



Universidad Central de Venezuela.
Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas.
Centro de Estudios de Postgrado.
Especialización en Derechos Humanos.

“El Derecho a la vida frente a las técnicas de reproducción asistida. Breve referencia al Derecho Comparado”.

“The Right to Life against assisted reproduction techniques. Brief reference to Comparative Law”.

Trabajo Especial de Grado para optar al Título de Especialista en Derechos Humanos.

Tutor: Dr. Jesús Rojas Guerini.

Abog. Henry J. Martínez S.

Caracas - junio 2016

Resumen: El presente trabajo tiene por objeto analizar el derecho a la vida, como bien jurídico tutelado de mayor importancia para la humanidad, constituye un derecho innato reconocido por el simple hecho de ser personas, y que lleva en sí mismo el milagro de la concepción como punto generador de la vida. Derecho que se encuentra regulado en los Tratados, Pactos y Convenciones relativos a los Derechos Humanos, que por vía de consecuencia se reflejan en los distintos ordenamientos del mundo. Pero, no obstante esta protección, surgen dudas y situaciones de conflicto en el manejo de las técnicas de reproducción asistida utilizadas por las personas con problemas de fertilidad, que tienden a generar polémica de diversa índole, en especial jurídica por la escasa regulación existente, y que ha sido resuelta de manera insuficiente a través de la jurisprudencia tanto patria, como internacional, entendida esta última como de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Palabras clave: derecho a la vida, reproducción asistida, fertilidad, derechos humanos, jurisprudencia.

Abstract: This study aims to analyze the right to life, as legal under the tutelage of greatest importance for humanity, is an innate right recognized by the simple fact of being people, and which carries in itself the miracle of conception as the generator point of life. Rights that are regulated in the treaties, covenants and conventions concerning Human Rights, which, by way of consequence, are reflected in the different legal systems of the world. But, however this protection arise questions and situations of conflict in the management of assisted reproduction techniques used by people with fertility problems, which tend to generate controversy of diverse nature, in particular legal by the scarce existing regulation, and that has been resolved through case law insufficiently both homeland and internationally the latter understood as of the Inter-American Court of human rights.

Key words: right to life, assisted reproduction, fertility, human rights, jurisprudence.

INDICE DE CONTENIDO

INTRODUCCIÓN.....	5
Capítulo I. Cuestiones Preliminares.....	7
1.1 Derecho a la vida.....	7
1.2 Aspectos Sociales.....	7
1.2 Aspectos Morales.....	9
1.4 Aspectos Éticos.....	10
1.5 Aspectos Religiosos.....	12
Capítulo II. Reproducción asistida.....	20
2.1 ¿Qué es la reproducción asistida?.....	20
2.2 Clasificación de la reproducción asistida.....	21
2.2.1 Inseminación artificial (IA):.....	21
2.2.2 Tipos de Inseminación artificial.....	22
2.2.2.1 Homóloga.....	22
2.2.2.2 Heteróloga.....	22
2.2.2.3 Hiperestimulación ovárica controlada (HOC).....	23
2.2.2 Perfusión espermática a oviductos (FSP).....	23
2.2.3 Fertilización in vitro (FIV).....	23
2.2.4 Transferencia Intratubárica de Gametos (GIFT).....	24
2.2.5 Maternidad subrogada.....	24
2.2.5.1 Maternidad subrogada parcial.....	26
2.2.5.2 Maternidad subrogada total.....	26
2.2.5.3 Maternidad subrogada altruista.....	26
2.2.5.4 Maternidad subrogada comercial:.....	27
Capítulo III. Criopreservación de embriones.....	28
3.1 Plazo de conservación.....	30
3.2 Transferencia de embriones.....	30
3.3 Manipulación y experimentación con embriones.....	30
3.4 Adopción de embriones.....	34
Capítulo IV. Fertilización Post Mortem.....	35
4.1 Concepto.....	35

4.2 Con consentimiento del esposo.....	35
4.3 Sin consentimiento del esposo.	36
4.4 Transferencia del embrión Post mortem.....	43
4.5 Filiación del concebido.	43
4.6 Sucesión.....	44
Capítulo V. Normativa.....	50
5.1 Marco Normativo Internacional. Derecho comparado. Europa. Leyes de Alemania, Austria, Dinamarca, España, Noruega, Reino Unido y Suiza.	50
5.1.2 Declaración Universal de los Derechos Humanos.	62
5.1.3 Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.....	62
5.1.4 Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica).	63
5.1.5 Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.	63
5.2 Marco Normativo Nacional.....	67
5.2.1 Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.	67
5.2.2 Código Civil de la República de Venezuela.....	68
5.2.3 Ley Orgánica de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes.....	69
5.2.4 Ley de Protección de las Familias, la Maternidad y la Paternidad.	69
5.2.5 Ley sobre Donación y Trasplantes de Órganos, Tejidos y Células en Seres Humanos. ...	69
5.2.6 Jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia.	70
5.2.7 Situación en el ordenamiento jurídico venezolano.....	71
CONCLUSIONES.....	75
BIBLIOGRAFÍA.	79

INTRODUCCIÓN.

La vida es un concepto que tiene múltiples acepciones, que van desde el campo biológico, médico, jurídico y hasta el religioso; implica para el ser humano la posibilidad de nacer, crecer, reproducirse y morir, cumpliendo así con el llamado ciclo de la vida.

En el aspecto que nos atañe en este trabajo, evaluaremos el campo del derecho a la vida, entendido como la protección de uno de los bienes jurídicos tutelados de mayor importancia o significación para el ser humano; bien que por lo demás es innato y constituye el más natural de los derechos. Entraña el milagro de la concepción como punto generador de vida, el cual décadas atrás era un hecho oculto en el que la ciencia no podía establecer el momento exacto en que ocurría la concepción. Situación que ha cambiado como producto del avance y del desarrollo científico, la tecnología, la biología y la genética han permitido expectativas que en estadios anteriores a la vida del ser humano, se consideraban imposibles, pero que gracias a la aplicación de algunos métodos relacionados con la fertilización y que fueron practicados tiempos atrás en el reino animal, pudieron convertirse en realidades para el ser humano, abriendo una oportunidad para todas aquellas parejas con problemas de fertilidad.

Es a partir del año 1978 con el nacimiento de la niña inglesa producto de la fertilización in vitro, llamada comunmente bebé de probeta, que se generó un gran revuelo precisamente por ser la primera persona concebida fuera del vientre materno, surgiendo así un nuevo método para resolver problemas de las parejas en lo atinente a la fertilidad, lo que ab-initio desencadenó una gran polémica en relación con el derecho a la vida, y la concepción con ayuda de terceros, desvirtuando así o desechando por ende el acto carnal originario mediante el cual se generaba la vida, así como debates éticos y religiosos en los que esa posibilidad no se encontraba prevista.

Posteriormente se abre el camino a múltiples casos de reproducción asistida, llegando así al nacimiento de la niña llamada Zoe, quien nació en Australia en el año 1984, y que fue producto de un embrión congelado, de igual manera se congelan embriones en Australia y posteriormente mueren los donantes en un accidente aéreo, plantéandose entonces el problema hereditario de los embriones huérfanos.

Surgen también los vientres en alquiler o madres subrogadas, lo que genera consecuencias jurídicas respecto a la filiación, así como los bancos de fertilidad, en los

cuáles se lleva a cabo la manipulación a través de las técnicas genéticas de los gametos, punto que por demás es extremadamente delicado en relación a la creación de nuevas vidas, a la producción de embriones y a su posterior destrucción en los casos de excedencia, es decir un cúmulo de situaciones de orden jurídico que pareciera hasta el momento no estar completamente regulada, aún cuando se observa que algunos países han sido pioneros en ello, dando un marco jurídico a las técnicas de reproducción asistida.

En el derecho civil se regula al concebido como expectativa de vida, considerándosele persona siempre que se trate de su bien y el cual al nacer y nacer vivo se materializará en una persona, entendiéndose en este caso que esta concepción se realizará en el claustro materno, cumpliendo así con el viejo aforismo romano “mater semper certa est”, es decir madre sólo hay una y es la que da a luz.

Es por ello que este nuevo grupo de procedimientos que hoy en día son una realidad concreta y perfectamente tangible para crear vida de manera planificada, modifica las teorías con respecto al inicio de la personalidad jurídica del ser humano, así como instituciones del derecho de familia y sucesiones, además de impactar en el derecho a la vida regulado constitucionalmente en nuestro país, como en el derecho civil y otras leyes especiales en Venezuela, toca aspectos sensibles como son la dignidad humana, la salud, la integridad física y la intimidad entre otros, lo que de igual manera sucede en la mayoría de los países.

Se nos plantean una serie de vacíos que parecieran no haberse resuelto hasta el momento y es por ello que a través de esta investigación pretendemos detectar el avance o no en esta materia, así como realizar la evaluación de los instrumentos establecidos en las Convenciones, Pactos y Tratados en materia de Derechos Humanos para lo que revisaremos en el Derecho comparado con el fin de establecer el tratamiento jurídico que se aplica en las situaciones anteriormente mencionadas. Por último verificaremos si se otorga realmente protección a este tipo de generación de vida en relación en contraposición a la concepción por vía natural o en el claustro materno, puesto que esta materia tan delicada debe ser regulada suficientemente y marcarse los límites a fines de evitar prácticas inescrupulosas de las cuáles el mundo no está exento. Contrastaremos de igual manera cuál es el enfoque de estos instrumentos de Derechos Humanos, en relación a la debida protección de un derecho de tanta importancia y significación como lo es el derecho a la vida.

Capítulo I. Cuestiones Preliminares.

1.1 Derecho a la vida.

Partiendo de la premisa que el derecho a la vida es un derecho universal inherente al ser humano, que implica desde el simple hecho de estar vivo, hasta su protección ante cualquier intento de privación del mismo por algún tercero. Tiene su fundamentación en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, a los que adhieren todas las legislaciones. Derecho que por demás no es absoluto y precede o prevalece a todos los demás, exigiendo el respeto por la vida humana, entendiéndose como tal el hecho de que la vida sólo debe perderse por causas naturales o accidentales, y que sin su existencia no puede gozarse de ningún otro derecho o facultad ya que quedarían desprovistos por inexistencia de un titular, quedando entonces sin sentido los demás derechos que pueda tener en un momento determinado un sujeto.

Se internaliza y materializa en la persona humana, entendida para el derecho civil como persona natural y está intrínsecamente relacionado con el hecho mismo de haber sido concebido y nacer, cumplir con la expectativa de vida que se maneja como mecanismo de protección al concebido y desarrollarse posteriormente a lo largo de su vida, tanto en la niñez, como en la adolescencia, la juventud y la vejez, cumpliendo con el ciclo de vida que el destino depara a cada quien, y que no debe ser alterado por condiciones predeterminadas.

1.2 Aspectos Sociales.

En relación con los aspectos sociales, las técnicas de reproducción asistida son motivo de distintas interpretaciones, dependiendo del área sensible en la que se encuentren. Es así el caso en cuanto a la maternidad o paternidad del sujeto producto de dicho método, en relación con el parentesco, con la filiación ante la existencia bien sea de un donante de gametos o de donantes de semen u óvulos, así como con el punto más álgido que tiene que ver con la maternidad subrogada.

Los condicionamientos sociales, la cultura, la comunidad inciden en cuanto a la forma de actuación de los seres humanos, además de la inmensa carga emocional y psicológica que conllevan, en cuanto a decidir en relación con la utilización o no de procedimientos alternos y científicos que ayuden a solventar situaciones de infertilidad.

La imposibilidad natural de que el hijo pueda ser concebido por el matrimonio, acarrea en sí misma la apertura a que ese matrimonio pueda traer al mundo un niño o niña haciendo uso de un embrión extraño a ambos, mediante la participación de un tercero, lo cual en muchas sociedades se considera contra la naturaleza.

Es por ello que la valoración que tenga la pareja de sí misma, su estabilidad emocional, sus principios que prevalecerán ante el anhelo que es la presencia de un hijo y que consideran que éste va a proporcionarle felicidad, sin tomar en cuenta que su autoría genética no será completa sino parcial, asumiendo así sin lugar a ninguna duda que el hijo nacido dentro del matrimonio, será capaz de disfrutar de todos sus derechos.

Otro punto que reviste gran importancia es el poder asegurar el anonimato del donante, con lo cual se garantiza evitar a futuro demandas por paternidad o maternidad, así como la debida protección tanto a los padres como al hijo. El simple hecho de que el hijo tenga conocimiento de su identidad genética, marcaría el camino hacia los conflictos derivados de la misma, lo que no ocurre en los casos de adopción. Debemos para ello establecer que el afecto que nace entre padres e hijos, no siempre es fruto de la afinidad genética ya que el amor y los cuidados dispensados son el origen de dicho afecto.

La situación de la pareja que acepta de manera consciente y voluntaria que un tercero anónimo intervenga, para poder satisfacer el ferviente deseo de ser padres, no puede ni debe considerarse equiparable a la infidelidad matrimonial, ya que ésta no se configura, preexiste la exclusividad sexual recíproca. Es factible considerar que con la participación de ese tercero se modifica o altera la línea genética, que en las familias ha sido considerada como elemento de alto valor en cuanto a lo psicológico, lo legal y en los casos de información médica, lo que no puede ni debe ser interpretado como inmoral.

En todos estos tópicos hay situaciones que jurídicamente no han sido resueltas y que ocasionan dudas en relación con el desarrollo de estas técnicas, las que generan confusión dependiendo del medio social en el que se encuentren asentadas. La infertilidad es un problema que en algunos entornos produce comentarios y burlas que generan desequilibrios en las parejas, preguntas y situaciones incómodas para quienes la sufren, llegando en algunas ocasiones a estigmatizar a las parejas, aparte de la sensación de incumplimiento con preceptos religiosos, morales y éticos; que se muestran vulnerados, ante el fin natural de procreación, como perpetuación de la especie, que es la expectativa primordial de cualquier pareja unida en matrimonio.

Dependiendo del nivel socio-cultural, de la preparación que tengan las personas, de la familia como realidad social, con un cúmulo de costumbres que le son propias y que a

su vez se conectan con las del entorno o de la comunidad en la que se desenvuelven los sujetos involucrados en el tema, tendrá mayor o menor repercusión.

