

Bioética y derecho de familia: problemas actuales sobre filiación y responsabilidad

*Raúl Eduardo Miranda Luna y
Roberto Enrique Rodríguez Meléndez¹*

Resumen

Las innumerables consecuencias jurídicas que se derivan de los avances científicos, no se sistematizan ni asumen con facilidad dentro de un ordenamiento jurídico definido, debido a que afectan a diversos sectores del mismo. Uno de los afectados del derecho salvadoreño es el derecho de familia. En ese sentido, los avances tecnológicos hacen que la norma de determinados aspectos de la vida familiar deba ser reestructurada o, por lo menos, adecuada a la realidad cambiante. Uno de estos ámbitos específicos afectados es el de la filiación y la determinación de responsabilidades. Por consiguiente, el análisis que presenta este artículo no aborda en directo la bioética, la biotecnología o la biomedicina, sino la repercusión de estas ciencias en el ordenamiento jurídico.

Introducción

Haciendo eco de un efecto extensivo de la disposición constitucional que garantiza la igualdad de los derechos de los ciudadanos ante el Estado,

debemos destacar que, sin importar el origen de los mismos, es menester proveer de los mecanismos para que éstos tengan igualdad de oportunidades para que los derechos que las leyes secundarias regulan sean efectivos. Más aún, es necesario que

1. Abogados asistentes del Centro de Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia. Roberto Rodríguez es también docente e investigador del Departamento de Ciencias Jurídicas de la Universidad Centroamericana "José Simeón Cañas".

el marco legal del cual vayan a depender los ciudadanos, se encuentre lo suficientemente bien adecuado a la realidad y al momento histórico que atraviesan. Dada la situación de anomia en lo referente al ámbito de la bioética y la necesidad de orientar las tendencias a las que actualmente se encuentra sometido el régimen de reconocimiento de paternidad y maternidad y sus consecuencias dentro de la ley de familia, es necesario, para generar discusión dentro de los sectores implicados, evaluar críticamente el presente artículo.

Las innumerables consecuencias jurídicas que se derivan de los avances científicos no se sistematizan ni asumen con facilidad dentro de un ordenamiento jurídico definido, debido a que afectan a diversos sectores del mismo. Una de esas áreas de permanente contacto es el debate ético jurídico sobre los avances biomédicos y biotecnológicos de la ciencia médica². Incluso, el término *bioética* ha adquirido recientemente una gran popularidad y ha comenzado a utilizarse para justificar o fundamentar la norma del derecho. Utilizado por primera vez por Potter (en 1971), el vocablo ha alcanzado un gran éxito dentro del ámbito médico y entre los operadores jurídicos, sobre todo por su relación con temas tales como la denominada mala praxis médica, la eutanasia y la eugenesia, el aborto, las repercusiones sobre el desarrollo de técnicas de reproducción asistida etc., hasta por su relación con determinados aspectos muy vinculados al derecho de familia, algunos de los cuales serán analizados a continuación.

Potter define la bioética como "el estudio sistemático de la conducta humana en el área de las ciencias humanas y de la atención sanitaria, en cuanto se examina esa conducta a la luz de valores y principios morales". De forma más precisa, Abel la define como "el estudio interdisciplinar de los problemas suscitados por el progreso biológico y médico, tanto al nivel micro-social como al nivel de la sociedad global, y sus repercusiones sobre la sociedad y su sistema de valores, hoy y mañana"³.

Estos conceptos han pasado al derecho y pueden encontrarse tanto en la norma constitucional como en aquellos cuerpos normativos infraconstitucionales que desarrollan determinadas áreas del de-

recho, afectadas por la evolución y la necesaria adaptación de conceptos o términos clásicos utilizados por las ciencias jurídicas cuando norman las instituciones o las situaciones jurídicas intersubjetivas. Específicamente, el ejercicio de la medicina ha sido, desde la antigüedad, objeto de regulación normativa, pero desde hace pocos años, el interés ha aumentado en gran medida, ya sea por el crecimiento de las denuncias o las demandas contra los profesionales de la misma, o bien, en lo que aquí más interesa, por el cuestionamiento de las ideas o los conceptos que hasta ahora parecían claros por parte de los avances de la ciencia médica o biomédica. Una de estas áreas afectadas del derecho salvadoreño es el derecho de familia. Aquí, los avances tecnológicos hacen que la norma de determinados aspectos de la vida familiar deba ser reestructurada o, por lo menos, adecuada a la realidad cambiante. Uno de estos ámbitos específicos afectados es el de la filiación y la determinación de responsabilidades. Por consiguiente, el análisis que sigue no aborda en directo la bioética, la biotecnología o la biomedicina, sino la repercusión de estas ciencias en el ordenamiento jurídico.

1. La bioética y el derecho de familia

Una consecuencia importante de los avances de la ciencia médica, especialmente de la biomedicina y la biotecnología, es la alteración de los conceptos de paternidad, maternidad y filiación. Si antes se hablaba de maternidad biológica como contrapuesta a la legal, ahora resulta necesario distinguir no sólo aquélla, sino también la maternidad genética y la maternidad por gestación. Desde 1984, la ciencia médica y sus avances tecnológicos han abierto la posibilidad, por ejemplo, de que la madre que dé a luz no sea la madre genética del niño. La mujer puede quedar embarazada a consecuencia de la donación de un embrión procedente de otra pareja. Lógicamente, circunstancias similares afectan los conceptos de paternidad y filiación. Esta realidad muestra la necesidad de crear cauces legales para regular las relaciones que surjan de estas situaciones novedosas. Se trata de supuestos nuevos, los cuales no están contemplados por la perspectiva tradicional del derecho de familia. De hecho, existe ante un vacío normativo.

2. Sobre las relaciones de la bioética con el derecho, puede consultar Paloma Durán y Lalaguna, *Los límites del derecho*, Granada, 1991, pp. 139-212.
3. Tomado de J. Gafo, *Diez palabras claves en bioética*, p. 11.

Esta adecuación de la norma a las situaciones contemporáneas resulta de vital importancia en el mundo de la protección de los derechos fundamentales, ya que el hijo posee derechos y deberes que puede reclamar a sus padres, pero este puede ser un acto problemático si no está claro el vínculo filiativo. Por otra parte, este vacío normativo no obsta para que los jueces y los otros operadores judiciales respondan ante estas situaciones, a partir de los principios rectores del derecho de familia y el derecho constitucional —específicamente a la idea de valores constitucionalmente consagrados— y así puedan resolver aquellos problemas derivados de la aplicación de estas nuevas técnicas de procreación. Debe determinarse, por ejemplo, quiénes deben, en principio, considerarse excluidos o imposibilitados para utilizar los métodos de fecundación asistida, el registro de la procedencia de gametos y embriones, la situación de los donantes de gametos respecto a los hijos, la protección del patrimonio genético humano frente a manipulaciones, como la clonación (la posibilidad de crear copias genéticas), la partenogénesis (la estimulación química o mecánica de un óvulo), la ectogénesis (el desarrollo embrionario en una placenta artificial o no humana), la selección del sexo, la experimentación en embriones humanos, etc.⁴.

