrieron a la “doctrina de los expositores”, denominada también teoría de la responsabilidad procreacional, involucrada en la fecundación humana asistida[[2]](#footnote-2). Atendiendo a la normativa en materia de familia, estos casos específicos se resuelven con base en lo dispuesto para situaciones análogas por otras leyes (siempre atendiendo a la naturaleza del derecho de familia), en defecto de lo anterior, atendiendo a los principios del Derecho Familiar, y a falta de éstos, en razones de buen sentido y equidad.

En conclusión, si bien la normativa civil, penal y familiar salvadoreña es insuficiente para dar solución a los casos que plantean las técnicas de reproducción humana asistida, ante la falta de una legislación específica sobre la materia, existe siempre el deber legal de resolver los asuntos particulares en caso de suscitarse una controversia y ser llevados a los tribunales.

Realizadas las consideraciones anteriores, se da respuesta al cuestionario requerido.

1. **Identidad, origen y filiación**

**1. Describa las salvaguardias que protegen los derechos de identidad.**

**a) Regulación del derecho a la identificación.**

La Constitución de la República señala en su Art. 36 inciso 3° “Toda persona tiene derecho a tener un nombre que la identifique. La ley secundaria regulará esta materia”; la **Ley del Nombre de la Persona Natural**, desarrolla la disposición constitucional para regular el nombre de las personas, en cuanto a su formación, adquisición, elementos, cambios, uso y protección.

El Art. 74 de la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia (LEPINA)[[3]](#footnote-3) retoma este derecho, estableciendo que el nacimiento de una persona debe ser inscrito inmediata y gratuitamente en el Registro del Estado Familiar, siendo obligación del Estado garantizar que sean identificadas oportunamente. Los artículos 78-80 de la LEPINA son interdependientes al derecho a la identidad y cumplen una función característica en la determinación, preservación y/o restitución de la identidad, por cuanto están estrechamente relacionados con la filiación, a la crianza en familia y a las relaciones personales con los padres y madres, que son parte constitutiva de la identidad como derecho humano fundamental.

**b) Regulación del derecho a la identidad.**

La LEPINA establece el Derecho a la Identidad de niñas, niños y adolescentes (NNA) y los elementos que la constituyen, especialmente al nombre, la nacionalidad, su relación paterna y materna filiales y la obtención de documentos públicos de identidad de conformidad con la Ley (Art. 73). Esta norma jurídica establece la identidad como un derecho universal para las NNA, siendo parte integral de la personalidad de los mismos.

La inscripción en el Registro del Estado Familiar es presupuesto indispensable para la materialización de este derecho; la Ley Transitoria del Registro del Estado Familiar y de los Regímenes Patrimoniales del Matrimonio establece la regulación para registrar, conservar y facilitar la localización y consulta de la información sobre hechos y actos jurídicos constitutivos, modificativos o extintivos del Estado Familiar. En este registro, se inscribe todo nacimiento vivo, teniendo la obligación el padre, la madre o el pariente más próximo del recién nacido de informar al registrador.

Las garantías antes expuestas no aplican en el contexto de los acuerdos de maternidad subrogada.

**2. Describa las salvaguardias que protegen el acceso a los orígenes personales.**

El **Código de Familia**[[4]](#footnote-4) regula el derecho a investigar la paternidad o maternidad, señalando que el hijo tiene derecho a investigar quiénes son sus progenitores (Art. 139 CF). Además, la **Ley Especial de Adopciones** en su Art. 15, regula el derecho de la persona adoptada a conocer a su madre y padre biológicos; señalándolo como irrenunciable e imprescriptible y responsabilizando a las autoridades competentes de la conservación de la información relativa al origen, así como de la garantía, acceso y debido asesoramiento a la persona adoptada o a su representante[[5]](#footnote-5).

Lo anterior no aplica en el contexto de los acuerdos de maternidad subrogada.

**3. Cómo se equilibra el derecho al acceso a los orígenes personales con el derecho a la privacidad de los padres y donantes de gametos.**

No aplica, pues no existe legislación que regule la maternidad subrogada.

**4- Describa las salvaguardias que protegen el entorno familiar.**

Lo concerniente a las salvaguardias del derecho a la identidad (Art. 7 y 8 de la CDN) se encuentra señalado en la respuesta a la pregunta 1.