La escogencia del método adecuado para la pareja genera inquietudes, surgen preguntas en relación a ¿cómo dejar que el médico decida el método a seguir?, en cierta medida queda desplazada la responsabilidad de los futuros padres, pasando a manos de un tercero, es decir en este caso el profesional responsable de los procedimientos. La dificultad o repetición de los procesos, la pérdida de intimidad de la pareja, ante la intervención de profesionales capacitados para llevar a cabo la generación de vida y en fin una serie de situaciones que inciden y pesan dentro del ámbito social en cuanto a la decisión a tomar, pues este punto se encuentra estrechamente vinculado con los aspectos morales, éticos y religiosos que giran alrededor de la ciencia y de las técnicas de reproducción asistida como nuevo mecanismo generador de la vida humana, y que ponen en tela de juicio en algunos momentos el derecho a la vida, tal y como se encuentra regulado en instrumentos internacionales, como nacionales.

1.2 Aspectos Morales.

La moral es el conjunto de creencias, normas y valores que tiene el individuo en sí mismo o en un grupo social con el fin de regular conductas; tienen por fin el perfeccionamiento del individuo. A través de ella se busca la convicción íntima del sujeto en tanto y en cuánto su actuación se adecúe a la manera de comportarse correctamente. Por lo tanto un acto no se considerará moral por sus resultados, sino por la voluntad del sujeto, el fin que se pretenda, conectado ello con su convencimiento en la realización de aquél, que hace posible la vida en común.

Constituye una especie de guía en la actuación humana, separando las acciones buenas de las malas, o las correctas de las incorrectas, es lo que la persona respeta de su conducta. Tiene que ver con la conceptualización que se tenga en determinada cultura o grupo social y que regula el comportamiento de sus miembros, se encuentra extremadamente vinculada con los preceptos éticos y religiosos existentes y adoptados por una determinada comunidad.

En nuestro tema de investigación surge como uno de los aspectos decisores en relación a la valoración sobre lo bueno y lo malo de la generación de vida humana a través de mecanismos no tradicionales, sino con la participación de terceros coadyuvantes en la difícil tarea de la procreación, unido por demás a situaciones de índole religiosa, que inciden notablemente en la toma de la decisión, ¿cómo compendiar

entonces ese actuar humano, ese conflicto de intereses entre lo que es y lo que debe ser?.

Esa pareja que siente que necesita tener un hijo para consolidarse como matrimonio y que a su vez los preceptos morales gravitan permanentemente sobre ella y que marcan al final el camino a emprender, atándose en su momento tanto a normas morales como a normas jurídicas, que definirán entonces el actuar de una forma o manera determinada.

1.4 Aspectos Éticos.

La ética, ciencia milenaria considerada una de las ramas principales de la filosofía, que tiene que ver con la valoración y principios que practican los seres humanos dentro de una comunidad o sociedad. Circunscribiéndose en especial al estudio de los actos buenos y malos que desarrollan las personas naturales.

Ciencia racional, en la que sus modelos se afianzan en base a la razón, de la cual derivan las situaciones, causas o razones de un acto materializado a través de una conducta humana. Corresponde definir el por qué algunas conductas son buenas y por vía de consecuencia deben ser realizadas y por qué otras deben ser totalmente cuestionadas. Le son atinentes también la moral y las costumbres de un determinado lugar y época, por lo que tienen que ver ampliamente con el devenir diario de los seres humanos.

La necesidad de tener un hijo para consolidar su unión y cumplir con uno de los fines del matrimonio, pero ajustado a los cánones morales de la pareja, serán los elementos que inclinarán la balanza en cuanto a la elección o no, de un determinado método de reproducción asistida.

El planteamiento en relación con las técnicas de reproducción asistida, ha roto con paradigmas tradicionales, no sólo en el mundo médico, sino también en el jurídico. El hecho de creación de vida de una manera distinta a la tradicional concebida por la sociedad, entiéndase como normal entonces el acto sexual realizado entre un hombre y una mujer; y permitido por las religiones más importantes a nivel mundial con el consiguiente mandato de creced y multiplicaos, ha generado una división amplia entre adeptos y detractores.

La valoración de situaciones reales en las cuáles se busca la consolidación de las familias a través de nuevos miembros producto de la concepción, y que por condiciones físicas, biológicas o médicas no puede llevarse a cabo por vía natural, presupone entonces el uso de métodos de reproducción asistida con el fin de solventar un problema y dar origen así a una nueva vida. Pero, esto no quiere decir que no se manejen

cuestionamientos y valoraciones distintas en relación al tipo de técnica a practicar, a la utilización de uno o varios embriones fecundados, al desecho de los embriones excedentes, en relación a la intervención mayor o menor de la ciencia en el procedimiento, llegando en algunos casos a presentar prohibición absoluta desde el plano religioso y moral, máxime cuando se trata de situaciones de creación de vida, que tienden a establecer condiciones distintas a las conocidas desde siempre por el hombre, el derecho ha quedado atrás ante el significativo avance de la ciencia, se habla de fertilización in vitro, de donantes de semen, de donantes de gametos, de maternidad subrogada.

Igualmente se cuestiona el carácter no natural de las técnicas, más aún cuando los espermatozoides se obtienen por vía de masturbación, dejando entonces de lado al acto sexual. Se ubica en alrededor de tres décadas la candente discusión entre sexualidad y reproducción, puesto que métodos anticonceptivos de alta eficacia permiten la sexualidad más libre y rechazan o anulan la reproducción, la crítica hoy en día se centra en el hecho de que al separar los fines, se privilegia a uno sólo.

También es motivo de cuestionamiento las posibles consecuencias de tipo psicológico y físico que pueden desencadenarse de la práctica de la fertilización asistida, la que pudiese presentarse en los niños nacidos desde el año 1978 hasta nuestros días. En última instancia la no implantación de embriones transferidos y la cantidad de abortos precoces que suelen ocurrir en el inicio del procedimiento, deben ser comparados con lo que ocurre en los embarazos por vía natural, en relación al destino de los embriones concebidos a través de la práctica del acto sexual.

Este panorama establece una gama de condicionamientos para las partes y el debate se mantiene vigente en todos los foros actuales, debemos recordar que la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en su artículo 16.1 señala que: "Los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia; y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio".¹

Es decir se entiende entonces como fundar la familia solamente bajo el supuesto de matrimonio, dejando entonces en un continuo suspenso a quienes desean y no pueden

¹ Declaración Universal de los Derechos Humanos ONU.

concebir hijos de manera natural, y que por lo demás no estén casados. Si a esto añadimos las implicaciones religiosas, las sociales, las morales, observamos que falta mucho por hacer en esta materia y que la bioética y el bioderecho, tienen un campo muy amplio y lleno de obstáculos que vencer en procura de salvar el avance científico y regular los límites de actuación en esta área del derecho a la vida de los seres humanos.

1.5 Aspectos Religiosos.

Uno de los aspectos más significativos en la vida humana tiene que ver con la práctica o adhesión a una determinada creencia religiosa, cuya relevancia presupone el condicionamiento en el modo de pensar y actuar de determinadas sociedades, manifestándose a través de criterios valorativos en relación con el hecho de creación de vida, don por demás divino, y que bajo la óptica religiosa tiene criterios distintos que han sido motivo de una amplia polémica en relación con su aceptación o no.

Las normas y dogmas religiosos en algunos puntos van en sentido totalmente opuesto a los pactos sociales y leyes creadas por los hombres para regir a una comunidad en particular, así como en los casos de los avances científicos. La religión es el máximo rector moral de las conductas del hombre creyente y a través de ella se modifican tanto el orden social, como los valores, creencias y principios que prevalecen en un determinado momento.

Las críticas provenientes del campo religioso se encuentran basadas en sus escrituras, verdades reveladas o dogmas de fe, que son reforzadas a partir de desarrollos teóricos y en algunos casos de las interpretaciones que hacen los representantes de cada una de ellas.

Es de destacar que las religiones más importantes a nivel mundial no tienen una posición monolítica, defienden puntos de vista distintos y algunas son totalmente reacias a aceptar estos métodos de fertilización o reproducción. Los puntos de vista más conservadores las consideran moralmente inaceptables, manifestando que es inseparable la conexión entre la unión de la pareja y el acto de procreación dentro del matrimonio.

El avance de la ciencia, no ha escapado a la mirada escrutadora de la religión, y aún cuando en algunas oportunidades se entrecruzan las aristas de la ciencia, religión y derecho, hasta el momento ha sido difícil encontrar una sola posición en relación con el derecho a la vida y las técnicas de reproducción asistida.

En cuanto al derecho a la vida debe considerarse que la creación del ser humano por vías que no son las naturales presupone el intervenir y regir los procesos de vida, cambiando entonces el curso de los dogmas pre-establecidos en relación a que ni el hombre ni la mujer dan vida, sino que en ellos descansa la voluntad divina de un ser superior. La valoración en la cual se enfoca la religión en temas como la reproducción asistida o fecundación in vitro recogen el hecho cierto de que la vida es sagrada e inviolable, a lo que suman que sólo es posible generar vida a través de los medios naturales, es decir acto carnal y reservada sólo a las personas unidas en vínculo matrimonial, cualquier otra situación será considerada ilícita o inmoral, además de no natural, deben por ello prevalecer las enseñanzas de los textos religiosos, en los casos de análisis, la Biblia, la Ley Sharia o la Torá.

Visto lo anterior es por lo que procederemos a revisar brevemente la posición que asumen la Iglesia Católica, el Islam y el Judaísmo en relación con esta materia, tomadas en consideración por ser las religiones con mayor número de creyentes o fieles a nivel mundial.

La Iglesia Católica: ha mantenido una abierta oposición a situaciones como el aborto, el uso de métodos anticonceptivos y en relación con los métodos de reproducción asistida o fecundación artificial, con el fin de generar vidas humanas, así como de igual manera ha considerado que no debe producirse la manipulación de embriones humanos, puesto que son considerados personas, con lo cual se prohíbe la criopreservación y el descarte de embriones.

Manifiesta que bajo el mandato de Dios que ordena “Naced, creced y mutliplicaos”, el hombre debe ser creado a imagen y semejanza de Dios, mediante la unión de los cónyuges que forman una sola carne. Ante éste paradigma la diátriba entre los científicos y la Religión Católica se manifiesta abiertamente con la oposición de esta última, a intervenir en los procesos de vida.

La divergencia entre la fe y la ciencia, sumado a la conceptualización del criterio vida, bajo el cual la Iglesia Católica considera que: siendo que ni el hombre ni la mujer dan vida, sino que son meros depositarios de la voluntad de Dios, por lo que desde el mismo momento de la fecundación existe un ser humano, con expectativa de vida, con autonomía y alma, que se encuentra en el cuerpo de una mujer, que sirve de

asentamiento para que se materialice esa voluntad divina, manifiestan la agudeza del conflicto, entre lo terrenal y lo divino.

Históricamente la Iglesia Católica ha fijado posición al respecto en tres momentos distintos que podemos ubicar de la siguiente manera durante el Pontificado de los Papas: Pío XII, Pablo VI y Juan Pablo II, a los cuales haremos referencia de seguidas.

Bajo el Pontificado del papa Pio XII (1939-1958), en la alocución del 29 de septiembre de 1949, ante el Congreso de médicos católicos señaló lo siguiente:

1. “La práctica de la inseminación artificial, en cuanto que concierne al hombre, no puede ser juzgada ni exclusiva ni principalmente según las normas de la biología y la medicina a la vez que se ignoran las morales y jurídicas.”²
2. “La inseminación artificial fuera del matrimonio debe ser condenada simple y llanamente como acto inmoral.”³
3. “De hecho, la ley natural, así como la divina positiva, exigen que la vida procreada sea fruto del matrimonio solo.”⁴
4. “La inseminación artificial que se lleva a cabo dentro del matrimonio pero con el elemento activo de un tercero es inmoral.....”⁵
5. “Que no se olvide: sólo la procreación de nueva vida, que ocurre según la voluntad y el designio del Creador, lleva consigo en un grado verdaderamente perfecto los fines buscados. Tal procreación corresponde al mismo tiempo a la naturaleza corporal y espiritual y a la dignidad de los esposos, así como al desarrollo normal y feliz del infante.”⁶
De la misma manera se expresó en su Discurso ante el 2º Congreso Mundial de la Fertilidad y la Esterilidad el 19 de mayo de 1956 cuando en relación con la fertilización in vitro dijo: “En cuanto al tema de los experimentos con la fecundación humana in vitro, basta que observemos que deben ser rechazados como inmorales y totalmente ilícitos. Con respecto a los varios problemas morales que presenta la fecundación artificial, en el

² http://www.cmri.org/span-07-art_fert.html

³ Ibidem

⁴ Ibidem

⁵ Ibidem

⁶ Ibidem

sentido ordinario de la expresión, o la *inseminación artificial*, ya hemos expresado nuestro pensamiento en un discurso dirigido a los médicos el 29 de septiembre de 1949.”⁷

Se explica por sí mismo la prohibición expresa de la Iglesia Católica a la práctica de cualquier modalidad de las técnicas de reproducción asistida, pues ante la visión y valoración de los dogmas religiosos es considerada como inmoral e ilícita.

El Papa Pablo VI quien dirigió la Iglesia Católica entre los años 1963 a 1978, al publicar la Encíclica *Humanae Vitae*, y específicamente en el punto de los Principios Doctrinales, titulado “Inseparables los dos aspectos: unión y procreación. Numeral 12...en el cual establece que: “la Doctrina muchas veces expuesta por el Magisterio, está fundada sobre la inseparable conexión que Dios ha querido y que el hombre no puede romper por propia iniciativa, entre los dos significados del acto conyugal: el significado unitivo y el significado procreador”.⁸

Efectivamente, el acto conyugal por su íntima estructura, mientras une profundamente a los esposos, los hace aptos para la generación de nuevas vidas, según las leyes inscritas en el ser mismo del hombre y de la mujer. Salvaguardando ambos aspectos esenciales, unitivo y procreador, el acto conyugal conserva íntegro el sentido de amor mutuo y verdadero y su ordenación a la altísima vocación del hombre a la paternidad. No pensamos que los hombres, en particular los de nuestro tiempo, se encuentran en grado de comprender el carácter profundamente razonable y humano de este principio fundamental”.⁹

De la lectura de esta Carta Encíclica se desprenden los Principios Doctrinales y por vía de consecuencia las Directrices Pastorales de la Iglesia en relación al proceso de generación de nuevas vidas, el cual corresponde solamente a los cónyuges a través del acto conyugal, con lo que se infiere que no se contemplan en absoluto los procedimientos de reproducción asistida o de inseminación artificial, pues cualquier otro medio distinto al natural será considerado de manera inmediata como inmoral.