Una consecuencia importante de los avances de la ciencia médica, especialmente de la biomedicina y la biotecnología, es la alteración de los conceptos de paternidad, maternidad y filiación.

2. La reproducción asistida y filiación

Las técnicas de procreación asistida en humanos se han desarrollado en sociedades con alto

grado de tecnología. Su objetivo es resolver los problemas de esterilidad o infertilidad en la pareja. Diversos son los métodos utilizados y cada uno acarrea consecuencias jurídicas que, en un momento determinado, pueden llegar a las manos del aplicador del derecho. Analizaremos, por lo tanto, aquellos métodos más tradicionales y luego señalaremos los problemas jurídicos que podrían surgir como producto de la aplicación de dichas técnicas, tanto en relación con aquellos que se someten a las mismas como frente a terceros.

La inseminación artificial consiste básicamente en intentar la fecundación de la mujer por cauces distintos de la relación sexual, introduciendo el semen, previamente obtenido mediante masturbación, en el interior del aparato reproductor de la mujer⁵. La inseminación suele ser dividida en *homóloga* y *heteróloga*, dependiendo de si el material reproductor

procede de la pareja o de un tercer donante. En El Salvador no existe normativa alguna respecto a la inseminación artificial, aun cuando se practica. El Código de Familia, por ejemplo, no establece norma alguna relacionada a los supuestos de esta técnica de reproducción asistida, vinculados con el establecimiento de la filiación, y tampoco existe una ley administrativa específica al respecto. En este sentido, existe en el país una situación de anomia⁶.

Los problemas que esta situación genera son diversos: el registro de este tipo de prácticas, la

4. Podría objetarse que estos adelantos no merecen ser tratados por el derecho salvadoreño, en virtud de que la tecnología necesaria para su implantación y desarrollo no está al alcance de los salvadoreños. Pero esta objeción es falaz: primero, porque en El Salvador ya existen centros médicos donde se practica la reproducción asistida y, por lo tanto, de su intervención pueden resultar consecuencias cuya regulación, como veremos, ameritaría la pronta y necesaria intervención reguladora del Estado; y segundo, porque otras áreas del derecho salvadoreño —aunque no el derecho de familia— ya han incorporado normas y prohibiciones relacionadas con algunas intervenciones que dependen de la aplicación de conocimientos y tecnología médica avanzada. Así, por ejemplo, el Código Penal Salvadoreño regula tipos penales específicos vinculados al avance científico, en el ámbito de la medicina, tales como la manipulación genética (Art. 140 y 141), la inseminación artificial no consentida (Art. 156) o fraudulenta (Art. 157).

5. J. Gafo, *Diez palabras claves en bioética*, p. 170.

6. Esto ha sido ya manifestado por la jurisprudencia emanada por tribunales de familia. Por ejemplo, la sentencia dictada por la Cámara de la Sección del Centro, el 13 de julio de 1995, en la cual, en uno de sus párrafos manifiesta: “con relación a los casos de inseminación artificial, fecundación asistida, fecundación *in vitro* con

idoneidad de los centros donde se practica⁷, el manejo del material genético y la filiación del hijo que podría gestarse. Los problemas más difíciles se plantean en los casos donde interviene un tercero, como podría ser el caso de la inseminación heteróloga, ya que la ley no establece normas o mecanismos para el establecimiento de la filiación padre-hijo que, evidentemente, no puede llevarse a cabo con la paternidad o maternidad biológica. Los medios para la determinación de la paternidad no serían adecuados (prueba de ADN o sangre), ya que éstos, en todo caso, comprobarían la imposibilidad de que el compañero de vida o cónyuge fuese el padre o la madre, desde un punto de vista biológico. Esta situación puede generar problemas jurídicos de difícil dilucidación dentro del derecho de familia, específicamente respecto al establecimiento de la filiación de los hijos gestados a través de un proceso de inseminación heteróloga.

A manera de ejemplo, se puede mencionar que el parlamento europeo ha subrayado que la inseminación heteróloga, ya sea intracorporal o *in vitro*, no es deseable o aconsejable. En el caso de que este principio no sea acogido por alguno de los estados miembros, las parejas debieran ser sometidas a un juicio de idoneidad, en el cual se debiera aplicar por analogía lo previsto en las respectivas leyes de adopción. Aun así, esta directriz europea no ha sido suficiente para resolver los graves problemas surgidos a raíz de esta práctica, sobre todo respecto al posible derecho que pudiesen tener los hijos en cuanto a ser un "auténtico hijo de sus pa-

dres" y a formar parte de una "auténtica familia", cualquiera que sea el punto de vista desde el cual se analice dicha cuestión⁸.

La fecundación *in vitro* implica la posibilidad de que la concepción no se realice en el aparato reproductor femenino, sino en un laboratorio; después, cuando el embrión ha comenzado sus primeras divisiones, se introduce en el interior del útero donde se desarrolla con normalidad. Para su desarrollo es preciso —según Gómez de la Torre— disponer del semen de un hombre, recogido previamente; poseer uno o más óvulos de una mujer, recogidos por un procedimiento técnico, en un centro sanitario adecuado; poner en contacto el semen con el óvulo u óvulos, en una placa de cultivo, y esperar que la fecundación *in vitro* se produzca.

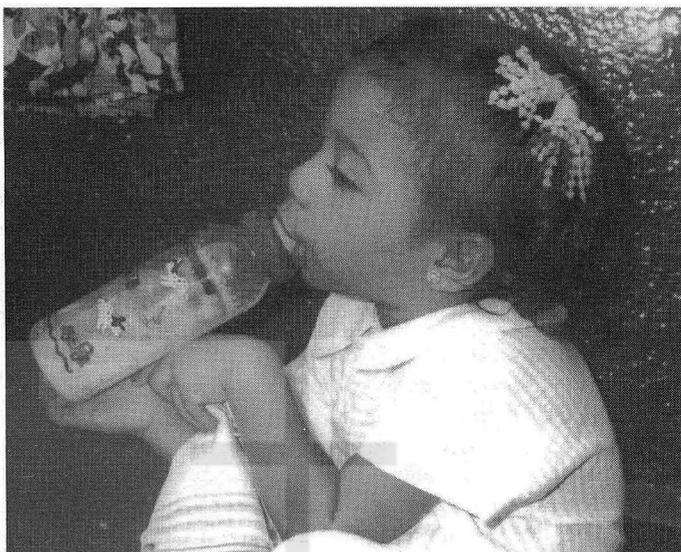
Esta última fase, denominada de transferencia embrionaria, se realiza, por lo general, en un período que puede ir de las veinticuatro a las cuarenta y ocho horas. Su desarrollo o procedimiento comprende tres etapas: obtención y capacitación de los gametos (células sexuales) masculinas y femeninas; fertilización y división *in vitro* (tubo de ensayo) del huevo, cigoto o embrión, y transferencia embrionaria a un seno materno.