**a) Protección de la familia por parte del Estado e igualdad de hijos e hijas.**

La Constitución de la República establece que la familia como base fundamental de la sociedad, tiene la protección del Estado, que dictará la legislación necesaria y creerá los organismos y servicios apropiados para su integración, bienestar y desarrollo (Art. 32 Cn.). Desarrolla el principio de igualdad, estipulando que “Los hijos nacidos dentro o fuera de matrimonio y los adoptivos, tienen iguales derechos frente a sus padres. Es obligación de estos dar a sus hijos protección, asistencia, educación y seguridad” (Art. 36 Cn); este principio se retoma en el Código de Familia, el cual regula que cualquiera que sea su naturaleza de filiación, los hijos tendrán los mismos derechos y deberes familiares (Art. 202).

**b) Principio de corresponsabilidad: Familia, Estado y sociedad**

El principio de corresponsabilidad establecido en la LEPINA, regula que la garantía de los derechos de las niñas, niños y adolescentes corresponde además del Estado, a la familia y a la sociedad; este principio, lleva un componente de responsabilidad directa de padres y madres, por formar parte del ambiente natural e idóneo en el cual se favorece el desarrollo de la personalidad de las NNA.

**c) El interés superior de la niña, niño o adolescentes**

La LEPINA desarrolla el concepto de interés superior de la NNA, como “toda situación que favorezca su desarrollo físico, espiritual, psicológico, moral y social para lograr el pleno y armonioso desenvolvimiento de su personalidad.” Para ponderar este principio, debe considerarse la condición de sujeto de derechos y la no afectación del contenido esencial de los mismos; la opinión de la NNA; su desarrollo evolutivo y bienestar; el parecer de la persona responsable de la NNA; y, que la decisión que se tome deberá ser aquella que más derechos garantice y que menos derechos restrinja.

**d) Derecho a la reunificación familiar**

Regulado en el Art. 45 de la LEPINA, establece que los extranjeros que residan legalmente en el país tienen derecho de solicitar el ingreso de sus hijas e hijos al territorio de la República, acreditando su vínculo familiar; de igual forma, podrán solicitar la regularización legal de sus hijas e hijos. Además, NNA extranjeros que residan legalmente en el país, también tienen derecho a solicitar ante las autoridades el ingreso de su familia, así como su regularización legal, acreditando el vínculo familiar. Este derecho únicamente puede denegarse cuando la reunificación familiar contraríe el interés superior de la NNA, o si existe una causa legal previa.

**e**) Derecho de NNA a conocer a su madre y padre, ser criados y mantener relaciones personales con ellos. Está regulado por la LEPINA dentro de los derechos al desarrollo de NNA (arts. 78-79 relacionados con Arts. 203, 211 y 212, 217 CF).

**f) Regulaciones migratorias**

Para garantizar los derechos de NNA e impedir prácticas ilícitas que los vulneren, éstos solamente pueden trasladarse fuera del país, acompañados por su padre y madre. En el caso que viajen con uno solo de ellos u otra persona, se requiere autorización de sus padres expedida en acta notarial o documento autorizado por la Procuraduría General de la República (Art. 44 LEPINA).

**g) Protección frente a la trata y protección especial frente al traslado y retención ilícitos**

En sentido amplio abarcan desde la infracción del derecho de custodia atribuido a una persona, autoridad o institución y prevé la prohibición de traslados y retenciones de NNA, que califica como ilícitas, aun cuando hayan tenido como origen el ejercicio de la autoridad parental, la guarda y el cuidado personal, el régimen de visitas o las normas sobre autorización para salir del país (Art. 41 y 43 LEPINA).

Estas salvaguardas, no aplican en el contexto de los acuerdos de maternidad subrogada.

**5- Proporcione información sobre las disposiciones legales o prácticas existentes para el establecimiento, reconocimiento e impugnación de la paternidad.**

El Código de Familia (CF) es el instrumento legal que regula las formas de establecer la paternidad, menciona en su Art. 134, que “la filiación puede ser por consanguinidad o por adopción”, y que la paternidad se establece “por disposición de ley, por reconocimiento voluntario o por declaración judicial” (Art. 135).