Juan Pablo II en la Encíclica *Evangelium Vitae* en el capítulo I, subtítulo: Actuales amenazas a la vida Humana numeral 14 señala: “También las distintas técnicas de reproducción artificial, que parecerían puestas al servicio de la vida y que son practicadas

⁷ Ibidem

⁸ Ibidem

⁹ Ss Juan Pablo II. Encíclica *Evangelium Vitae*.

no pocas veces con esta intención, en realidad dan pie a nuevos atentados contra la vida. Más allá del hecho de que son moralmente inaceptables desde el momento en que separan la procreación del contexto integralmente humano del acto conyugal, estas técnicas registran altos porcentajes de fracaso. Este afecta no tanto a la fecundación como al desarrollo posterior del embrión, expuesto al riesgo de muerte por lo general en brevísimo tiempo. Además, se producen con frecuencia embriones en número superior al necesario para su implantación en el seno de la mujer, y estos así llamados « embriones supernumerarios » son posteriormente suprimidos o utilizados para investigaciones que, bajo el pretexto del progreso científico o médico, reducen en realidad la vida humana a simple « material biológico » del que se puede disponer libremente.¹⁰

Asimismo en cuanto a "El uso de embriones o fetos humanos como objeto de experimentación constituye un delito en consideración a su dignidad de seres humanos, que tienen derecho al mismo respeto debido al niño ya nacido y a toda persona".¹¹

Es decir que se evidencia fehacientemente la oposición reiterada de la Iglesia Católica en relación a la implementación de las técnicas de reproducción asistida, por considerarlas un atentado directo en cuanto al Derecho a la Vida. Asimismo, considera que dichas técnicas no siempre son utilizadas con el fin noble de la procreación y de solucionar el conflicto existente ante la infertilidad, sino que en muchas oportunidades constituyen una fractura prolongada en los deberes conyugales y en especial referencia al sagrado deber impuesto por la Iglesia en cuanto al acto carnal producto de la unión de marido y mujer con el fin de procrear una nueva vida, es decir el acto sexual no puede estar separado ni fuera de la procreación, pues cualquier otra situación sería considerada anti natural y no humana. Los métodos técnicos no pueden nunca sustituir al acto sexual. Llegando incluso a considerarse estos métodos como no naturales e incompatibles con la dignidad del concebido.

También considera inmoral el hecho de la generación de vida a través de prácticas artificiales, que afectan la dignidad tanto de la madre como del producto, e igualmente censura abiertamente la disposición de los embriones fecundados en exceso, los que son utilizados como material biológico, sin tomar en cuenta que desde el mismo momento en que son fecundados, existe bajo la óptica de la Doctrina Católica un ser humano, el cual debe ser respetado en su integridad.

¹⁰ Ibidem

¹¹ Ibidem

Esta posición clara y firme manifestada a través de los años por la Iglesia Católica, es reiterada bajo el Pontificado de Joseph Ratzinger o Benedicto XVI, en la Encíclica *Donum Vitae*, Sobre el respeto de la vida humana naciente y la dignidad de la procreación, hace una serie de cuestionamientos en relación con la vida y señala que: “La Iglesia por su parte, en el Concilio Vaticano II, ha propuesto nuevamente a nuestros contemporáneos su doctrina constante y cierta, según la cual "la vida ya concebida ha de ser salvaguardada con extremos cuidados desde el momento de la concepción. El aborto y el infanticidio son crímenes abominables".¹²

Más recientemente la Carta de los derechos de la familia, publicada por la Santa Sede, subrayaba que "la vida humana ha de ser respetada y protegida de modo absoluto desde el momento de su concepción".¹³

De igual modo establece en relación “con la "procreación artificial" o "fecundación artificial" se entienden aquí los diversos procedimientos técnicos encaminados a lograr la concepción de un ser humano por una vía diversa de la unión sexual del varón con la mujer. La presente instrucción trata de la fecundación del óvulo en una probeta (fecundación *in vitro*) y de la inseminación artificial mediante transferencia a las vías genitales de la mujer del espermatozoides previamente recogido”.¹⁴

Siguiendo su exposición hace referencia a las intervenciones en la procreación humana, a la reproducción heteróloga, la cual considera inaceptable, a la maternidad sustitutiva por ofender la dignidad del concebido y a la fecundación artificial homóloga. En relación a la fecundación homóloga comenta lo siguiente: “El origen de una persona humana es en realidad el resultado de una donación. La persona concebida deberá ser el fruto del amor de sus padres. No puede ser querida ni concebida como el producto de una intervención de técnicas médicas y biológicas: esto equivaldría a reducirlo a ser objeto de una tecnología científica. Nadie puede subordinar la llegada al mundo de un niño a las condiciones de eficiencia técnica mensurables según parámetros de control y de dominio”.¹⁵

Y en relación con la valoración de la fecundación homóloga establece que: “La inseminación artificial homóloga dentro del matrimonio no se puede admitir, salvo en el caso en que el medio técnico no sustituya al acto conyugal, sino que sea una facilitación y una ayuda para que aquél alcance su finalidad natural”.¹⁶ De acuerdo a lo cual se podría

¹² Ratzinger

¹³ *Ibidem*

¹⁴ *Ibidem*

¹⁵ Ratzinger *Ob. Cit*

¹⁶ *Ibidem*.

deducir que si bien no lo aprueba directamente, tampoco lo condena cuando su utilización esté destinada a que el acto natural, o acto sexual cumpla con el fin previsto. Es decir, no sería cuestionable moralmente el hecho de que mediante un procedimiento técnico, se ayudase al acto conyugal a llevar a cabo el objetivo propuesto de la procreación, si y sólo si este procedimiento no sustituya bajo ningún respecto al acto sexual.

Con lo que se concluye, que bajo la mirada de la Iglesia Católica el Derecho a la Vida y la utilización de medios o técnicas de reproducción asistida es un punto en el cual la institución siempre ha sido tajante en mantener su posición contraria a las mismas, en virtud de que el don de la vida requiere de la conciencia, del respeto a la dignidad humana y del valor contenido en ella misma como ente generador de seres humanos, que tienen una expectativa de materializarse en personas en el futuro.

Este ha sido siempre un tema en el cual lo religioso marca la pauta y específicamente en los planteamientos con respecto al embrión, de acuerdo a su reconocimiento como ser humano o no, ¿cuándo o a partir de qué momento se considera que tiene vida?, y por ende tiene dignidad; ¿desde qué momento es persona?. Ya que en esas células fecundadas existe un potencial ser humano, que se materializará con el nacimiento, pero que a fines religiosos desde su concepción tiene vida y dignidad. El ser humano no puede ser objeto de manipulaciones científicas a través de la bioética, sino que debe ser producto del amor y fortalecimiento de la pareja, bien lo señala la Biblia cuando establece que el matrimonio fue creado por Dios con el fin de darle al hombre un propósito, como es unir de por vida al hombre y la mujer y hacer posible la procreación.

La religión Islámica: de acuerdo a lo establecido en la Ley Sharia, se permite la inseminación artificial homóloga, es decir la que es producto de la pareja casada bajo sus propias reglas, es decir cónyuges legítimos, y en el caso contrario sería considerada y juzgada como adulterio.

Rechaza la donación de embriones, óvulos y semen, no obstante considera que el semen del marido si puede dar origen a la inseminación artificial, y cómo señalamos anteriormente se permite la inseminación in vitro de carácter homólogo.

La herencia o dinastía juega papel preponderante en la identidad musulmana, y por ello se prohíbe la donación de semen o esperma, pues esta rompe con la identidad genética familiar considerándose equivalente al adulterio.

Establecen un cómputo distinto con relación al que rige para la religión católica en lo atinente al inicio de la vida humana, situándose para los musulmanes en dos o tres semanas después de la concepción o de la implantación del embrión en el útero materno.

El Judaísmo: por su parte considera que el avance científico es una forma de complementar la creación Divina, todo ello con el fin de dar cumplimiento al mandato de creced y multiplicaos. La tradición informa acerca de la importancia de la procreación para sus seguidores, se permite la fecundación homóloga siempre y cuando se encuentre soportada su necesidad en informes médicos, no se admite donación de gametos ni esperma en virtud de ser considerado como un acto de adulterio, tampoco se permite extracción de esperma ni de óvulos, pues en el mundo judío ésta es considerada como una afrenta, así como tampoco se aceptan las madres subrogadas.

Capítulo II. Reproducción asistida.

2.1 ¿Qué es la reproducción asistida?

En el lenguaje médico se denomina reproducción asistida a todas aquellas técnicas de índole quirúrgica o no, que pueden reemplazar o colaborar en uno o más pasos del proceso de reproducción y ser aplicables tanto en la medicina como en la bioética, teniendo como destino lograr la fecundación humana como respuesta efectiva a los problemas de infertilidad que atraviesan las parejas, sustituyendo con ellas al proceso natural de la concepción.

Partiendo del derecho que tiene toda persona adulta a procrear, el ser humano hace uso de ese derecho sin requerir asistencia de terceros, pero no sucede así cuando se trata de personas con problemas de fertilidad, que son las que deben hacer uso de las técnicas de reproducción asistida. Dichos métodos comportan una invasión o una incursión más o menos amplia y más o menos compleja en una situación netamente íntima y que pertenece a la esfera privada del ser humano, como lo es concebir un hijo, y que por vía de consecuencia al estar supeditadas estas situaciones humanas a la manipulación bien sea de óvulos, espermatozoides y en otras oportunidades embriones o gametos, se debe determinar cada caso de manera muy precisa, para así emplear el procedimiento más adecuado y poder lograr el cometido que se traduce en una fecundación efectiva.

La Ley para la Protección de las Familias, la Maternidad y la Paternidad, publicada en Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, N°. 38.773 de fecha 20 de septiembre de 2007 en el capítulo III. De la Protección a la Maternidad y la Paternidad, Artículo 20 señala: “El ministerio del poder popular con competencia en materia de salud, incluirá dentro de sus unidades asistenciales el servicio de reproducción asistida, dotado del personal especializado, laboratorios y equipos de alta tecnología, dirigidos a mujeres y hombres que presenten limitaciones en su fertilidad, con el objeto de garantizarles el derecho a la maternidad y paternidad”.¹⁷

El Código Civil Venezolano en su Art. 204 señala que: “El marido no puede desconocer al hijo alegando su impotencia, a menos que sea manifiesta y permanente.

¹⁷ Ley para la Protección de las Familias, la Maternidad y la Paternidad. G.O. 38.773, del 20 de septiembre de 2007.

El desconocimiento no se admitirá, aunque en ese caso, cuando la concepción ha tenido lugar por la inseminación artificial de la mujer con autorización del marido”.¹⁸

La legislación venezolana en la materia no está en sintonía con las técnicas de reproducción asistida, tan sólo estas dos normas refieren de manera general a la misma, dejando entonces a cargo de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, el resolver las situaciones pertinentes a través de sus sentencias vinculantes. En relación con la Ley para la Protección de las Familias, la Maternidad y la Paternidad, si bien promueve el Derecho a la Paternidad y la Maternidad, para aquéllas personas que requieran de métodos de reproducción asistida y promueve la instalación de unidades asistenciales, con el personal idóneo en esta materia, lo que significa un pequeño avance, creemos que sin ánimo de ser mezquinos con el tratamiento dado por el legislador en dicho instrumento normativo, pudo avanzarse más en esta materia, por la importancia que revisten tanto las Familias, como las Madres y Padres inmersos en la utilización de este tipo de técnicas reproductivas.

2.2 Clasificación de la reproducción asistida.

Podemos clasificarla en Inseminación Artificial (IA), que a su vez puede ser Homóloga o Heteróloga; Hiperestimulación Ovárica Controlada (HOC); Perfusión Espermática a Oviductos (FSP); Fertilización In Vitro (FIV); Transferencia Intratubárica de Gametos (GIFT) y por último la maternidad subrogada en sus distintas modalidades, las que desarrollaremos de seguidas.

2.2.1 Inseminación artificial (IA): también reconocida internacionalmente como **(IA)**, es el método de reproducción asistida que permite que la fecundación se realice de la manera más natural posible. A través de ella se coloca o inocular por intermedio de una cánula el espermatozoide o esperma en el útero, cérvix o trompas de Falopio de la mujer, verificándose previamente el ciclo menstrual, con el fin de detectar el momento de la ovulación, es de destacar que se exime de la unión sexual a la persona.

Lo artificial en este caso es la manera de inseminar, más no la fecundación pues esta se origina por vía natural, el espermatozoide seguirá su camino hacia el óvulo maduro y lo fecundará tal y como lo haría en un embarazo natural, la ventaja de esta técnica tiene que ver con el hecho de que el recorrido realizado por el espermatozoide es más corto y con menos riesgo, lo cual se manifiesta en el alto número de efectividad que

¹⁸ Código Civil. G.O. N° 2990. Ext del 26-07-1982

reflejan los indicadores, de acuerdo a los cuáles de cada cien ciclos de inseminación se obtiene una eficiencia de 13 casos de gestación o fecundación.

2.2.2 Tipos de Inseminación artificial. Hasta el momento se reconocen dos tipos de inseminación artificial, como son la homóloga o también denominada **(IAH)**, o inseminación artificial entre cónyuges y la inseminación artificial heteróloga **(IAD)**, que se lleva a cabo con el semen de un extraño.

2.2.2.1 Homóloga. Al referirnos anteriormente a este tipo de inseminación, dijimos que es la que se realiza entre cónyuges, es decir el semen es producto del marido o de la pareja de la mujer, se coloca en la cánula especial, para hacerlo llegar al óvulo y fecundarlo dentro del útero materno, logrando así establecer un nexo biológico incuestionable con miras a establecer posteriormente la filiación.

En relación con este tipo de inseminación homóloga se pueden dar dos variantes que se clasifican dependiendo del momento en que se realice y que pueden ser en vida o después de muerto el marido o pareja, (post-mortem). La inseminación post- mortem surge a través de la congelación del semen del marido o pareja, quien dejó disposiciones a la viuda o cónyuge supérstite con respecto a su voluntad de realizar el procedimiento luego de su fallecimiento.

2.2.2.2 Heteróloga. Para realizar esta inseminación se requiere del semen de un tercero, para lo cual se necesita de un donante anónimo o de acudir a los bancos especializados que resguardan el componente biológico.

De la misma manera que sucede en la inseminación homóloga puede realizarse en vida, o después del fallecimiento del donante; o en vida del donante en su condición de anónimo, los donantes desisten de cualquier responsabilidad y de cualquier ligamen o vínculo jurídico con respecto al producto de la fecundación.