No obstante, en la actualidad existen algunas variantes en el proceso originalmente desarrollado de fecundación *in vitro*, con ciertas particularidades en alguna etapa del proceso antes reseñado⁹. En todo caso, el tema podría despertar algunas ob-

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. Algunas de estas técnicas de reproducción eran casi inimaginables hasta hace muy poco tiempo, ya que los campos de la biomedicina, la biogenética y la biotecnología han tenido avances y descubrimientos científicos, que han abierto expectativas y esperanzas en el tratamiento de la esterilidad o infertilidad masculina o femenina cuando otros métodos fueron inadecuados o ineficaces, existiendo una impostergable necesidad para que los estados decreten leyes que regulen dicho status, ya que por lo general, los avances científicos van por delante del derecho, retrasando su acomodación y este sincronismo, entre la ciencia y el derecho [...] ¿Cómo quedaría el derecho de NN a ser protegido por la ley si se le respondiera que su caso no está previsto en la ley y que por lo tanto no tiene derecho a un padre? ¿Cómo justificarían los jueces y magistrados de familia abstenerse de resolver [...] alegándose vacío legal?"

7. En la legislación española es específicamente a través de la Ley sobre técnicas de reproducción humana asistida, la cual, en su Art. 1 se señala la necesidad de que dichas técnicas se realicen en centros y establecimientos sanitarios y científicos autorizados y acreditados.
8. C. Campagnoli y C. Peris, "Las técnicas de reproducción artificial: aspectos médicos", en A. Polaino-Lorente (ed.), *Manual de bioética general*, Madrid, 1994, p. 215.
9. Así, según Gafo, el denominado TIG (Transferencia Intratubárica de Gametos), el TET (Transferencia del Embrión a la Trompa de Falopio) y el proceso de congelación de embriones. Este último mecanismo de criopreservación ha generado ciertos problemas bioéticos, relacionados con la finalidad de los "bancos" de embriones humanos. "En algunos países se cuentan los embriones congelados por varios millares, ya que, al

jeciones de tipo constitucional: en El Salvador, tanto la Constitución como la ley secundaria (el Pacto de San José, es decir, un Tratado sobre Derechos Humanos, ratificado por el Estado salvadoreño y, por lo tanto, con valor de ley de la república) señalan que la vida principia desde la concepción y, en consecuencia, debe ser protegida desde ese momento. Entonces, la etapa de fertilización y división *in vitro* de los gametos es problemática, ya que, por lo general, para evitar fracasos o dar “una opción” se utilizan varios embriones (los cuales debieran ser protegidos de acuerdo con la legislación actual). No obstante, después de utilizar uno de esos embriones, los demás se congelan y, o comercializan o simplemente se desechan.



Autores como Bidart Campos, Andorno y Hoofft plantean, con cierta argumentación, que el embrión es una realidad distinta de sus progenitores y que la tutela de su vida impide constitucionalmente aceptar su eliminación. De ahí que la fecundación *in vitro*, en sí misma, no plantea problemas constitucionales, pero sí la utilización de los embriones que se desechan durante el proceso¹⁰.

Otro de los problemas que se suelen plantear es la cuestión —antes anotada— de quién puede ser sujeto de estas prácticas, ya que la fecundación *in vitro* es un remedio ante situaciones o problemas de esterilidad. No obstante, en la actualidad, se han comenzado a escuchar voces que sugieren la posibilidad de esgrimir el derecho a la procreación por parte de las mujeres sin pareja y en casos de maternidad subrogada. Sin embargo, frente a esta tendencia, diversos estudiosos han resaltado que a partir de la búsqueda del interés superior del menor, debe rechazarse la posibilidad de utilizar estas técnicas en dichos casos.

En la actualidad, como El Salvador no posee normativa alguna al respecto, dichas técnicas no están sujetas a control administrativo o judicial alguno, por lo cual, de forma implícita, el acceso y la utilización de tales mecanismos no ha tenido más control que la posibilidad de sufragar los gastos económicos en que su aplicación incurre para los interesados. Por otra parte, tampoco existen en el ordenamiento jurídico salvadoreño normas que establezcan los límites de estas técnicas de reproducción asistida, diferenciándolas, por ejemplo, de otras prácticas como las manipulaciones genéticas que, por lo general, tanto a nivel de normativas nacionales como de declaraciones conjuntas o tratados internacionales, han sido prohibidas, salvo cuando se tratae de paliar enfermedades de tipo genético o de otra índole¹¹.

Es necesario aclarar, además, que no es igual la regulación normativa de las técnicas de reproducción asistida, que la regulación normativa de los efectos de dichas técnicas. La primera se refiere al mecanismo de cómo el derecho regulará el

tener éxito con la FIV con embriones recientemente concebidos, los crio-preservados se convierten en sobrantes. Es verdad que la pareja puede recurrir a ellos para un ulterior embarazo, pero en cualquier caso, los *stocks* de embriones sobrantes se van haciendo muy elevados, planteándose la cuestión de la posibilidad de su deshecho”, *o.c.*, p. 174. Al respecto véase también A. Polaino-Lorente, *o.c.*, p. 209 y ss.

10. Néstor Pedro Sagües, *Elementos de derecho constitucional*, Tomo 2, Buenos Aires, 1997, p. 269.

11. Un ejemplo de este tipo de prohibiciones es el Art. 14 de la Convención para la protección de los derechos humanos y de la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la biología y de la medicina (Convención sobre los derechos humanos y la biomedicina, Oviedo, España, 4 de abril de 1997, ámbito europeo). La ley española, sobre sobre respecto a las técnicas de reproducción humana asistida, en su Art. 1.3 señala que las mismas “pueden utilizarse también en la prevención y tratamiento de enfermedades de origen genético o

ejercicio de tales prácticas, quién puede ser su beneficiario, cuál es su objetivo y su finalidad, cuáles son los principios generales que deben regir la ejecución de dichas prácticas, la investigación y experimentación permitidas al respecto, etc.; mientras que la segunda comprende dilucidar la filiación (tanto paterna como materna), cuando se han utilizado dichas prácticas.

En el derecho comparado existen dos maneras para normar estas realidades: la primera consiste en separar ambos contenidos y establecer que el primero es objeto de fiscalización sanitaria y administrativa, mientras que el segundo estará directamente relacionado con el derecho de familia. No obstante, también existen legislaciones que dan un tratamiento global al asunto. Es así como existen leyes sobre reproducción asistida que contienen regulaciones de derecho administrativo, pero también para determinar la filiación de los hijos.

Hechas estas aclaraciones, pasemos entonces al tratamiento normativo que podría interesar al derecho de familia en El Salvador: la determinación de la filiación.