1. Paternidad por Disposición de Ley. Se presume legalmente que son hijos del marido, los nacidos después del matrimonio y antes de los 300 días siguientes a su disolución (Art. 141 CF); además, establece reglas para establecer la paternidad cuando la madre hubiere contraído otras nupcias: presume que el hijo es del primer marido si nace dentro de los 180 posteriores al segundo matrimonio y que es del segundo marido, si nace después de 180 del segundo matrimonio (Art. 142 CF).
2. El Reconocimiento Voluntario es el realizado por el padre por su propia voluntad, la legislación es bastante amplia al regular las formas en que puede realizarse: inscribir el nacimiento en las alcaldías municipales; en escritura pública de matrimonio o en acta matrimonial otorgada ante los Gobernadores Departamentales, Procurador General de la República y Alcaldes Municipales; en acta ante el Procurador General de la República o Procuradores Auxiliares; en escritura pública ante notario; en testamento, y en escritos u otros actos judiciales (Art. 143 CF).
3. Reconocimiento Judicial de Paternidad. El hijo no reconocido, la madre y el padre mismo, tienen derecho a exigir la declaratoria judicial de paternidad ante el juez competente; éste la declarará al probarla por la manifestación expresa o tácita del padre, por su relación sexual con la madre en el periodo de la concepción, o por otros hechos análogos de los que se infiera inequívocamente la paternidad (Art. 149 CF).

En cuanto a la impugnación de la paternidad, la legislación estipula cuatro vías judiciales: impugnación por el marido, impugnación por terceros, impugnación por parte del hijo (del reconocimiento voluntario), y nulidad del reconocimiento voluntario.

1. Impugnación por el marido. El marido que solicita la impugnación debe probar irrefutablemente que el hijo no ha podido ser engendrado por él. El juez, valorará la prueba y resolverá si procede la impugnación (Art. 151 CF).
2. Impugnación de la paternidad del marido por terceros. Esta opera en caso de la muerte del marido, si ésta ocurre antes de vencido el término para impugnar su paternidad o antes de que el hijo nazca, sus herederos y ascendientes, aunque no tengan parte alguna en la sucesión, podrán impugnar la paternidad. También podrá hacerlo toda persona a quien dicha paternidad le cause un perjuicio (Art. 153 CF).
3. La Impugnación del reconocimiento voluntario le corresponde promoverla al hijo, los ascendientes del padre y quienes tuvieren interés, probando que no es posible que el hijo haya tenido por padre al reconociente (Art. 156 CF).
4. La nulidad del reconocimiento voluntario de la paternidad por vicios del consentimiento podrá pedirla el reconociente dentro del plazo de 90 días desde que se conoció el vicio que la invalida (Art. 158 CF).

**Se aclara que el Código de Familia de El Salvador data de 1992, por lo que no recoge en su totalidad enfoques de derechos humanos, género, protección integral de niñas, niños y adolescentes. Sin embargo, con la entrada en vigencia de la LEPINA en 2009, se mandata que el principio del interés superior de la NNA debe considerarse en la interpretación, aplicación e integración de toda norma, así como en la toma de decisiones judiciales, siendo de obligatorio cumplimiento en lo relativo a asegurar su desarrollo integral y el disfrute pleno de sus derechos y garantías (Art. 12 LEPINA).**

**6- Especifique como se establece la paternidad en el contexto de los acuerdos de maternidad subrogada.**

No aplica, pues no existe legislación que regule la maternidad subrogada.

1. **Venta de niños**

**1. Sírvanse proporcionar información sobre las leyes que prohíben la venta y el tráfico de niños**

La **Ley Especial contra la Trata de Personas**[[6]](#footnote-6) tipifica la venta de NNA como Trata Agravada de personas (Arts. 5, 54 y 55) sancionando con pena de 16 a 20 años de prisión e inhabilitación especial en el ejercicio de la profesión, cargo o empleo público o privado, durante el tiempo que dure la condena. Asimismo, la remuneración en el delito de Trata de personas es sancionada con pena de prisión de cuatro a diez años, incrementándose en una tercera parte del máximo si la victima fuere NNA (Art. 56). Para su investigación se crearon las Unidades Especializadas contra la Trata de Personas y Delitos Conexos en la Policía Nacional Civil y la Fiscalía General de la República.