Es necesario destacar que este tipo de inseminación artificial, es la que ha generado mayores cuestionamientos, por el hecho de realizarse con semen de un tercero, y por ser contraria al matrimonio y a la dignidad de los sujetos implicados, así como al derecho de los hijos en cuanto a venir al mundo dentro de la estabilidad que brinda un hogar constituido bajo el vínculo matrimonial y su derecho a conocer de donde provienen o su origen biológico.

Surgen dos variantes de este tipo de inseminación heteróloga como son la practicada en vida, o la que se lleva a cabo después del fallecimiento del donante.

2.2.2.3 Hiperestimulación ovárica controlada (HOC). También llamada estimulación ovárica. En ella la mujer es sometida a tratamiento con hormonas, el cual generará una ovulación múltiple o poliovulación, con el fin de liberar más óvulos, con lo que se incrementa de manera exponencial las probabilidades de embarazo a diferencia del ciclo natural, período en el que se produce un solo óvulo.

Después de realizado este procedimiento que no es propiamente un método de reproducción asistida y ante el fracaso de la misma pueden llevarse a cabo otros procedimientos, entre los que se encuentran la inseminación artificial o la fertilización in vitro.

2.2.2 Perfusión espermática a oviductos (FSP). En este tipo de técnica se busca llevar células masculinas (espermatozoides) a través de un catéter a las Trompas de Falopio, utilizando para ello un procedimiento de laparoscopia siendo monitoreado a través de una pantalla y verificando la llegada del catéter al óvulo.

2.2.3 Fertilización in vitro (FIV). El avance a través de la investigación es fundamental en el mundo de las ciencias y de la medicina, pero ello presupone en algunos casos que dichas investigaciones o experimentos tengan que ser realizados con seres humanos y en el punto que desarrollaremos de seguidas con embriones humanos, que por vía de consecuencia al estar presente el ser humano tienen relevancia y protección en el sistema de los Derechos Humanos, además de una regulación interna de acuerdo a cada país.

La fertilización In Vitro, técnica que se remonta a finales del siglo XIX cuando se realizaron experimentos con embriones de conejo, de los cuáles nacieron 6 conejos en perfectas condiciones, se siguió experimentando en animales y en 1908, los científicos se dieron cuenta que los estudios en embriones humanos eran muy pocos y que no eran los mejores indicadores, se realizó uno que otro estudio, pero fue hacia los años 1950 que se hizo énfasis en estos estudios con animales y una vez comenzada la década de los años 1960 se iniciaron los estudios en seres humanos, hasta así llegar a la década del 70, cuando se hicieron los primeros experimentos en Inglaterra.

Literalmente se llama fertilización en vidrio, denominándose así en función del recipiente del laboratorio en el cual se realiza el procedimiento de fertilización de óvulos,

fuera del cuerpo de la mujer, los óvulos se obtienen a través de aspiración y se colocan junto con los espermatozoides. El producto resultante es decir los embriones se mantienen en control por un período aproximado de 72 horas para luego ser implantados mediante una cánula o catéter en el útero de la madre.

Bajo este procedimiento se llevó a cabo la concepción de la niña inglesa llamada Louise Brown, quien es considerada la primera bebé de probeta en el mundo. Se requiere la transferencia de 3 o 4 embriones con el fin de lograr que se implante alguno. Los embriones excedentes se congelan o se someten a la criopreservación para ser utilizados posteriormente por la pareja, ser donados o utilizados para experimentos. Allí es precisamente que se presentan los graves cuestionamientos éticos, morales, psicológicos y jurídicos en relación con esta técnica y que desarrollaremos en capítulo aparte.

Con relación a la fertilización In vitro la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), en sentencia del 28 de noviembre de 2012, caso Artavia Murillo y otros en (“Fecundación in Vitro”) Vs. Costa Rica, en el párrafo 63 señala: *“Por su parte, la FIV, es un procedimiento en el cual los óvulos de una mujer son removidos de sus ovarios, ellos son entonces fertilizados con espermatozoides en un procedimiento de laboratorio, una vez concluido esto el óvulo fertilizado (embrión) es devuelto al útero de la mujer”*.¹⁹

2.2.4 Transferencia Intratubárica de Gametos (GIFT). Técnica que consiste en extraer por medio de laparoscopia los óvulos y colocarlos junto con los espermatozoides en las trompas de Falopio de la mujer, para lograr así la fertilización en el propio cuerpo de la mujer y no externamente. Se colocan 3 o cuatro óvulos en la implantación. Técnica también conocida como fertilización en vivo, aplicable a aquellos casos en que existe obstrucción de las trompas, por lo que se colocan los gametos más allá de la obstrucción, a efectos de lograr la fecundación y posterior desarrollo del cigoto.

2.2.5 Maternidad subrogada. Se conoce así al acuerdo de voluntades mediante el cual una mujer fértil, acepta quedar embarazada, por medio de técnicas de reproducción asistida, bien sea a través de inseminación artificial o fecundación in vitro, con el fin de engendrar y dar a luz a un niño o niña, que deberá entregar a otra persona o a una pareja, para que sea criado como suyo, obteniendo por ello un beneficio económico. Se sustituye a la madre mediante un contrato.

¹⁹ [www.corteidh.or.cr/doc/casos/aticulos.Caso Artavia Murillo y otros](http://www.corteidh.or.cr/doc/casos/aticulos.Caso%20Artavia%20Murillo%20y%20otros)

En esta situación nos encontramos con la pareja o con la mujer que quiere tener un hijo y que por alguna situación inicial o posteriormente adquirida la mujer no puede engendrar, razón por la cual debe ubicarse a una madre sustituta.

María Candelaria Domínguez señala que: “La maternidad subrogada admite varias modalidades inclusive con participación de tres mujeres: una que aporta el óvulo, otra la gestación y otra que criará al niño.”²⁰

Continúa diciendo que: “la “gestación” subrogada tiene lugar generalmente cuando una mujer da su óvulo para que le sea implantado a otra que gestará y dará a luz el ser. Lo que pretende trasladarse a otra mujer distinta a la que aporta su carga genética a través de su óvulo es el proceso de gestación que obviamente incluye el parto. Es decir, una mujer será la madre genética porque concede el óvulo y otra distinta gestará al concebido dándole a luz. De allí que más propio para el caso que nos ocupa es referirse a “vientre subrogado” o “gestación subrogada”, porque la maternidad genética subsiste respecto de aquélla madre que aporta el óvulo.”²¹

Lo anteriormente expuesto genera una serie de situaciones jurídicas presentes ante la existencia de dos maternidades, es decir de quien aporta el óvulo y de quien gesta el producto, situación que puede desencadenar conflictos intersubjetivos que obligatoriamente deben ser regulados por el derecho en aras de los bienes tutelados que se encuentran en conflicto, se rompe aquí con el viejo aforismo romano “mater semper certa est”, es decir madre sólo hay una y es la que da a luz. Resulta muy complicado el hecho de entender que una mujer pueda gestar a un hijo, al que posteriormente dará a luz y que no le pertenecerá.

Es quizás la última oportunidad que tienen quienes desean tener un hijo luego del fracaso de tratamientos o técnicas de inseminación artificial cuyos resultados no han sido los deseados, y no desean hacer uso de otras instituciones como es el caso de la adopción.

Esta figura de la maternidad subrogada tiene implicaciones de diversa índole que tal y como señalamos anteriormente por ser cuestiones de índole intersubjetiva que llevan aparejadas situaciones emocionales o psicológicas y un alto porcentaje de

²⁰ Domínguez, María C. Gestación Subrogada. Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia. 2012

²¹ Ibidem

cuestionamientos tanto en el ámbito social, moral y en la esfera jurídica. En el aspecto psicológico en algunas oportunidades produce sentimientos de culpa y depresión, ante la separación de la madre y del bebé; en relación con el aspecto jurídico en algunas situaciones se establecen contratos que no se encuentran amparados por el ordenamiento jurídico, y por supuesto están viciados de nulidad, dejando sin protección a ambas partes.

Es de destacar el caso conocido de los Estados Unidos, específicamente en el Estado de Illinois, en donde se cuenta con una legislación bastante completa la que a través de normas jurídicas y decisiones judiciales ha regulado y permitido estos casos de maternidad subrogada y sus respectivos contratos, de igual manera en otros Estados del mismo país la maternidad subrogada se permite siempre y cuando cumpla con algunos requisitos.

No obstante carecer la mayoría de los países de regulación en la materia, ello no impide que se practique esta modalidad de reproducción asistida, llegando en algunas situaciones a convertirse en el modo de vida de estas madres subrogadas, incitando a practicarla por fines de lucro y desencadenando un negocio ilícito muy atractivo para agencias que ofrecen estos servicios como cualquier mercadería.

2.2.5.1 Maternidad subrogada parcial. Se origina cuando la mujer que no puede concebir, dispone de sus óvulos para que sean fecundados a través de inseminación artificial, con espermatozoides de su pareja o de un donante y posteriormente implantados en el útero de la futura madre subrogada. La madre subrogada no tiene conexión genética con él o la bebé, eso corresponde a la madre genética o donante. Propia subrogación de vientre o también mal llamado alquiler de vientre.

2.2.5.2 Maternidad subrogada total. En esta situación es la madre subrogada, quien a su vez es la madre genética, la que dispone de sus óvulos, para que sean fecundados con espermatozoides de quien pretende ser el padre o de un donante anónimo. Se aporta tanto vientre como óvulos por parte de la madre subrogada. Es decir el bebé es hijo biológico de la madre subrogada, quien posteriormente entregará el bebé a otra pareja que serán los padres legales del mismo.

2.2.5.3 Maternidad subrogada altruista. Se realiza en el caso de hermanas e hijas, sin pretender ningún pago o contraprestación por ello, es decir sin fin

de lucro. La mujer está dispuesta a prestar el útero para llevar a cabo el embarazo, se vincula a sentimientos de solidaridad con la persona o la pareja que requiere de la subrogación. En algunas oportunidades se cubren los gastos médicos o legales a que hubiere lugar.

2.2.5.4 Maternidad subrogada comercial: La mujer que está dispuesta a prestar el útero, con el consecuente pago o remuneración económica, es decir embarazo a cambio de compensación monetaria. A rasgos generales ha sido cuestionada en muchos países, por considerar que se trata de una explotación comercial, que afecta la dignidad del ser humano, no obstante todo ello se práctica ampliamente en países como la India, en los que se exige que la mujer embarazada por encargo de otra, sea retribuida económicamente y que se cubran todos los gastos inherentes a ella y al bebé desde la concepción hasta su alumbramiento, incluyendo los gastos de parto, en algunas oportunidades se establecen montos o pagos adicionales en función de obtener embarazos múltiples, dependiendo del contrato celebrado.

Capítulo III. Criopreservación de embriones.

Comenzaremos por definir lo que es un embrión, de acuerdo con el Diccionario de la Real Academia Española de la lengua :“Ser vivo en las primeras etapas de su desarrollo, desde la fecundación hasta que el organismo adquiere las características morfológicas de la especie”²², igualmente contiene otra definición que es la siguiente: “En la especie humana, producto de la concepción hasta fines del tercer mes de embarazo”.²³

Establecido el concepto de embrión debemos pasar a uno de los elementos fundamentales que es determinar cuando comienza la vida humana, y si el embrión es persona, para lo cual existen tres concepciones:

- Cuando el espermatozoide penetra el óvulo. Para la Iglesia Católica y algunas corrientes científicas ya existe vida.
- Después de dieciocho horas o veinte horas de la penetración del óvulo por el espermatozoide, momento en el cual se transmite la información genética, creándose una nueva, para el ser que ha sido concebido, es decir quienes acogen esta posición sostienen que es allí donde comienza la vida humana.
- Cuando el óvulo fecundado se anida o adhiere al útero. Lo que sucede entre los días seis y quince de la fecundación. Es en ese día quince que aparece el embrión, por otros llamado (preembrión).

Quienes adhieren a la primera posición que señala que hay vida humana en el momento en el que el óvulo es penetrado por el espermatozoide, consideran que los embriones son una forma de vida y por ello se cuestiona la situación de los embriones congelados. Se enfocan en que ante la existencia de dos células fertilizadas, existe un ser humano que comienza a desarrollarse.

Esta teoría encaja perfectamente en la posición que ha mantenido de manera recurrente la Iglesia Católica y que tomamos como referente a la Encíclica del Papa Juan Pablo II, que en relación a los embriones humanos dice: "El uso de embriones o fetos humanos como objeto de experimentación constituye un delito en consideración a su dignidad de seres humanos, que tienen derecho al mismo respeto debido al niño ya nacido y a toda persona".²⁴

²² Drae Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española

²³ Drae. Ob. Cit

²⁴ Juan Pablo II. Ob.Cit

Bajo la segunda teoría se enmarcan quienes consideran que la vida comienza desde el momento en que se intercambia la información genética entre el espermatozoide y el óvulo dando paso a un minúsculo ser humano con un código genético propio y diferente a los demás. Se niega en esta teoría la existencia de un pre-embrión ya que antes lo que existía eran dos células distintas y diferenciadas como lo son el óvulo y el espermatozoide. Además esta teoría sostiene que si después de fecundarse, el ser que se desarrolla no fuese prójimo de sus padres no hubiese sido posible la evolución y no existiría sobre la tierra ninguna especie, ni sería factible el desarrollo de la biología.

En la tercera teoría se encuentra la posición esgrimida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia del Caso Artavia Murillo Vs Costa Rica, en la cual se determina que: “la Corte concluyó que la “concepción” en el sentido del Art. 4.1 tiene lugar desde el momento en que el embrión se implanta en el útero, razón por la cual antes no habría lugar a la aplicación del art. 4 de la Convención.”²⁵

En los primeros tiempos de la fertilización In Vitro se dio inicio a la congelación de los embriones, más sin embargo los resultados de supervivencia embrionaria y las posibilidades de embarazo eran muy bajas. Para esos momentos la formación de cristales en el interior del embrión dañaba su estructura conllevando a pronósticos muy deficientes.

La criobiología ha avanzado considerablemente con el objetivo de preservar los embriones a través de la crio-preservación, con el fin de preparar embriones en altas concentraciones de sustancias protectoras, que buscan que el medio líquido no produzca cristales intracelulares.