3. La filiación en el caso de las técnicas de reproducción asistida

Teniendo en cuenta el actual momento social, científico y jurídico, parece necesario que el régimen jurídico regule la filiación, no sólo las formas o modalidades tradicionales, sino también aquellas que se derivan de la aplicación de las técnicas modernas de reproducción asistida. Algunas razones para ello, tomadas de la legislación catalana, son las siguientes: no debe haber discriminación por razón de nacimiento, por lo que todo menor tiene derecho de conocer a sus padres, lo que exige establecer mecanismos legales de determinación de la filiación para quien haya sido engendrado por

medio de técnicas de reproducción asistida; la filiación es una relación jurídica de carácter sustantivo que debe formar parte del cuerpo de normas pertenecientes al derecho de familia y no de las normas de tipo administrativo-sanitario; la diferencia más importante entre la procreación natural y asistida se encuentra únicamente en ese hecho original (ser natural o asistida), por lo que no hay ningún tipo de conflicto ni dificultad insalvable para una regulación unitaria que asimile la fecundación artificial; no se trata de tomar partido en relación con la práctica de las técnicas de fecundación asistida, sino de determinar la filiación del ser ya nacido mediante dicho procedimiento¹².

La filiación materna es uno de los vacíos que los avances en la biomedicina o de la biotecnología han creado en la legislación positiva salvadoreña, específicamente en materia de familia. No hay regulaciones para establecer el vínculo parental del hijo con sus padres o guardadores inmediatos —entendido estrictamente como un vínculo sanguíneo—, sobre todo en caso de que dicha concepción sea producto final de la inseminación artificial heteróloga o incluso en el caso de la fecundación *in vitro*. En este caso, la concepción se ha logrado mediante la intervención de un tercero —o donante— y, con el devenir del tiempo, dicha intromisión es paliada con la ficción del vínculo biológico que la pareja fomentará, alimentando la psicosis del hijo biológicamente propio¹³.

En la actualidad, la filiación se establece por disposición de ley específicamente a los hijos nacidos durante la vigencia del matrimonio y, a modo presuntivo, partiendo del hecho cierto de la convivencia durante el período de concepción. La presunción de paternidad se ha normado a partir de la celebración del matrimonio, hasta los trescientos días posteriores a la disolución de éste o de su declaratoria de nulidad; dicha presunción no opera si

hereditario, cuando sea posible recurrir a ellas con suficientes garantías diagnósticas y terapéuticas y estén estrictamente indicadas". "El conocimiento de la presencia del factor genético puede ser de gran ayuda tanto para el sujeto, como para los miembros de su familia consanguínea, o afín, que así instruidos podrán poner en práctica las adecuadas medidas preventivas o tomar con conocimiento de causa otro tipo de decisiones importantes (por ejemplo, la de procrear o no, la de realizar una prueba genética prenatal, etc.)", Universidad de Deusto, *Revista Genoma Humano* 1, 1994, p. 183.

12. Estas han sido, entre otras, las razones dentro de la exposición de motivos de la Ley sobre filiación en la Comunidad Autónoma de Cataluña (Ley 7/1991), 27 de abril.
13. Liliانا A. Matozzo de Romualdi, "La biotecnología y el derecho a la identidad", *El Derecho* 8959, 13 de marzo de 1996, citada en los *Cuadernos de Bioética del Grupo de Investigación en Bioética de Galicia* 25, 1, 1996, VII.

el matrimonio se hubiera disuelto por separación de los cónyuges por uno o más años consecutivos. En los casos de nuevo matrimonio, cuando no han mediado trescientos días desde la separación física con el antiguo marido, se requiere que la mujer presente, previo a la celebración del acto, constancia que acredite que no está embarazada. No obstante, si no se observa esta advertencia, por presunción, el producto del parto se atribuye al primer marido, si el hijo nace dentro de los ciento ochenta días posteriores a la celebración del segundo matrimonio; mas si nace en una fecha posterior, se presumirá hijo del segundo.



El establecimiento de la maternidad se verifica si en la partida de nacimiento aparece el nombre de quien lo reconoce como tal, quedando a salvo la posibilidad de ser impugnada con posterioridad, si hay una posible suplantación o por parto falso¹⁴. El reconocimiento de la paternidad es voluntario si el padre, al aportar los datos para inscribir el nacimiento, así lo reconoce; al manifestar la voluntad de reconocimiento en la escritura pública o en acta si fuera el caso, que contiene el acto del matrimonio con la madre del hijo; al efectuarse ante el Procurador General de la República o los procuradores auxiliares departamentales; al otorgarse en escritura pública, aunque el reconocimiento no sea el objeto principal del instrumento; al otorgarse en testamento y al constatar la voluntad del reconociente en escritos u otros actos judiciales. El padre podrá reconocer al hijo concebido y al hijo no nacido mediante cualquiera de estos mecanismos.

Con la entrada en vigencia de la legislación especial de familia, en 1994, se introdujo como

La filiación materna es uno de los vacíos que los avances en la biomedicina o de la biotecnología han creado en la legislación positiva salvadoreña, específicamente en materia de familia.

novedad el *reconocimiento provocado*, que consiste en la posibilidad de que la paternidad fuera reconocida por parte del supuesto padre, en sede judicial, con los procedimientos propios de la sede administrativa, como la Procuraduría General de la República, y que el supuesto padre se hiciera presente con el único fin de manifestar ante el juez de familia su consentimiento de ser o no el padre del menor carente de filiación paterna, sin que la

negación de ese supuesto cause estado. Esta disposición fue reformada hace poco para valorar la existencia del vínculo biológico alegado ante la negativa del supuesto padre a comparecer ante el tribunal, quedando a salvo su derecho a impugnar la paternidad que se le atribu-

yese. Es decir, que la reforma legal va en el sentido de considerar la existencia del vínculo filiativo ante la evasión del supuesto padre en los tribunales.

Según la legislación familiar vigente, la acción de reconocimiento judicial cumple su cometido de emplazar la filiación paterna cuando ésta resulta

14. Art. 162 del Código de Familia. Esta disposición contempla los presupuestos necesarios para impugnar la maternidad. Al mismo tiempo, se señalan los sujetos activos legitimados para ello: el hijo, al verdadero padre o la verdadera madre, la supuesta madre para desconocer al hijo que pasa por suyo, el cónyuge de la supuesta madre e incluso cualquier persona a quien la maternidad putativa perjudique sus derechos sobre la sucesión de los supuestos padre y madre.

de la manifestación expresa o tácita del pretendido padre o de su relación sexual con la madre, en el período de la concepción, o si dentro de ese mismo período hubiere convivido con ella, caso para el cual opera una presunción legal, además de la posesión notoria del estado de hijo.

Aparte de las modalidades para emplazar la filiación, según las regulaciones del Código de familia, para el padre y la madre, conforme a los presupuestos de dicho código o las modalidades de reconocimiento voluntario, provocado y forzoso o judicial, se reconoce la acción e interés imprescriptible y legítimo del hijo para conocer su verdadero origen, clásicamente identificado como padre o madre progenitores. Ahora bien, el problema suele surgir cuando las personas a quienes se les ha emplazado tal calidad lo sean porque cumplen con las obligaciones y deberes de aquéllos por un efecto meramente de suplantación, o por el pleno ejercicio y la posesión del estado familiar de padres y no por vinculación sanguínea.