Por otra parte, el Código Penal[[7]](#footnote-7) tipifica como delito la alteración de la filiación (Art. 198 CP), definiéndola como la entrega de un hijo o descendiente a otra persona, mediando compensación económica, para establecer una relación análoga a la de la filiación; la pena es de uno a tres años de prisión (ver anexo 1).

Lo anterior no aplica en el contexto de los acuerdos de maternidad subrogada.

**2. Salvaguardias contra la venta y tráfico de niños para acuerdos de maternidad subrogada.**

No existen salvaguardias creadas para los acuerdos de maternidad subrogada.

**3. Idoneidad de salvaguardias contra la venta y el tráfico de niños en acuerdos de maternidad subrogada**

No existen salvaguardias para los acuerdos de maternidad subrogada.

**4- Mencione situaciones y proporcione datos sobre casos en los que la ausencia de salvaguardias haya permitido la filiación de estas normas o las haya hecho peligrar.**

No existen datos disponibles.

**5- Indique número y tipos de casos en que se hayan utilizado salvaguardias contra la venta de niños en causas penales en el contexto de acuerdos de maternidad subrogada.**

Si bien existe regulación contra la venta de NNA (ver anexo 1), no aplica para acuerdos de maternidad subrogada.

1. **Datos**

En concordancia con las respuestas anteriores, debido a que la maternidad subrogada en El Salvador no se encuentra regulada ni expresamente prohibida, no se cuenta con datos estadísticos que den cuenta de los acuerdos de maternidad subrogada, por lo que no es posible dar respuesta a las preguntas de la sección.

1. Estas prácticas han sido tipificadas como delito en el Código Penal de El Salvador: la manipulación genética (art. 140), la manipulación genética culposa (art. 141), la inseminación artificial no consentida (art. 156), la inseminación fraudulenta (art. 157); la suplantación y alteración de Estado Familiar (art. 196), la alteración de la filiación (art. 198); y, el delito de trata de personas (art. 54 de la Ley Especial contra la Trata de Personas) [↑](#footnote-ref-1)
2. La sentencia en mención, además señala: “Que, frente a ese dinamismo propio del derecho de familia, especialmente en materia de filiación, la nueva realidad científica en el conocimiento de la biología humana impone que, tras la aparición de las técnicas de reproducción humana asistida, se ofrezcan soluciones legales que mejor acompañen a esos cambios”. [↑](#footnote-ref-2)
3. La LEPINA puede ser consultada en: [https://www.asamblea.gob.sv/sites/default/files/documents/ decretos/3F9B9266-DEF0-401E-92A0-5FD23785E100.pdf](https://www.asamblea.gob.sv/sites/default/files/documents/%20decretos/3F9B9266-DEF0-401E-92A0-5FD23785E100.pdf) [↑](#footnote-ref-3)
4. El Código de Familia puede ser consultado en: [https://www.asamblea.gob.sv/sites/default/files/ documents/decretos/88FED078-8376-413E-B252-DFF53092F8A9.pdf](https://www.asamblea.gob.sv/sites/default/files/%20documents/decretos/88FED078-8376-413E-B252-DFF53092F8A9.pdf) [↑](#footnote-ref-4)
5. Esta ley regula el resguardo y custodia de las diligencias y actuaciones administrativas o judiciales propias de la adopción, fin de conservar la información relativa a los orígenes de la persona adoptada, la identidad de su madre o padre, su historial médico y de su familia de origen. La certificación de dichas diligencias solo expide a solicitud de las personas adoptantes, de la persona adoptada y de su apoderada o apoderado. [↑](#footnote-ref-5)
6. La Ley Especial contra la Trata de Personas puede ser consultada en: [https://www.asamblea.gob.sv/sites /default/files/documents/decretos/171117\_073511571\_archivo\_documento\_legislativo.pdf](https://www.asamblea.gob.sv/sites%20/default/files/documents/decretos/171117_073511571_archivo_documento_legislativo.pdf) [↑](#footnote-ref-6)
7. El Código Penal de El Salvador puede ser consultado en: [https://www.asamblea.gob.sv/sites/default/ files/documents/decretos/C0AB56F8-AF37-4F25-AD90-08AE401C0BA7.pdf](https://www.asamblea.gob.sv/sites/default/%20files/documents/decretos/C0AB56F8-AF37-4F25-AD90-08AE401C0BA7.pdf) [↑](#footnote-ref-7)