En los casos de fecundación In Vitro, se requiere de la conservación de algunos embriones, para ser utilizados en nuevas oportunidades, o para preservarlos en situaciones de que alguna de las personas pueda ser sometida a tratamientos invasivos como radioterapia o quimioterapia; es necesario destacar que esta conservación se realiza a través del procedimiento de la crio-preservación, es decir congelamiento a muy bajas temperaturas, alrededor de -80°C y -196°C, en recipientes con nitrógeno líquido, los que se utilizan en los laboratorios destinados a resolver y estudiar lo referente a la reproducción humana.

Se pueden congelar embriones desde el mismo día de la fecundación o el primer día de la fecundación hasta el sexto día de la misma y se realiza el proceso mediante la

²⁵ [www.corteidh.or.cr/doc/casos/aticulos.Caso Artavia Murillo y otros.](http://www.corteidh.or.cr/doc/casos/aticulos.Caso%20Artavia%20Murillo%20y%20otros)

inmersión de los embriones en una solución de nitrógeno líquido, que impide la formación de cristales de hielo.

Bajo este procedimiento se mantiene la vida suspendida, es decir cualquier actividad biológica queda en suspenso, a través de la crio-preservación.

3.1 Plazo de conservación. No existe unanimidad de criterios al respecto, se establece un plazo de entre cinco y 13 años. Actualmente se tiene conocimiento de un embarazo producto de embriones congelados por un tiempo de 13 años.²⁶

Pero mayoritariamente los laboratorios especializados en el área apuestan por una mayor seguridad y establecen como plazo máximo 10 años, tiempo que en líneas generales no es el usual, pues las parejas que suelen congelar embriones con el fin de lograr un embarazo, generalmente los usan todos con el objeto de lograr el cometido y que en el supuesto de haber quedado algunos, buscarán usarlos en el menor tiempo posible para que no exista una diferencia muy acentuada en la edad de los hijos, considerándose entonces lo usual en aproximadamente cinco años.

Los embriones congelados deben ser tratados con riguroso cuidado y para ello deben aclimatarse, lo cual se hace de manera natural, se lavan cuidadosamente, con el fin de eliminar cualquier vestigio de solución crio-preservante y es a partir de allí que se encuentran disponibles para su implantación o transferencia al útero.

3.2 Transferencia de embriones. Como la fecundación se realiza fuera del cuerpo de la mujer, se revisa la condición de cada uno de los embriones y los que presenten mejor condición, (calidad) término aplicado en los laboratorios, serán los que se transferirán a la mujer con el fin de lograr el embarazo.

A través de una cánula, se depositan los embriones en el útero de la futura madre, es necesario que los embriones tengan un desarrollo de entre dos y cinco días, posteriormente se realiza una prueba de embarazo a partir de la segunda o tercera semana de la implantación de los embriones, con el fin de detectar si el procedimiento ha resultado exitoso.

3.3 Manipulación y experimentación con embriones. La manipulación de embriones a través de la genética, la biotecnología y especialmente de la ingeniería genética, esta última como grupo de técnicas utilizadas para aislar y modificar genes,

²⁶ <http://news.bbc.co.uk/2/hi/health/4655035.stm>

que en este caso se refieren a la persona humana, es una de las situaciones más polémicas en relación con el tema, no existe acuerdo entre los científicos puesto que se trata de intervenir sobre óvulos fecundados, en los cuáles no existe cálculo exacto en cuanto a sus resultados y cualquier situación puede derivar en consecuencias fatales para el embrión.

Posteriormente al avance y descubrimiento del genoma humano, proyecto que fue llevado a cabo por un grupo de países en los que se encontraban Estados Unidos de América, Alemania, China, Francia, Reino Unido y Japón, tuvo como fin determinar la secuencia del genoma humano, es decir la secuencia de ADN portadores de genes, a través de los que se puede construir un ser humano. Obteniendo entonces que a través del genoma se conoce la información fenotípica del individuo, con lo cual se amplió de gran manera el conocimiento científico y que el hombre puede manejar esta situación en algunas oportunidades de manera descontrolada, con lo que se llevaría a efecto un atentado en cuanto a la carga genética que tiene cada individuo a heredar de sus progenitores.

De igual modo se refieren algunos autores al hecho de que bajo estos conocimientos, se estaría violando el derecho a la intimidad biológica que corresponde a los seres humanos, hasta el momento la utilización del genoma humano ha permitido avanzar en el estudio de ciertas enfermedades de origen genético, y poder entonces determinar la predisposición de algún sujeto a padecerlas, bajo esa finalidad podría considerarse lícita su utilización, pero también pueden presentarse conductas discriminatorias y hasta en cierto sentido eugenésicas que abiertamente contravienen con la dignidad de todo ser humano. Al respecto la Declaración Universal del Genoma Humano y los Derechos Humanos sancionada por la UNESCO el día 11 de noviembre de 1997 puntualizó lo siguiente: Art. 1. “El genoma humano es la base de la unidad fundamental de todos los miembros de la familia humana y del reconocimiento de su **dignidad intrínseca y su diversidad**. En sentido simbólico, el genoma humano es el patrimonio de la humanidad.”²⁷ (negrillas y subrayado nuestro).

El Artículo 10 de la misma Declaración establece que: “Ninguna investigación relativa al genoma humano ni ninguna de sus aplicaciones en particular en las esferas de la biología, la genética y la medicina, podrá prevalecer sobre el respeto de los derechos

²⁷ Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos.

humanos, de las libertades fundamentales y de la dignidad humana de los individuos o, si procede de grupos de individuos.”²⁸

Y en relación con las condiciones de ejercicio de la actividad científica la misma Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos establece en el Artículo 13: “Las consecuencias éticas y sociales de las investigaciones sobre el genoma humano imponen a los investigadores responsabilidades especiales de rigor y prudencia, probidad intelectual e integridad, tanto en la realización de sus investigaciones como en la presentación y utilización de los resultados de éstas. Los responsables de la formulación de políticas científicas públicas y privadas tienen también responsabilidades especiales al respecto.”²⁹

Algunos científicos consideran que en el supuesto de realizarse esta intervención debe ser a fines de curación o mejoramiento de sus condiciones naturales. En referencia a este punto, el Convenio Europeo sobre los Derechos Humanos y la biomedicina: Convenio para la protección de los Derechos Humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina; en el Artículo 13 señala lo siguiente: “Únicamente podrá efectuarse una intervención que tenga por objeto modificar el genoma humano por razones preventivas, diagnósticas o terapéuticas y sólo cuando no tenga por finalidad la introducción de una modificación en el genoma de la descendencia.”³⁰

En cuanto a la experimentación se busca obtener conocimiento científico y se utilizan embriones fecundados en cantidades excedentes, con un fin distinto al de coadyuvar en la procreación. Este grupo cuantioso de embriones fecundados formaría entonces el material necesario para ser preservado en un banco de embriones, que podría estar a disponibilidad bien de los sujetos que solicitaron la técnica de reproducción asistida, o de cualquiera otro a quien puedan otorgarse por donación, así como ser abandonados, destruidos o utilizados con otros fines de dudosa praxis.

Debemos recordar que éticamente la medicina fundamenta su praxis en principios, de los cuáles podemos recoger los siguientes:

- Preservar la Vida.

²⁸ Ibidem

²⁹ Ibidem

³⁰ <http://unav.es/cdb/coeconvenccion.html>

- Aliviar el sufrimiento.
- No hacer daño al paciente.
- Respetar la autonomía del paciente
- Tratar al paciente con justicia.

“En 1947, el Tribunal Internacional de Núremberg emitió la Declaración que lleva su nombre, a través de la cual se establecen las condiciones éticas para la práctica de la investigación en seres humanos. Esta Declaración fue reformada en 1964 durante la Asamblea Médica Mundial de Helsinki y actualizada por la misma Asamblea en 1975, 1983, 1989, 1996 y 2000, en Tokio, Venecia, Hong Kong, Somerset West y Edimburgo, respectivamente. Destacan los documentos emitidos por esta Asamblea (1), preceptos irrenunciables como: • Consentimiento informado. • Evitar hacer daño o producir dolor al sujeto de la investigación. • Opción del individuo de retirarse de la investigación en el momento que lo desee. • Cumplimiento de los reglamentos vigentes para la investigación en humanos. • El interés en la ciencia y en la sociedad jamás debe privar sobre el interés del individuo. • Negarse a participar en un proyecto de investigación no debe afectar la relación médico-paciente.”³¹

De lo anteriormente expuesto podemos inferir que lo delicado del asunto en cuestión en el que prevalecen el avance de la ciencia y de las implicaciones éticas, sociales y morales, así como de los Derechos Humanos en juego, con especial atención en este caso al Derecho a la Vida, que por considerarse un derecho fundamental de todo ser humano y en relación a que el material biológico señalado es un embrión humano, que debido al avance científico goza del don de la vida, vida que para las más importantes religiones como la Católica, la Islámica y el Judaísmo es sagrada, es por lo que su manipulación o experimentación debe ser restringida y solamente aceptable en condiciones muy rígidas de control.

Dentro de lo permitido a nivel científico, también debemos aclarar que bajo ningún respecto debe propugnarse la clonación, ni el diagnóstico de sexo, puesto que violentaría las barreras de la ley natural y por vía de consecuencia sería contrario a la dignidad humana y a la individualidad de cada sujeto como ser único.

³¹ <http://www.medigraphic.com/pdfs/circir/cc-2004/cc046m.pdf>

3.4 Adopción de embriones. Luego de realizada la transferencia de embriones y logrado el embarazo, los embriones fecundados son crio-preservados, con la intención de poder ser utilizados en un próximo embarazo por sus padres naturales. De no ser así, pueden ser motivo de experimentación, o de destrucción. Ante esta situación se plantea la real posibilidad de entregarlos a potenciales padres adoptivos, que por supuesto son personas totalmente ajenas y distintas a los padres naturales. Esta práctica se viene incrementando a través de bancos de embriones, con el objeto de preservar la vida de ese embrión, bien jurídico tutelado que refiere uno de los más importantes, sino el más importante derecho del ser humano. Es una solución a un problema grave que se plantea ante una gran cantidad de embriones crio-preservados que tienen un destino incierto.

Por supuesto esta práctica tampoco goza de la total aprobación, visto que el embrión es un ser humano en potencia y que esta adopción hasta el momento no tiene regulación legal clara, ya que en el caso de la adopción tal y como la conocemos en el derecho de familia o derecho civil, se realiza entre sujetos a quienes el derecho considera personas, por el hecho de haber nacido, y poder ser titular de derechos y obligaciones.

Capítulo IV. Fertilización Post Mortem.

4.1 Concepto. La expresión post mortem tiene que ver con la condición de que es “posterior a la muerte”, se origina en función a la muerte de uno de los progenitores, en este caso el padre, es necesario que el semen se haya mantenido congelado.

Se refiere a aquella técnica de reproducción asistida en que la cónyuge sobreviviente fecunda su óvulo con el esperma de su marido o pareja estable que ha fallecido, fecundación homóloga. Vale recalcar que puede ser con esperma extraída una vez que la pareja ha fallecido, o en el momento en que se encuentra la persona en coma y de una vez el producto obtenido es sometido al procedimiento de congelación o crio-preservación.

Sustancialmente se diferencia de los casos de implantación de embriones crio-preservados fecundados de un óvulo de la mujer con el semen de su cónyuge o pareja, antes del fallecimiento de éste último, se produce entonces en este supuesto una fecundación con anterioridad a la muerte y por fecundación in vitro.

Asimismo no procede en el caso de ser la mujer quien fallezca y sea el esposo o pareja quien extraiga los óvulos de ella con el fin de tener un hijo de ambos, no se podría hablar de fertilización post-mortem, pues en este caso se requeriría de un algo más, como es un vientre o útero de otra mujer en que se implantaría el embrión y se convertiría en maternidad subrogada.

4.2 Con consentimiento del esposo. Mayoritariamente las legislaciones son contestes en afirmar que el requisito quizás más importante, es la manifestación de voluntad, o consentimiento del esposo o pareja estable cuyo fallecimiento está próximo o ya ha ocurrido.

En relación al consentimiento María Candelaria Domínguez señala que: “Uno de los elementos esenciales para la existencia del contrato (CC, art. 1141, 1º). Consenso acuerdo de voluntades, expresado en forma libre y consciente a los fines de constituir, regular o extinguir una obligación”.³²

Es necesario destacar que el consentimiento puede producir efectos hasta más allá de la muerte, pues producto de ésta se pueden transmitir además de derechos o relaciones de contenido patrimonial, otros derechos y relaciones jurídicas. En el caso que

³² Domínguez Guillén, María Candelaria. Diccionario de Derecho Civil. Editorial Panapo. 2009 Liven Editores, C.A. Pág. 44 y 45.

nos atañe, en cuanto a la utilización de este tipo de fertilización post mortem, debe ser libre de vicios, concreto y específico y algunos doctrinarios consideran que pudiese ser revocable en cualquier momento antes de llevar a cabo la fertilización.

En Venezuela, la Sala Constitucional del T.S.J., cambió el criterio de necesitar autorización del donante, para así facilitar el ejercicio de los derechos del producto de la inseminación, Caso Yamilex C. Núñez de Godoy, vs el Grupo Médico de Fertilidad.³³

4.3 Sin consentimiento del esposo. De no contar con el consentimiento expreso del marido, y la mujer lleva a cabo la fecundación asistida con el semen del marido pre-muerto, se considerará que los gametos producto de esa fecundación serán equiparables a los de un donante, con la consecuente situación de que no se podrían establecer ni derivar de ella los efectos legales de una filiación, en este caso matrimonial. Entre los casos más controversiales que refieren a esta técnica se señala el Corinne Parpalaix en Francia, quien queda viuda de su marido que padecía cáncer de testículos, situación que lo obligó a depositar su semen en un Centro de Conservación de Esperma (CECOS) en fecha 07 de diciembre del año 1982, antes de someterse a una intervención quirúrgica, con la cual buscaba controlar su enfermedad, y que además podría dejarlo estéril.

Dos días antes de fallecer, el 25 de diciembre de 1983, contrajo matrimonio con Corinne, en la habitación del Hospital. La viuda solicita le sea practicada una inseminación post mortem, y el banco de semen, se niega.

La viuda Parpalaix de acuerdo con los padres del esposo fallecido, demandan por vía judicial al Centro de Conservación de Esperma, con la pretensión de que les fuese devuelto el semen depositado por Alain en su momento. Es menester acotar que no se demandaba la licitud o no de la inseminación post mortem, sino la devolución de un producto dejado en depósito en dicho Centro y que por vía de consecuencia consideraban que como herederos les correspondía.