La reproducción asistida, en cambio, puede dar origen a un conflicto entre los intereses tutelados por las leyes primarias y secundarias, en cuanto a la protección y respeto a la identidad del niño. Por un lado, éste tiene derecho a conocer su origen y procedencia; pero por el otro, la concepción mediante inseminación heteróloga hace desaparecer al tercero del plano familiar. Esta situación debe estar debidamente regulada. Si bien las técnicas y los avances de la biotecnología han servido para paliar o superar el problema social surgido de la imposibilidad para procrear por parte de la pareja, las consecuencias de ello pueden dar pie a verdaderos conflictos, que deben ser regulados a través

de la intervención del legislador, dimensionando adecuadamente las implicaciones éticas y legales.

Este supuesto podría encajar —a manera de ilustración— en una familia que acoge en su seno a un hijo adoptivo, quien, no obstante haber sido proveído del vínculo parental con sus adoptantes, a través de los mecanismos y procedimientos establecidos para ello en el Código de Familia, y por eso mismo posea filiación materna y paterna, también posee el derecho de conocer la verdad biológica acerca de sus ascendientes. El procedimiento establecido por el Artículo 203 de la Ley Procesal de Familia¹⁵ no debiera coartar la iniciativa del interesado para conocer su verdadero origen. La ley establece la cancelación

del asiento de nacimiento del registro y la realización de uno nuevo. Tampoco el ocultamiento de información por parte de los mencionados registros debiera ser obstáculo para el ejercicio del derecho a la verdad.

Esta es una muestra de la complejidad de la filiación, aun cuando se

circunscribe únicamente al ámbito regulatorio de los efectos posteriores al nacimiento. Ahora bien, en la medida en que la bioética se vuelva una práctica generalizada o ponga en entredicho la presunción del vínculo parterno-filial contemplado en el Código de Familia, será necesario llenar el vacío legal o crear nueva legislación que considere las nuevas realidades en este campo.

Al normar los aspectos relativos a la fecundación asistida, es necesario considerar los límites mínimos y máximos a los cuales debería estar sometida dicha práctica de cara a la maternidad, así como también las diversas posturas que conciben la maternidad como un derecho de toda mujer o

En la actualidad, la filiación se establece por disposición de ley específicamente a los hijos nacidos durante la vigencia del matrimonio y, a modo presuntivo, partiendo del hecho cierto de la convivencia durante el período de concepción.

15. El Art. 203 señala que ejecutoriada la resolución, el juez enviará copia certificada al funcionario del Registro del Estado Familiar de la residencia habitual del adoptado, para que asiente una nueva partida de nacimiento en el libro correspondiente. El texto de la nueva partida será el ordinariamente utilizado y no se hará mención de los vínculos del adoptado con sus padres consanguíneos. Asimismo, remitirá copia al Registro del Estado Familiar, donde se encuentra la partida original de nacimiento del adoptado, para su cancelación y marginación. En la cancelación respectiva no se expresarán los motivos de la misma, pero se llevará un registro reservado, en el cual constan dichos motivos. De la partida cancelada y de los asientos del registro reservado, no se expedirán certificaciones, salvo mandato judicial.

limitan el acceso de la mujer sola al tratamiento de la fecundación asistida, por entenderlo como una opción exclusiva para quienes social y culturalmente están llamados a la procreación, es decir, el matrimonio y las parejas o uniones estables. El problema se vuelve latente si los procedimientos y métodos de fecundación asistida son entendidos como producto de los esfuerzos médico-científicos, orientados a paliar las deficiencias de la concepción y, por ende, tienden a comprenderse como tratamientos terapéuticos que, de un modo u otro, excluyen la intervención de otra parte en el proceso reproductor, esto es, a las mujeres solas. A partir del concepto que, fundamentado en la religión, subyace en el ordenamiento civil y en las instituciones desarrolladas por éste, la sexualidad, la intimidad de la pareja y la voluntad procreacional se han conser-

servado mezcladas, sin hacer distinción alguna. Gran parte de la doctrina se ha aferrado a la idea de que existe un derecho a la procreación, derivado de varios derechos fundamentales como el derecho a la vida, a la integridad física y a la libertad¹⁶. Desde esta perspectiva, incluso, se concibe el derecho a procrear como derecho a la libertad personal y no necesariamente ligado a la familia. Es así como se puede optar a las técnicas de reproducción asistida, no siendo necesaria la pareja matrimonial o estable. El Código de Familia salvadoreño reconoce judicialmente la existencia de convivientes y, en su momento, como unión no matrimonial. Al ser una extensión de la libertad personal, la libertad para procrear no tendría por qué considerar si usa

medios naturales o alternativos de reproducción asistida¹⁷.

Con la entrada en vigencia de la legislación especial sobre la familia, en El Salvador se la concibe como una institución mucho más amplia que las definiciones tradicionales. Se puede presuponer que esta concepción más amplia de la familia es reflejo de las constantes convulsiones sociales experimentadas por el país en las últimas décadas, las cuales han obligado, incluso, a replantear la regulación de la ley secundaria. La familia nuclear, integrada por el padre, la madre y los hijos es una realidad del pasado. En la actualidad, predomina un núcleo social conformado por personas afines por encima de vínculos exclusivamente sanguíneos¹⁸. Esta modificación del concepto de familia por parte de la legislación obliga a

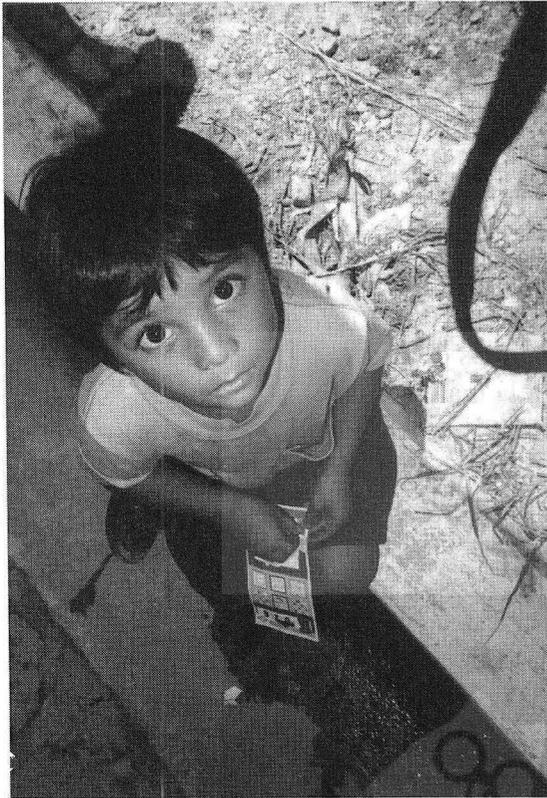
Al normar los aspectos relativos a la fecundación asistida, es necesario considerar [...] también las diversas posturas que conciben la maternidad como un derecho de toda mujer o limitan el acceso de la mujer sola al tratamiento de la fecundación asistida, por entenderlo como una opción exclusiva para quienes social y culturalmente están llamados a la procreación, es decir, el matrimonio y las parejas o uniones estables.