El asunto a resolver versaba sobre la devolución de las cánulas que contenían el esperma y a quien debían ser devueltas, si a la viuda o a los padres como herederos del de-cujus. Para decidir el Tribunal esgrimió varios puntos en su argumentación entre ellos el hecho de no constar de manera expresa la voluntad del de-cujus de querer procrear bien fuera en vida o después de muerto, lo cual fue desvirtuado a través de prueba de testigos y presunciones, logrando así establecer la voluntad tácita del fallecido a procrear

³³ www.tsj.gob.ve/decisiones/scon/julio/1456-270706-05-1471.htm

post mortem. Para ello se comprobó que el banco de semen nunca preguntó al paciente sobre su oposición o aceptación a devolver su esperma a sus herederos, ante la posibilidad de su fallecimiento.

En relación con el depósito de semen realizado por el paciente, mal puede considerarse un contrato de depósito al que puedan aplicarse normas contenidas en el derecho común, puesto que el semen es un fluido corporal y no es una cosa mueble que pueda entrar en el ámbito del comercio; y que por su importancia en la procreación de seres humanos, reviste un contrato de características particulares en las cuáles el banco de semen, no es más que el custodio del producto, que debe ser manejado con las mejores técnicas de conservación y crio-preservación, con el fin de devolverlo en el momento que así sea requerido al paciente donante o a la persona a quien haya sido destinado.

De igual modo otro de los argumentos se ubicaba en que no estando prohibidas, pero tampoco reguladas en ninguna norma legal, las condiciones de conservación del semen del esposo fallecido, y menos la inseminación de la viuda, no podía impedirse el derecho a la procreación que es uno de los fines primigenios del matrimonio, por lo que de impedirlo se estaría violando principios del derecho natural.

Es necesario destacar que la viuda fue sometida al tratamiento de inseminación artificial post mortem, el cual resultó fallido en función de la poca cantidad y calidad del esperma disponible, no pudiendo concretarse el embarazo.

Otro caso relevante en esta materia es el de la viuda Diana Blood ocurrido en Inglaterra, quien libró una ardua batalla legal, puesto que extrajo el semen de su marido, mientras este se encontraba en coma como producto de una meningitis bacteriana que irremediablemente le produjo la muerte. No existía autorización del marido para ello, pero eso no fue obstáculo para que ella insistiera en su propósito de tener un hijo de su esposo quien había fallecido en el año de 1995. Fue en el año de 1997 que pudo lograr inseminarse con el semen congelado de su difunto esposo, por autorización de la Corte de Apelaciones, pero siempre y cuando el tratamiento se realizara en otro país.

Realizado el tratamiento con el semen congelado se produjo así el embarazo y posterior nacimiento del primer hijo póstumo y tiempos después un segundo embarazo, con lo que resultaron 2 hijos del esposo fallecido, presentándose entonces el problema de que en Gran Bretaña existía una Ley de Fertilización Humana y Embriología promulgada en el año de 1990, bajo la cual no era considerado padre legal de un niño, si este era concebido a partir del esperma congelado y posteriormente fecundado del padre muerto.

Bajo esa premisa, los niños no podían ser reconocidos como hijos del cónyuge muerto, situación que derivó en una serie de procesos judiciales llegando inclusive a la Alta Corte, con el fin de solventar lo relativo al establecimiento de la filiación de los niños nacidos como producto de la aplicación de esta técnica de reproducción asistida.

En Venezuela se trata este punto a raíz de la sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, de fecha 27 de julio de 2006, caso “Yamilex Coromoto Núñez de Godoy contra el Centro Médico de Fertilidad, C.A., del Centro Médico Docente la Trinidad”, con ponencia del Magistrado Jesús Eduardo Cabrera.

Se inicia el caso ante la negativa manifestada por el Grupo Médico de Fertilidad, C.A., cuya sede se ubica en el Centro Médico Docente la Trinidad, de inseminar a Yamilex Coromoto Núñez de Godoy, con una muestra de semen de su difunto esposo Dilmar José Godoy Mendoza, para lo que se interpone una pretensión de Amparo ante el Juzgado Tercero de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y Tránsito del Área Metropolitana de Caracas, siendo declarado sin lugar en sentencia del 27 de junio del año 2005.

Vistos los resultados adversos de la decisión solicitan a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia se Avoque al conocimiento de la causa ante la violación de los derechos constitucionales consagrados en los Artículos 76, 56, 20, 21.1 y 75 de nuestra Carta Magna.

Los artículos que señalan como infringidos por la precitada decisión tienen que ver con: Derechos Sociales y de las Familias enmarcados en el Capítulo V, así como Derechos Civiles establecidos en el Capítulo III y por último Derechos Humanos y Garantías, y de los Deberes previstos en el Capítulo I de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

En cuanto al Artículo 76 refiere a la Protección a la maternidad y cuyo texto señala que: “La maternidad y la paternidad son protegidos integralmente, sea cual fuere el estado civil de la madre o del padre. Las parejas tienen derecho a decidir libre y responsablemente el número de hijos o hijas que deseen concebir y a disponer de la información y de los medios que les aseguren el ejercicio de este derecho....” El Artículo 75 fundamenta la protección a la familia, entendida esta como la asociación primordial de la sociedad, es decir como célula fundamental de la sociedad. De la lectura de ambos enunciados se verifica la amplia protección que concede la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela tanto a la maternidad y paternidad, como a la familia como núcleo de la sociedad.

En la misma línea de violaciones señalan a los artículos 56, 20 y 21.1, el primero de ellos en correspondencia con los Derechos Civiles y los otros dos enmarcados en los Derechos Humanos y Garantías, y de los Deberes, todo ello vinculado a situaciones que lesionan los derechos a procrear, “**a la integridad psíquica y moral, al libre desarrollo, desenvolvimiento y determinación de la personalidad, entre otros de los derechos ligados al valor de valores como lo es el respeto a la dignidad humana (...)**”.

³⁴*negrillas y subrayado nuestro.*

Solicitan a su vez se lleve a cabo la práctica de la inseminación artificial con el semen del difunto marido, o que en su defecto se entregue a la viuda Yamilex Coromoto Núñez de Godoy la muestra que se encuentra preservada en el mencionado centro de fertilidad, situación que de no ser resuelta podría llevar a causar daños irreparables por la pérdida o descarte del mencionado componente biológico.

Entre los alegatos presentados por el Centro de Fertilidad se encuentra el hecho de que en su criterio la Fecundación no fue consentida por el difunto ya que el paciente en el momento de recoger la muestra estableció que no se utilizara el producto, condición que no modificó antes de morir y es por ello que el Tribunal de Primera Instancia declara sin lugar el amparo y refiere que es necesario contar con el consentimiento del donante de semen para efectuar la inseminación Post-mortem, por lo que la Sala Constitucional al referirse a la **FECUNDACIÓN NO CONSENTIDA** aclara ampliamente la cuestión y por lo interesante de las situaciones referidas es por lo que transcribimos extractos de la misma:

... “Es preciso señalar que, aun cuando lo planteado aquí está relacionado con la expresión o no del consentimiento del esposo de la actora para la práctica de la fecundación in Vitro, no es este un caso de hurto de semen, en el cual el hombre al cual éste pertenece desconoce las intenciones de la mujer, quien tiene relaciones sexuales para tomar la muestra (y lo hace valiéndose de los restos en un preservativo o por otra vía, o lo obtiene de una persona recién fallecida), como ha sucedido en la realidad, con el fin de practicarse una técnica de reproducción asistida sin el consentimiento de la persona de quien proviene el semen.

A juicio de esta Sala, en estos supuestos hay que distinguir si se trata de un matrimonio o de quienes mantienen una relación concubinaría de quien obtiene el semen, o de persona con quien tiene una relación ocasional.

³⁴ Ibidem

En los dos primeros supuestos hay filiación obligatoria, mientras que en el último hay que hacer otra distinción, quienes tienen sexo consensuado, corren el peligro de procrear, así se utilicen preservativos tanto por el hombre como por la mujer, que pueden fallar, y tal peligro sigue en pie si la mujer obtiene -en esta última situación- de alguna manera el semen del hombre.

El hijo nacido de la inseminación con el semen recogido de manera artificiosa podrá reclamar la filiación que le corresponde y exigir de sus padres los derechos que le otorga el artículo 76 constitucional; al fin y al cabo él es el producto, así sea atípico, de una relación sexual.

Distinta tiene que ser la situación si el semen es recogido fuera de una relación sexual personal de cualquier tipo, o los óvulos son hurtados del centro médico que los tenía, o son manipulados para que los fecunde persona distinta a la que escogió la mujer.

Surge así una contradicción entre los derechos del niño que nacerá, de conocer y ser asistido por sus padres, y el de la dignidad del padre o madre timados por el ilegal uso del semen o los óvulos, cuyos derechos al desarrollo de la personalidad se ven afectados por un hijo no querido, y que por lo regular será rechazado. Violándosele a uno de los padres el derecho que le otorga el artículo 76 Constitucional, de decidir libre y responsablemente el número de hijos o hijas que desea concebir.

A juicio de esta Sala, en casos como éstos, donde por una actividad ilegítima de alguien, nace un hijo no deseado por alguno de los padres biológicos, con la carga psíquica contra el hijo, que implica su rechazo, debe armonizarse la posición del padre o madre defraudados, con los derechos del niño de conocer y ser asistido por sus padres.

En este otro plano no debería ser perjudicado totalmente el padre o la madre objeto de un fraude producto de la reproducción asistida, y por ello, la Sala si bien considera que constitucionalmente (y es de orden público), el hijo tiene el derecho de conocer a su padre biológico, incluso para poder informar a los médicos sobre sus antecedentes genéticos, así como el derecho de utilizar los apellidos del padre o la madre, para armonizar con los derechos violados al padre o a la madre (y hasta a ambos, si fuese el caso, como podría ocurrir si se utilizare un vientre prestado), considera que el así nacido carece de derechos alimentarios y sucesorales con respecto al progenitor, por ser producto de una manipulación indigna.

En relación con la fecundación no consentida, merece la pena comentar que la Ley 599 de 2000 de Colombia (Código Penal), en su artículo 108 sanciona la muerte de un hijo fruto de acceso carnal violento, abusivo o de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas, de la siguiente forma:

“...La madre que durante el nacimiento o dentro de los ocho (8) días siguientes matare a su hijo, fruto de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, o abusivo, o de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas, incurrirá en prisión de cuatro (4) a seis (6) años”.

Igualmente, tratándose de supuestos donde no hay consentimiento del donante, a manera de ilustración cabe aquí la referencia a un caso resuelto el 31 de julio de 2003, por el Juzgado de Primera Instancia N° 13 de Valencia, España (tomado de la página web www.codigo-civil.net), en el cual se declaró que la parte promovente se encuentra incurso en situación de separación de hecho respecto de su esposo, pudiendo en consecuencia la misma someterse a técnicas de reproducción asistida sin necesitar para ello del consentimiento del mismo. Ello basado en lo siguiente:

“...teniendo en cuenta que, según ya se ha referido anteriormente, el único interés perseguido por la promovente es el de poder ser madre a través de la reproducción asistida, y que su esposo se encuentra desde hace más de once años en estado de coma vigil irreversible, no se aprecia sin embargo la concurrencia en el presente caso de obstáculo legal alguno para que la misma pueda libre y lícitamente ser usuaria de técnicas de reproducción asistida con semen procedente de donante anónimo, ya que es lo cierto que aquí, evidentemente, se da la situación de separación de hecho del matrimonio contemplada en el ya citado art. 6-3 de la ley. En este sentido, desde la perspectiva del fin de la norma, el estado de coma del marido cuadra perfectamente con la situación de separación de hecho aludida en el art. 6-3, ya que este precepto no pretende otra cosa que evitar la determinación legal de paternidades matrimoniales subrepticamente constituidas a través del uso, a espaldas del marido, de las técnicas de reproducción asistida, de ahí que la necesidad del consentimiento marital resulte eliminada para los casos que, por no haber convivencia conyugal, no pueda generarse duda alguna sobre la eventual paternidad del esposo, y correlativamente, que esa misma falta de necesidad del consentimiento es aplicable al supuesto de autos, en el que,

evidentemente, el hijo que pueda tener la promovente no podrá nunca serlo también de su esposo, al encontrarse el mismo en estado de coma vigil irreversible desde hace más de once años.

*Por lo demás, y a pesar de la presunción de paternidad matrimonial que con carácter general rige en el ordenamiento civil español, no se aprecia empero la concurrencia en el supuesto planteado de ninguna especial dificultad para que, en caso de llegar a tener un hijo la promovente, el mismo no resulte inscrito en el Registro Civil como hijo también de su marido, ya que bastará para ello, al tiempo de comunicar el nacimiento ante dicho Registro, con aportar además un testimonio de la presente resolución o cualquier documentación médica fehaciente de la que resulte la situación en que se encuentra el esposo de la madre. Y finalmente, en la hipótesis de que, por descuido o por malicia, el así nacido fuese inscrito como hijo también del esposo, al amparo entonces de lo dispuesto en el art. 136-3 del Código Civil, una vez fallecido este último y dentro del año siguiente a ello, sus herederos podrían siempre impugnar judicialmente dicha paternidad”.*³⁵

La sentencia hace consideraciones tanto de Doctrina nacional como internacional en las cuáles compara la situación de la fertilización bajo el supuesto de un matrimonio o relación concubinaria, en las cuáles se maneja de manera distinta a la que deviene del hurto de óvulos o de la manipulación irregular del material genético que dará origen a la vida. Bajo esa premisa podemos entender que independientemente de la autorización o consentimiento del fallecido, cuando se cumplen las condiciones de matrimonio o concubinato y la obtención del material genético ha sido de manera legítima, el hijo nacido bajo esa técnica podrá perfectamente reclamar su filiación, y de acuerdo al Artículo 76 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela cuyo enunciado establece que: “La maternidad y la paternidad son protegidas integralmente, sea cual fuere el estado civil de la madre o del padre. Las parejas tienen derecho a decidir libre y responsablemente el número de hijos o hijas que deseen concebir y a disponer de la información y de los medios que les aseguren el ejercicio de este derecho. El Estado garantizará asistencia y protección integral a la maternidad, en general a partir del momento de la concepción, durante el embarazo, el parto y el puerperio y asegurará servicios de planificación familiar integral basados en valores éticos y científicos.