preguntarse por los principios que la inspiraron: la obligación del Estado de fomentar y proteger la unidad de la familia, la igualdad de derechos del hombre y la mujer, y, en particular, los derechos de ésta última cuando es madre y jefa del hogar. Dado que la Constitución y la legislación reconocen a cualquier ser humano su derecho a constituir una familia, no hay viso alguno de que para recurrir a la fertilización asistida, se pueda imponer como requisito previo la existencia de una pareja o de convivientes declarados, imposibilitados por causas biológicas para procrear por vía natural. Al considerar los métodos biotecnológicos como paliativos o superación de la deficiencia de la función de procrear, la mujer sola puede recurrir a

16. M. Gómez de la Torre Vargas, *La fecundación in vitro y la filiación*, Chile, 1993, p. 37.

17. La legislación de Estados Unidos recoge esta posición y contempla, en el ámbito constitucional, el derecho a la libertad de elección personal, en asuntos de matrimonio y vida familiar. Como desarrollo del mismo, en las respectivas legislaciones secundarias se establece el derecho a la procreación, procurando hacerlo efectivo sin distinción de sexo. Además, considera válida la libertad de optar a cualquier tipo de tratamiento natural o alternativo de reproducción.

18. Concepto de Familia, Art. 2 Código de Familia: la familia es el grupo social permanente, constituido por el matrimonio, la unión no matrimonial o el parentesco.



cualesquiera de ellos, siempre y cuando prevalezca la voluntad procreacional inherente al ser humano como tal¹⁹.

Desde esta perspectiva, hay una disociación entre sexualidad y procreación, entre concepción y filiación y entre filiación biológica y formal. Consecuentemente, habrá que cuestionar si el reconocimiento o emplazamiento de la filiación, ya sea voluntario o judicial, tanto de padre como de madre, a los cuales se ha hecho referencia, concuerdan, aunque sea mínimamente, con la verdad biológica y la social. En el caso de la reproducción asistida, el acto procreador ya no es un acto íntimo y personal de la pareja, sino que puede ser ejecutado por una mujer sola e incluso en él participa un tercero, ajeno a la pareja misma.

El estado filiatorio de los menores concebidos mediante alguna de las técnicas de reproducción asistida, respecto a la madre, tiende a establecerse por los mecanismos anteriormente planteados, según la legislación pertinente. La filiación deberá tenerse por sentada a partir de un hecho cierto, como es el alumbramiento, acreditado por el registro correspondiente. Sin embargo, la regla *partus sequitur ventrem*, la cual presupone que existe coincidencia entre la mujer que aporta el óvulo, la que sobrelleva el embarazo y la que da a luz, suele ser aplicada de manera dogmática²⁰. Por lo tanto, las futuras regulaciones que quieran estar más en armonía y congruencia con los adelantos en materia de fecundación asistida, deberán considerar que el emplazamiento de la maternidad pueda efectuarse basándose en la manifestación de voluntad. Esta puede ser rendida ante las entidades médicas a cuyo cargo esté la responsabilidad del tratamiento de fecundación, los laboratorios o las instituciones hospitalarias, que hayan consentido que la mujer sea sometida a alguno de los métodos alternativos para ser fecundada, siempre y cuando en tal actuación haya certeza y formalidad de la materia filiatoria. Esta bien puede ser solventada por intervención notarial o de una autoridad administrativa o judicial.

Algunos han reparado en si es o no adecuado que esa manifestación de voluntad sea rendida ante una entidad meramente sanitaria, puesto que los efectos consecuentes del estado filiatorio de la persona humana devienen, por su propia naturaleza, en una serie de derechos para el nuevo ser, pero principalmente en deberes para las personas que son emplazadas con la paternidad y maternidad del mismo. Estos últimos afrontan una serie de obligaciones que habrá que encarar ante el mismo infante, como ante la sociedad y el Estado. En el caso de la inseminación artificial homóloga, esta situación no se da, porque no crea ninguna situación jurídica especial, ya que de hecho ocurre en el seno de la familia matrimonial o de la pareja de convivientes, cuyos miembros expresan la voluntad de procrear, y el régimen filiatorio, al cual ha-

19. Este problema se ha planteado también desde una perspectiva estrictamente ética, respecto a la maternidad tardía; es decir, la cuestión de si una mujer de edad avanzada, que ha sobrepasado la menopausia, debe tener acceso a las técnicas de reproducción asistida. No dudamos que este tipo de cuestiones resultan interesantes para el debate pero, en todo caso, su tratamiento y discusión, obviamente, excederían los alcances de este trabajo.

20. M. Gómez de la Torre Vargas, *o.c.*

brá de someterse el producto de la misma, ya ha sido delimitado con anterioridad.

Cuando la mujer sola es la que opta por alguno de los métodos de fertilización asistida, ella es la responsable de afrontar la falta de filiación paterna del hijo procreado. En la situación particular de El Salvador, ello no es óbice para que el menor nacido goce de los derechos de protección subsidiaria del Estado sin distinción alguna²¹. Sin embargo, mediante el procedimiento de reconocimiento voluntario de paternidad, podría suceder que, ajeno a la realidad biológica, un nuevo compañero de vida de la madre se atribuya y asuma de manera ficta la paternidad, para efectos meramente jurídicos, con lo cual "a pesar de la ausencia del acto copulatorio, la voluntad procreacional determina el vínculo paterno filial al ser reconocido el hijo por el padre y lo que en doctrina se reconoce como teoría de la responsabilidad procreacional"²².

Más allá de la voluntad procreacional, deben fijarse 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. Esto es así porque la filiación es una institución que podría ser catalogada como de interés general o de orden público y, por lo tanto, el Estado no puede normar lo que depende de la mera voluntad de los particulares, cuando éstos son 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.

En legislaciones foráneas se ha contemplado la vigencia de los contratos o pactos de subrogación, los cuales contienen la manifestación de someterse a las técnicas científicas que conlleven maternidad subrogada o el préstamo de útero. Por la naturaleza de los mismos, se contemplan dos situaciones: pacto por el cual una mujer se compromete a proporcionar su vientre hasta el momento del nacimiento del niño, el cual puede pertenecer o no al seno familiar, y acuerdo para entregar el niño a la pareja cuya mujer es estéril²³. Pero la efectividad de estos contratos es cuestionada por deficiencias en los conceptos, la naturaleza y el objeto de la relación contractual, pues al darse el caso de que la madre que ha dado a luz se niega a entregar el producto que ha llevado por nueve meses en su vientre, se dificulta la posibilidad para exigir el cumplimiento legal del acuerdo, el cual fue otorgado en condiciones físicas, emocionales y materiales completamente diferentes a las que se presentan una vez acontecido el alumbramiento. No es propio de los sistemas legislativos intervenir o mediar entre las partes otorgantes de un acuerdo que implica negociaciones sobre un ser humano, aunque hasta el momento, en gran parte de los países de Europa, si bien no se han prohibido tajantemente, se ha mantenido una tendencia a evadir y no regular los efectos de los citados contratos o pactos de subrogación²⁴.

21. Código de Familia, Art. 202, "Todos los hijos cualquiera que sea la naturaleza de su filiación tienen los mismos derechos y deberes familiares". Código de Familia, Art. 348, "El Estado asume la responsabilidad de proteger a todos los menores y de manera especial a los que se hallen amenazados y violentados en sus derechos y al menor infractor, a los discapacitados y minusválidos; a los desamparados por carecer su familia de los medios de subsistencia que satisfagan sus necesidades básicas; a los afectados por conflictos armados, desplazados y repatriados; y, en general, a todos aquellos menores que se encuentren desprotegidos. También deberá proteger a la mujer embarazada, particularmente si fuere menor o abandonada y, en general, a la madre, cuando asume sola la responsabilidad de sus hijos".
22. Jurisprudencia emanada de la Cámara de Familia de la Sección del Centro, en San Salvador, Sentencia definitiva de recurso de apelación, Exp. 12-95, 1995.
23. E. Matos Cuadro; S. M. Alvarez Buillas, "Aspectos ético-legales de las tecnologías de reproducción humana", *Revista Electrónica de Estudios Jurídicos*.
24. El Art. 10.1 de la ley española sobre técnicas de reproducción humana asistida, establece nulo de pleno derecho el contrato en el cual se convenga la subrogación materna y la disposición de los efectos filiatorios del producto obtenido mediante las técnicas. Sin embargo, desde 1985, Inglaterra regula con una ley especial los acuerdos o disposiciones de subrogación, con la única y expresa prohibición de mediar fines eminentemente lucrativos. En Noruega, se niega implícitamente la maternidad subrogada al prohibir la donación de embriones; se admite la fertilización *in vitro*, pero el gameto obtenido podrá ser implantado únicamente en la mujer de la cual haya procedido el óvulo original. Similares regulaciones operan en Suecia, donde la única variante es que se admite la donación de embriones. Aunque la legislación española prohíbe la maternidad subrogada o de alquiler, se

Lo anterior muestra la necesidad de regular los hechos y las consecuencias que se desprenden de los métodos alternativos de fecundación, respecto a la filiación materna. Dadas las características de estos procedimientos, deberá tomarse como punto de partida un hecho objetivo y cierto, el parto, pues la transfusión de gametos por sí sola, así como la manifestación de voluntad antes del nacimiento, contenida, por ejemplo, en un instrumento notarial público, que plasme la voluntad y el consentimiento para asumir la responsabilidad sobre el resultado de un método alternativo de fecundación, no implica *per se* la generación de un vínculo parental. La filiación debe ser emplazada de acuerdo con las formas y en los términos contemplados por la ley en la actualidad. Sin una base que recoja los avances de la ciencia médica en el campo de la fecundación asistida, sería infructuoso integrar de manera simplista las instituciones y los mecanismos de la Ley Procesal de Familia vigente. Ahora bien, la legislación debe ser congruente por la alteración del estatuto de la familia y la modificación social que los métodos alternativos de fecundación producen.

El nuevo concepto de paternidad no modifica sustancialmente el emplazamiento de dicho estatuto, mediante la presunción que afecta a los hijos nacidos dentro de matrimonio. Sin embargo, debe aclararse que también debe englobarse dentro de una presunción, legalmente definida, aquella que establezca como hijos del cónyuge "los nacidos en virtud de la fecundación asistida de la esposa, con el consentimiento expreso del marido". Este consentimiento debería ser formalizado en documento ante una autoridad que la ley establezca —notario, funcionario administrativo o judicial—. Especial relevancia y protección jurídica brindaría la formalización de dicho acuerdo en los casos de uniones no matrimoniales o convivientes. En estos últimos casos, puede ocurrir que el hombre niegue o evada la responsabilidad frente al hijo procreado.

debate, desde el punto de vista ético-jurídico, si podrían existir situaciones particulares en las cuales esta opción fuese admitida. Ver J. R. Lacadena, "Técnicas de reproducción asistida II", en *Genética y bioética (Revista Informática de la Universidad Complutense de Madrid)*.

Entonces, la madre debe poder gestionar la superación de la situación mediante un proceso judicial que emplace la paternidad. Un elemento clave del proceso es la manifestación de voluntad del hombre a aceptar como hijo el producto del procedimiento. En la actualidad, la sana crítica de la prueba, aplicable en estos casos, permite a los jueces de familia valorar los elementos incluidos en el proceso. Si existiera un acto o manifestación inequívoca de voluntad de paternidad, podría tomarse como reconocimiento voluntario. De acuerdo con una sentencia de la Sala de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia, del 23 de noviembre de 1999, existiendo estos términos, el reconocimiento por parte del hombre a quien se impute la paternidad puede ser declarado

La familia nuclear, integrada por el padre, la madre y los hijos, es una realidad del pasado. En la actualidad, predomina un núcleo social conformado por personas afines por encima de vínculos exclusivamente sanguíneos.

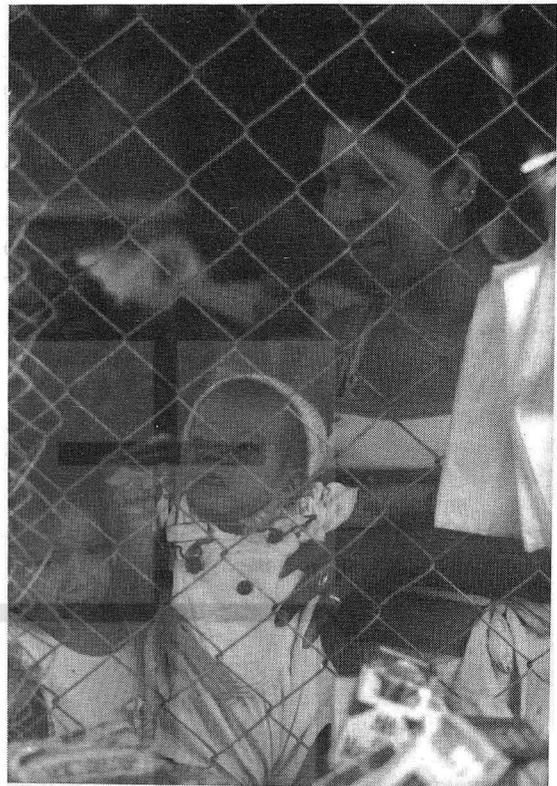
en sede judicial e incluso en una diligencia similar a la del reconocimiento provocado, mediante un simple citatorio, sin reunir las características de emplazamiento. El supuesto padre comparece ante el juez de familia y sobre el citado documento de aceptación de paternidad, aquél resuelve y declara la existencia del vínculo parental, quedando a salvo su derecho a impugnar dicho estado, mediante las acciones pertinentes.