³⁵ Ibidem

El padre y la madre tienen el deber compartido e irrenunciable de criar, formar, educar, mantener y asistir a sus hijos o hijas, y éstos o éstas tienen el deber de asistirlos o asistirlos cuando aquel o aquella no puedan hacerlo por sí mismos o por sí mismas. La Ley establecerá las medidas necesarias y adecuadas para garantizar la efectividad de la obligación alimentaria”.³⁶

Del mencionado Artículo podemos inferir que se protege el derecho del por nacer, independientemente de no ser producto de una relación sexual tradicional, sino de una de las técnicas de reproducción asistida, específicamente en este caso de inseminación artificial. Legítima el derecho de los padres a decidir acerca del número de hijos que desean tener, y de igual modo se evidencia la protección del derecho a la vida.

Entendido y protegido entonces el derecho a procrear de Yamilex Coromoto Núñez de Godoy, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia declara con lugar el amparo interpuesto y ordena completar el ciclo de la fertilización in vitro, con la muestra del semen de Dilmar José Godoy que reposa en el Grupo Médico de Fertilidad C.A., del Centro Médico Docente La Trinidad.

4.4 Transferencia del embrión Post mortem. Consiste en la fase final del procedimiento o proceso de la fertilización, es decir que una vez transcurridas las 24 horas después de ocurrida la fecundación in vitro, se coloca el embrión en una cánula con el fin de llevarlo al interior del útero. Vale acotar que dicha fertilización se lleva a cabo después de la muerte del padre.

4.5 Filiación del concebido. Para ello debemos partir del hecho de que se trata de una fecundación asistida de tipo homóloga, es decir la fertilización es producto del semen del esposo, pareja estable o concubino. Se entiende que la inseminación tiene lugar tiempo después del fallecimiento del marido y que se lleva a cabo entre dos personas que han manifestado su consentimiento para ello.

El problema en sí, se ubicaría en la fecundación asistida heteróloga, puesto que en ella se trata de establecer una paternidad distinta a la biológica, ya que en esta interviene un donante anónimo y dependiendo del hecho del estado civil que tenga la mujer sea soltera o casada; ya que en este último caso la paternidad debe presumirse que es del marido en aras de la presunción de paternidad consagrada en el Artículo 204

³⁶ Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. G.O. 5.453, del 24 de Marzo de 2000

“El marido no puede desconocer al hijo alegando su impotencia, a menos que sea manifiesta y permanente.

El desconocimiento no se admitirá, aún en ese caso, cuando la concepción ha tenido lugar por la inseminación artificial de la mujer con autorización del marido”.³⁷ Del texto se infiere la facultad de realizarse inseminación artificial en el caso de la mujer casada, siempre y cuando cuente con la autorización previa de su cónyuge.

En el supuesto de que la mujer sea soltera, el hijo tiene carácter de extramatrimonial, y en principio nadie podrá ser legalmente su padre, salvo que ocurra un reconocimiento expreso o se acuda a la adopción.

En los casos en que se deba establecer la filiación paterna del hijo que pudiera nacer, pero que no fue concebido durante el matrimonio tal como señala el Art. 201, del Código Civil, sino que ocurrió, cuando el vínculo estaba roto, aún y cuando la esperma haya sido recolectada cuando el vínculo matrimonial existía, surge una dificultad en el Código Civil, que de acuerdo al criterio de la Sala Constitucional, no debe ser un obstáculo para que el producto de la inseminación post mortem, goce del derecho a conocer a sus padres y por vía de consecuencia llevar sus apellidos.

Dicha filiación debe entonces ser establecida mediante sentencia judicial, aunque no medie ningún proceso contencioso, y de encontrarse cubiertos los extremos que hacen presumir la filiación esta puede ser determinada por un Juez competente por la materia, que ordene y supervise el procedimiento de inseminación o reproducción asistida, quien debidamente facultado podrá declararla, no obstante encontrarse en un supuesto distinto al establecido en el Art. 201 el Código Civil.

De igual modo el Art. 204 del Código Civil establece la inseminación artificial, y pudiendo darse la situación de que tenga lugar entre esposos, después de la muerte de uno de los cónyuges, siempre y cuando la cónyuge no contraiga matrimonio antes del alumbramiento, la filiación se reconocerá de acuerdo a lo anteriormente expuesto.

4.6 Sucesión. Hacemos referencia nuevamente al caso de Yamilex Coromoto Núñez de Godoy Vs. Grupo Médico de Fertilidad, C.A. del Centro Médico Docente la Trinidad, en el que la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en el punto referido a la capacidad para suceder, señaló lo siguiente:

³⁷ Código Civil. G.O. N° 2990. Ext del 26-07-1982

..... “Tanto el semen del hombre como los óvulos de las mujeres, son bienes biológicos no susceptibles de formar parte de los bienes sucesorales de las personas.

Mención sobre este tema merece el caso de Julie Garber comentado por María Eleonora Cano en el trabajo citado **supra**, la cual era “[...] una joven estadounidense que en 1995 y, a raíz de La detección de un cáncer decidió congelar sus óvulos e inseminarlos con espermatozoides de un donante anónimo, a los efectos de preservar una futura maternidad que podría resultar dañada. Los embriones se congelaron pero en 1996 Julie falleció dejando expresa autorización en su testamento, para que dichos embriones fueran implantados en el vientre de una mujer; la elegida por los padres de la causante fue la señora Velloff .

La polémica judicial instaló epicentro en la circunstancia de que, dos meses antes la Corte de Apelación del Estado de California había declarado que los embriones, así como el espermatozoides y los óvulos, no eran bienes asimilables a un trozo de tierra, un cheque u otros bienes; estableciendo, de este modo la indisponibilidad de los mismos por vía testamentaria”.

Ahora bien, según nuestra Ley sobre Transplantes de Órganos y Materiales Anatómicos en Seres Humanos, los órganos y tejidos no forman parte del mundo sucesoral, y aunque la Ley no regula la inseminación o reproducción asistida, ella contempla al semen y a los óvulos, por lo que deben tener el mismo status jurídico de los órganos, y así se declara.

Por otra parte, tanto el semen como los óvulos, pueden ser dispuestos por sus poseedores biológicos para que sean utilizados en vida o post mortem.

En ese sentido será necesario una manifestación de voluntad expresa o inequívoca según las circunstancias, que denote con claridad la autorización para que sean utilizadas en procesos de fecundación o en otro sentido, después de la muerte de quien autoriza. Así pues el testamento, en ese sentido equivale a un documento auténtico.

Tal manifestación de voluntad debe constar en documentos auténticos o privados, o por una combinación de éstos con otros elementos que prueban la voluntad y sus alcances.

Cuando tal manifestación expresa no existe, o no puede determinarse su alcance, a juicio de esta Sala, la utilización por parte de cualquiera de esos elementos biológicos es ilegal, a menos que se usen para salvar vidas en estado de necesidad. En consecuencia, dichos elementos deberán ser destruidos en un tiempo prudencial por su tenedor, una vez finalizada la obligación destinada a la reproducción asistida.

De allí que es ilegal extraer –si fuese posible- espermatozoides u óvulos de difuntos, que no hubiesen permitido en vida, tales operaciones; así sea el cónyuge superviviente quien ordene la extracción y subsiguiente reproducción asistida.

Sin embargo, el texto constitucional protege a la familia (artículo 75) y entiende la Sala que, en este último caso, se trata de una extensión de la familia, y el nacido mantendría vínculos filiales.

A juicio de esta Sala, la situación de los nacidos post mortem por sistemas de reproducción asistida, fuera de los plazos de los artículos 201 y 202 del Código Civil, sin autorización del donante sufren una disminución en sus derechos, en materia sucesoral, ya que conforme al artículo 809 del mencionado Código *“son incapaces de suceder los que en el momento de la apertura de la sucesión no estén todavía concebidos”*.

Infringir esta regla es en opinión de la Sala, crear un caos, si a medida que se liquidara la herencia, o después de partida, aparecieran nuevos herederos a reclamar la nulidad de lo actuado. Tal posibilidad la considera la Sala contraria al orden público.

De allí, que en principio, el no concebido para la fecha de la apertura de la sucesión no hereda al padre que aportó el semen, o a la madre que consigna el óvulo.

Pero, cuando la persona ha autorizado en vida la reproducción asistida, para que pueda realizarse post mortem, con persona señalada o señalable, hay una clara voluntad de que nazca alguien con la condición de hijo, a quien la Constitución y las leyes le reconocen el derecho de conocer a sus padres, lo que para esta Sala es un conocer integral y jurídico, y el artículo 809 del

Código Civil debe ceder ante esta situación, ya que el conocer a qué tiene derecho este hijo, debe ser igual al de los otros hijos.

Claro está, que las autorizaciones falsas total o parcialmente podrán ser atacadas por cualquier interesado.”³⁸

Es necesario destacar que al momento de publicarse la sentencia, se refiere a la antigua “Ley sobre Transplantes de Órganos y Materiales Anatómicos en Seres Humanos.”, publicada en Gaceta Oficial N°. 4.497 Extraordinaria de fecha 3 de diciembre de 1992, que en el Artículo 1º establecía lo siguiente: “El transplante o disposición de órganos, tejidos, derivados o materiales anatómicos provenientes de seres humanos, con fines terapéuticos, de investigación y de docencia, se rige por las disposiciones de esta Ley. Se excluyen de los requisitos de esta Ley, los cabellos y las uñas. También la sangre y sus componentes, **ovarios, óvulos y esperma**, pero en estos casos deberá siempre solicitarse la aceptación del donante y el receptor, si éste último no pudiera, de los parientes previstos en el Art. 17”. Negrillas y subrayado nuestro.

Evidenciamos de este artículo que aún y cuando la Ley no regulaba lo atinente a inseminación artificial o reproducción asistida, si enunciaba o hacía referencia al esperma y los óvulos, no obstante hacerlo a modo de exclusión, y estableciendo que en estos casos debía contarse con la manifestación de voluntad, tanto del donante como del receptor, equiparándosele en cierta medida a la donación de órganos. Esta situación ha cambiado, ya que con motivo de la nueva Ley Sobre Donación y Trasplante de Órganos, Tejidos y Células en Seres Humanos, publicada en Gaceta oficial N° 39.808 de fecha 25 de noviembre de 2011, no refiere nada en relación a inseminación artificial o reproducción asistida, de igual manera silencia lo relativo a óvulos y esperma, ya que habla específicamente de órganos, tejidos y células, además de incluir la definición de Bancos y Tejidos de Células, de manera genérica.

Visto esto, podemos verificar la existencia de un vacío de la ley en lo atinente a este tipo de materiales y su disposición a efectos del tema inseminación artificial o reproducción asistida, que pensamos debió resolverse y ampliarse de acuerdo a lo previsto en la anterior Ley sobre Transplantes de Órganos y Materiales Anatómicos en Seres Humanos, y que establecía la obligatoriedad de la manifestación de voluntad tanto del donante como del receptor en materia de semen y óvulos.

³⁸ Ley Sobre Transplantes de Órganos y Materiales Anatómicos en Seres Humanos. G.O. 4.497. 3 diciembre de 1992

De acuerdo a la sentencia anteriormente citada, el espermatozoides o semen, así como los óvulos, pueden ser dispuestos por sus poseedores biológicos, bien sea para ser aprovechados o utilizados en vida o posteriormente al fallecimiento del donante (post mortem). También regula lo relativo a la sucesión aplicando para ello las disposiciones contenidas en los Artículos: 201 y 202 del Código Civil, los que reproduciremos de seguidas.

Art. 201 C.C: “El marido se tiene como padre del hijo nacido durante el matrimonio o dentro de los trescientos (300) días siguientes a su disolución o anulación.

Sin embargo, el marido puede desconocer al hijo, probando en juicio que le ha sido físicamente imposible tener acceso a su mujer durante el período de la concepción de aquél, o en ese mismo período vivía separado de ella”.³⁹

Art. 202 C.C: “Si el hijo nació antes de que hubiesen transcurrido ciento ochenta (180) días después de la celebración del matrimonio, el marido y después de su muerte, sus herederos podrán desconocerlo con la simple prueba de la fecha del matrimonio y la del parto, salvo en los casos siguientes:

1º. Si el marido supo antes de casarse el embarazo de su futura esposa.

2º. Si después del nacimiento el marido ha admitido al hijo como suyo, asistiendo personalmente o por medio de mandatario especial a la formación del acta de nacimiento, o comportándose como padre de cualquier otra manera.

3º. Cuando el hijo no nació vivo.”⁴⁰

Como la sentencia específicamente refiere a los nacidos producto de reproducción asistida post mortem, es decir fuera de los plazos establecidos por el articulado anterior, sin autorización del donante, tienen como consecuencia jurídica una disminución en sus derechos sucesorales, ya que de acuerdo con el Artículo 809 del Código Civil: “Son incapaces de suceder los que en el momento de la apertura de la sucesión no estén todavía concebidos. A los efectos sucesorios la época de la concepción se determinará por las presunciones legales establecidas en los Artículos 201 y siguientes para la determinación de la filiación paterna”.⁴¹

³⁹ Código Civil. G.O. N° 2990. Ext del 26-07-1982

⁴⁰ Código Civil. Ibidem

⁴¹ Código Civil. Ibidem

De llevarse a cabo la liquidación y partición de la herencia y posteriormente aparecer otros herederos, daría lugar a la nulidad de los actos realizados. Es por ello que se mantiene el principio de que el no concebido para el momento de la apertura de la sucesión, no hereda al padre biológico producto del aporte de semen o a la madre que tuvo la carga de entregar su óvulo.

Culmina la sentencia explanando que si la persona autorizó en vida la aplicación de las técnicas de reproducción asistida, para ser realizada con fecha posterior a su fallecimiento, evidencia la clara e inequívoca voluntad de que el producto que nazca luego de la aplicación de esas técnicas ostente la condición de hijo y en pro del conocimiento que consagra la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y demás Leyes de la República, en lo que refiere al Derecho a saber quiénes son sus padres, es por lo que lo preceptuado en el Art. 809 del Código Civil Venezolano, debe flexibilizarse en esta situación y equiparar los derechos de este hijo con los de otros hijos.

Capítulo V. Normativa.

5.1 Marco Normativo Internacional. Derecho comparado. Europa. Leyes de Alemania, Austria, Dinamarca, España, Noruega, Reino Unido y Suiza.

En este punto ubicaremos algunos países de Europa, que han legislado sobre la materia y que constituyen un referente en el Derecho comparado, con el fin de establecer en cada uno de ellos aspectos importantes como son los referidos a la identidad del donante, las técnicas aplicadas, la experimentación con embriones y las sanciones previstas en caso de incumplimiento o contravención a la normativa que rige la materia.