Ahora bien, la presunción de paternidad establecida en nuestra legislación puede impugnarse y ceder ante prueba concluyente, tal como la prueba de ADN. De ahí que es conveniente el establecimiento de limitaciones legales en los casos de impugnación de la paternidad cuando ha habido reproducción asistida. Así, en el derecho comparado existe una prohibición legal respecto a la impugnación de la paternidad en casos de reproducción asistida, "cuando ha mediado el consentimiento expreso de la pareja, formalizado en documento público, tanto si dicho consentimiento se ha prestado para la inseminación con material reproductor de la pareja, como se ha prestado para la inseminación con material reproductor de otro donan-

te"²⁵. Generalmente, se establece que cuando el conviviente o cónyuge ha prestado su consentimiento para la práctica de una técnica de reproducción asistida con contribución de donante, es imposible impugnar la filiación del hijo nacido a consecuencia del tipo de fecundación²⁶. Esta situación deberá ser prevista y regulada por el ordenamiento jurídico salvadoreño, por ser la manifestación de la voluntad o la presunción algunas de las consideraciones que alteran sobremanera el emplazamiento de la filiación.

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

En este proceso de familia se logró constatar que el padre legalmente reconocido carecía de capacidad progeneradora, "la cual había sido extinguida por voluntad propia al hacerse practicar una vasectomía bilateral". Además, existía evidencia signifi-



cativa que, debido a la intervención mencionada, no podía haber producción alguna de espermatozoides. Sin embargo, se había comprobado que el sujeto y la madre del menor habían sostenido relaciones de convivencia durante cierto tiempo, "en que de acuerdo con la ley pudo presumirse la concepción del menor, así como durante el tiempo del nacimiento y después de éste". Finalmente, en dicho proceso 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.

Ante el vacío normativo, la solución de la Cámara es justamente la que consideramos sería la alternativa adecuada para complementar las normas de familia respecto al establecimiento de la

25. *Cfr.* El Art. 2 de la Ley sobre Filiación de la Comunidad Autónoma de Cataluña. Por cierto, la donación de gametos y preembriones está totalmente separada de la posibilidad de lucro con su comercio. De ahí que dichas donaciones han sido autorizadas por las legislaciones en el derecho comparado (como es el caso español, entre otros), siempre que sean de carácter gratuito, no lucrativo y anónimas.

26. Este es el caso español de conformidad con el Art. 8 de la Ley sobre técnicas de reproducción asistida (Ley 35/1988), 22 de noviembre.

filiación: la aceptación del establecimiento de la filiación por vía del consentimiento, en casos de fecundación asistida. En este sentido, la Cámara termina afirmando, en la sentencia referida:

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

En consecuencia, podemos sostener, tal como gran parte de la doctrina lo acepta, que la voluntad procreacional puede comenzar a exteriorizarse antes del hecho biológico mismo; la cual puede existir, como también lo menciona el apelante, aunque parezca paradójico, sin que haya unión sexual. Con algunos ejemplos se puede ilustrar lo expresado, como cuando un hombre contrae nupcias con una mujer embarazada por otro y conociendo esta situación, el cónyuge asume legalmente una voluntad procreacional, de donde deriva la condición de padre de ese hijo que biológicamente jamás pudo ser suyo; también en el caso en que el marido perdona el adulterio y asume y toma para sí la condición de padre con todas las consecuencias. Hay otros ejemplos extremos, como el caso de una mujer violada por un extraño y a consecuencia del mismo resulta en estado de embarazo y el marido o el compañero de vida o el pretendiente de dicha mujer, asume la paternidad y la reconoce ante las autoridades del Registro de Estado Familiar. Para el caso que nos ocupa, tales ejemplos perfectamente se pueden aplicar en

las uniones no matrimoniales y, en general, para el establecimiento de la filiación extramatrimonial.

En todos los casos enunciados, a pesar de la ausencia de acto copulatorio, la voluntad procreacional determina el vínculo paterno filial al ser reconocido el hijo por el padre y lo que en doctrina se conoce como teoría de la responsabilidad procreacional, la cual tiene cabida en el Art. 135 del C. de F. que establece el reconocimiento voluntario como una de las normas para establecer la paternidad; que es irrevocable conforme a lo dispuesto en el Art. 147 C. F. Para la fundamentación de esta sentencia también es necesario relacionar el Art. 7 de la Convención sobre los Derechos del Niño, la cual es la ley de la República, desarrollado en el Art. 351 No. 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 sólo el interés privado de las partes que intervienen en el conflicto, es decir, que no debemos olvidar que los problemas de filiación constituyen materias de orden público y que los particulares deben acomodar su voluntad a las normas de convivencia social establecidas para el bienestar de los niños y de la familia; lo cual está en perfecta armonía con los preceptos constitucionales sobre esta materia.

Por lo anterior debemos concluir que la menor [...] no puede ser desplazada de su filiación y, por lo tanto, la responsabilidad paterna le corresponde al demandado [...] con todos los derechos y obligaciones que conlleva, por lo que debe confirmarse la sentencia apelada en su número 1) que declara que no ha lugar a la acción de impugnación de Reconocimiento de Paternidad²⁷.

27. Sentencia de la Cámara de Familia de la Sección del Centro, ya citada. Aun cuando la transcripción de diversos aspectos de dicha resolución ha sido muy amplia, consideramos que ésta es una de las decisiones más emblemáticas ocurridas en el campo del derecho de familia salvadoreño. Asimismo, muestra la necesidad de definir legalmente la filiación y las repercusiones de los casos de inseminación asistida.

4. Conclusiones

Hemos tratado de poner de manifiesto la necesidad de reestructurar o renovar la legislación en materia de filiación familiar que regula nuestro Código de Familia. Ello en virtud de que los avances en el campo de la medicina han incorporado elementos sobre los cuales resulta hoy imposible seguir manteniendo los conceptos clásicos de filiación paterna y materna. Asimismo, hemos tratado de poner de manifiesto que dichos avances científicos, a pesar de lo que pueda parecer, pueden, aunque parezca remoto hablar y discutir de ellos en la actualidad, causar debates interesantes sobre la aplicación y las repercusiones de los mecanismos o las técnicas de reproducción asistida. La conclusión es evidente: es necesaria una discusión pormenorizada de las cuestiones relacionadas directamente con la

materia, para iniciar procesos de iniciativa legislativa y así mantener al día la legislación de familia.

Este breve estudio sólo ha tenido la intención de poner sobre la mesa los diversos puntos que deben de ser tratados, sobre todo hoy, que resulta indiscutible que la consagración de los derechos del menor es reconocida como una variada gama de atributos que conforman la esfera de toda persona humana, independientemente de la forma como esta haya sido originada, poseyendo dichos derechos desde el momento mismo de la concepción, tal como establece una reforma constitucional reciente. No es una mera declaración de carácter programático, sino el establecimiento de una norma que confiere derechos y establece obligaciones frente al Estado y, especialmente, como lo demuestra el análisis, frente a los particulares.