Alemania: En este país se considera que la vida comienza desde el instante de la concepción, es decir desde el momento en que se produce el embrión, se unen la célula masculina y la femenina, sin importar si el hecho ha ocurrido por medios naturales o mediante la utilización de técnicas de reproducción asistida.

Se garantiza entonces por vía Constitucional la vida y la salud del embrión, y de la misma manera se protege su dignidad como humana, como futura persona. Se prohíbe la experimentación de cualquier tipo con embriones. En relación a la identidad del donante, los niños que nazcan como producto del tratamiento tienen derecho a saber la identidad de sus padres biológicos.

Las técnicas de reproducción asistida se encuentran circunscritas a los casos de matrimonios legalmente constituidos. La elección del sexo del bebé a través de la selección del esperma con el que se pretende fecundar el óvulo es considerada ilegal, salvo que sea para evitar enfermedades genéticas vinculadas con el sexo, como el caso de la distrofia muscular. Sólo es permisible examinar un embrión cuando sea para su propio beneficio. Se prohíbe la manipulación genética con embriones humanos, cuando lleve consigo implícita la alteración del patrimonio hereditario del embrión o selección del sexo.

Alemania prohíbe de manera expresa los vientres en alquiler, pero sin embargo no llega a establecer sanciones a la madre subrogada o a los padres que realicen esta práctica.

No se permiten embriones sobrantes o excedentes, autorizando solamente la transmisión de 3 embriones por cada ciclo. De igual modo sanciona el hecho de fecundar un número mayor de óvulos a los que serán transferidos a la mujer. Se castiga la

comercialización de embriones humanos, así como el desarrollo extracorporal de embriones humanos con fines distintos a producir un embarazo.

La ley sobre protección de embriones de diciembre de 1990, establece multas y penas de prisión hasta de tres años, a quienes incumplan las disposiciones de esta ley.

Austria: su legislación es considerada una de las más restrictivas en la materia de reproducción asistida, sólo se permite la reproducción asistida homóloga, en la que el semen proviene de la pareja, pero en cambio si se permite la donación de semen. No se permite la selección de sexo, ni la selección de embriones y de ninguna manera clonación terapéutica.

Dinamarca: Se respeta la vida humana que se protege desde el mismo momento de la fecundación, se prohíbe toda experimentación con embriones de manera general.

Se garantiza el anonimato de las donaciones de esperma, a pesar de que se intentó en su momento acabar con ello por motivos fiscales; no obstante surgió un cambio de posición, puesto que el mayor número de las donaciones son realizadas por estudiantes, que reciben entre 36 y 67 euros de acuerdo a la cantidad de semen donado.

Se acepta el acceso de la mujer sola a técnicas de reproducción asistida, siempre y cuando se limite el número de inseminaciones artificiales realizadas, pero no se especifica la cantidad de las mismas.

El sexo del bebé no puede escogerse, salvo que esa selección sirva para evitar una enfermedad grave, genética y hereditaria, que estuviera directamente relacionada con el sexo.

Se prohíbe la manipulación genética, en los casos en que se pretenda alterar el patrimonio genético del embrión. Sólo se permite esta alteración del patrimonio genético en casos de riesgo sustancial de que el bebé nazca con enfermedad hereditaria grave; y sólo se hará en los casos de Fertilización In Vitro.

Se requiere para realizar esta manipulación genética de la autorización emitida por uno de los Comités de Ética Científica, con el fin de garantizar la protección de los sujetos envueltos en proyectos de investigación.

No contemplan ningún tipo de restricciones ni limitaciones para atraer a personas que quieran ser donantes, así que pueden incluso exportar semen. También tienen una modalidad desde hace dos décadas exportando donaciones de semen que han ayudado a que queden embarazadas más de 15.000 mujeres en el extranjero. Tienen el banco de semen más grande del mundo con una capacidad actual de 65.000 mililitros de esperma y abastecen a más de 60 clínicas de fertilización en distintos países.

Se sanciona con multa o prisión la experimentación con embriones humanos y las desviaciones en las técnicas de Fertilización In Vitro, destinadas a usos distintos a producir embarazos.

España: Se considera en esta legislación que la vida humana comienza a partir del día 14 de la fecundación, se prohíbe la creación de embriones mediante fertilización In Vitro con fines de investigación. Se permite la experimentación terapéutica, en relación con enfermedades con diagnóstico preciso y de pronóstico grave.

La ley del año 2006 deroga y unifica las leyes anteriores que regulaban los casos de reproducción asistida, en ella se limita el número de hijos que nacen de un donante a un máximo de seis.

Reconoce el derecho del donante a mantener el anonimato, más sin embargo permite el acceso del hijo que nazca del semen del donante a cierta información general al llegar a la mayoría de edad. Puede revelarse la identidad del donante, si existe peligro para la vida del hijo, aun cuando no haya cumplido la mayoría de edad la cual se fija en dieciocho años (18 años).

Se permite la maternidad subrogada de acuerdo a lo establecido en la Ley de Reproducción Asistida Española de 2006, cuyo texto señala:

Artículo 10. “Gestación por sustitución.

1. Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero.
2. La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto.

3. Queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales.”⁴²

De acuerdo al anterior artículo se establece la prohibición expresa de la subrogación, préstamo de vientre o vientre en alquiler, bien sea realizada de manera altruista o con fines de lucro, entendiéndose que el contrato celebrado con el fin de renunciar a la maternidad en favor de un tercero, será objeto de nulidad expresa, por encontrarse prohibido dentro del ordenamiento jurídico español. Asimismo, será el parto el factor determinante para establecer la filiación del recién nacido, afianzando entonces el viejo aforismo romano Mater Semper certa est, que refiere el hecho de que la madre es siempre conocida, es la que da a luz, y que establece la presunción de derecho bajo la cual la maternidad es un hecho biológico que se manifiesta de manera evidente a través del embarazo.

En cuanto al padre queda abierta la posibilidad de intentar una pretensión reclamando la paternidad y estableciendo la filiación, de acuerdo a las reglas generales de dicho ordenamiento jurídico..

En el punto referente a la crioconservación de gametos y preembriones, la Ley de Reproducción Asistida en el capítulo III, Artículo 11 regula lo siguiente:

Artículo 11. “Crioconservación de gametos y preembriones.

1. El semen podrá crioconservarse en bancos de gametos autorizados durante la vida del varón de quien procede.
2. La utilización de ovocitos y tejido ovárico crioconservados requerirá previa autorización de la autoridad sanitaria correspondiente.
3. Los preembriones sobrantes de la aplicación de las técnicas de fecundación in vitro que no sean transferidos a la mujer en un ciclo reproductivo podrán ser crioconservados en los bancos autorizados para ello. La crioconservación de los ovocitos, del tejido ovárico y de los preembriones sobrantes se podrá prolongar hasta el momento en que se considere por los responsables médicos, con el dictamen favorable de especialistas independientes y ajenos al centro correspondiente, que la receptora no reúne los requisitos clínicamente adecuados para la práctica de la técnica de reproducción asistida.

⁴² <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2006-9292&b=15&tn=1&p=20110802>

4. Los diferentes destinos posibles que podrán darse a los preembriones crioconservados, así como, en los casos que proceda, al semen, ovocitos y tejido ovárico crioconservados, son:

a) Su utilización por la propia mujer o su cónyuge.

b) La donación con fines reproductivos.

c) La donación con fines de investigación.

d) El cese de su conservación sin otra utilización. En el caso de los preembriones y los ovocitos crioconservados, esta última opción sólo será aplicable una vez finalizado el plazo máximo de conservación establecido en esta Ley sin que se haya optado por alguno de los destinos mencionados en los apartados anteriores.

5. La utilización de los preembriones o, en su caso, del semen, los ovocitos o el tejido ovárico crioconservados, para cualquiera de los fines citados, requerirá del consentimiento informado correspondiente debidamente acreditado. En el caso de los preembriones, el consentimiento deberá haber sido prestado por la mujer o, en el caso de la mujer casada con un hombre, también por el marido, con anterioridad a la generación de los preembriones.

6. El consentimiento para dar a los preembriones o gametos crioconservados cualquiera de los destinos citados podrá ser modificado en cualquier momento anterior a su aplicación.

En el caso de los preembriones, cada dos años, como mínimo, se solicitará de la mujer o de la pareja progenitora la renovación o modificación del consentimiento firmado previamente. Si durante dos renovaciones consecutivas fuera imposible obtener de la mujer o de la pareja progenitora la firma del consentimiento correspondiente, y se pudieran demostrar de manera fehaciente las actuaciones llevadas a cabo con el fin de obtener dicha renovación sin obtener la respuesta requerida, los preembriones quedarán a disposición de los centros en los que se encuentren crioconservados, que podrán destinarlos conforme a su criterio a cualquiera de los fines citados, manteniendo las exigencias de confidencialidad y anonimato establecidas y la gratuidad y ausencia de ánimo de lucro.

Con anterioridad a la prestación del consentimiento, se deberá informar a la pareja progenitora o a la mujer, en su caso, de lo previsto en los párrafos anteriores de este apartado.

7. La información y el consentimiento a que se refieren los apartados anteriores deberán realizarse en formatos adecuados, siguiendo las reglas marcadas por el principio del diseño para todos, de manera que resulten accesibles y comprensibles a las personas con discapacidad.

8. Los centros de fecundación in vitro que procedan a la crioconservación de gametos o preembriones humanos de acuerdo con lo establecido en este artículo deberán disponer de un seguro o garantía financiera equivalente que asegure su solvencia, en los términos que se fijen reglamentariamente, para compensar económicamente a las parejas en el supuesto de que se produjera un accidente que afecte a su crioconservación, siempre que, en el caso de los preembriones crioconservados, se hayan cumplido los procedimientos y plazos de renovación del consentimiento informado correspondiente.”⁴³

En relación con la manipulación de gametos con fines no terapéuticos en embriones humanos, está prohibido de manera expresa, cuando lleve aparejado el consiguiente deterioro o modificación del patrimonio hereditario del embrión, la selección del sexo cuando no exista riesgo de transmisión de enfermedad hereditaria vinculada con el sexo.

Se prohíbe la clonación y creación de híbridos de manera unánime. Se establecen sanciones a las infracciones leves, graves y muy graves, en el capítulo VI de la Ley.

Artículo 26. “Infracciones.

1. Las infracciones en materia de la aplicación de las técnicas de reproducción asistida se califican como leves, graves o muy graves.

2. Además de las previstas en la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, y de las tipificadas en la legislación de las comunidades autónomas, se consideran como infracciones leves, graves y muy graves las siguientes:

⁴³ <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2006-9292&b=15&tn=1&p=20110802>

a) Es infracción leve el incumplimiento de cualquier obligación o la transgresión de cualquier prohibición establecida en esta Ley, siempre que no se encuentre expresamente tipificada como infracción grave o muy grave.

b) Son infracciones graves:

1.^a La vulneración por los equipos de trabajo de sus obligaciones legales en el tratamiento a los usuarios de estas técnicas.

2.^a La omisión de la información o los estudios previos necesarios para evitar lesionar los intereses de donantes o usuarios o la transmisión de enfermedades congénitas o hereditarias.

3.^a La omisión de datos, consentimientos y referencias exigidas por esta Ley, así como la falta de realización de la historia clínica en cada caso.

4.^a La ausencia de suministro a la autoridad sanitaria correspondiente para el funcionamiento de los registros previstos en esta Ley de los datos pertenecientes a un centro determinado durante un período anual.

5.^a La ruptura de las condiciones de confidencialidad de los datos de los donantes establecidas en esta Ley.

6.^a La retribución económica de la donación de gametos y preembriones o su compensación económica en contra de lo previsto en los artículos 5.3 y 11.6.

7.^a La publicidad o promoción que incentive la donación de células y tejidos humanos por parte de centros autorizados mediante la oferta de compensaciones o beneficios económicos en contra de lo previsto en el artículo 5.3.

8.^a La generación de un número de hijos por donante superior al legalmente establecido que resulte de la falta de diligencia del centro o servicio correspondiente en la comprobación de los datos facilitados por los donantes y, en el caso de éstos, el suministro de datos falsos en la identidad o la referencia a otras donaciones previas.

9.^a La generación de un número de preembriones en cada ciclo reproductivo que supere el necesario, conforme a los criterios clínicos para garantizar en límites razonables el éxito reproductivo en cada caso.

10.^a En el caso de la fecundación in vitro y técnicas afines, la transferencia de más de tres preembriones a cada mujer en cada ciclo reproductivo.

11.^a La realización continuada de prácticas de estimulación ovárica que puedan resultar lesivas para la salud de las mujeres donantes sanas.

12.^a El incumplimiento de las normas y garantías establecidas para el traslado, importación o exportación de preembriones y gametos entre países.

c) Son infracciones muy graves:

1.^a Permitir el desarrollo in vitro de los preembriones más allá del límite de 14 días siguientes a la fecundación del ovocito, descontando de ese tiempo el que pudieran haber estado crioconservados.

2.^a La práctica de cualquier técnica no incluida en el anexo ni autorizada como técnica experimental en los términos previstos en el artículo 2.

3.^a La realización o práctica de técnicas de reproducción asistida en centros que no cuenten con la debida autorización.

4.^a La investigación con preembriones humanos con incumplimiento de los límites, condiciones y procedimientos de autorización establecidos en esta Ley.

5.^a La creación de preembriones con material biológico masculino de individuos diferentes para su transferencia a la mujer receptora.

6.^a La transferencia a la mujer receptora en un mismo acto de preembriones originados con ovocitos de distintas mujeres.

7.^a La producción de híbridos interespecíficos que utilicen material genético humano, salvo en los casos de los ensayos actualmente permitidos.

8.^a La transferencia a la mujer receptora de gametos o preembriones sin las garantías biológicas de viabilidad exigibles.

9.^a La práctica de técnicas de transferencia nuclear con fines reproductivos.

10.^a La selección del sexo o la manipulación genética con fines no terapéuticos o terapéuticos no autorizados.”⁴⁴

Artículo 27. “Sanciones.

1. Las infracciones leves serán sancionadas con multa de hasta 1.000 euros; las graves, con multa desde 1.001 euros hasta 10.000 euros, y las muy graves, desde 10.001 euros hasta un millón de euros.

En el caso de las infracciones muy graves tipificadas en el artículo 26.c) 2.^a y 3.^a, además de la multa pecuniaria, se podrá acordar la clausura o cierre de los centros o servicios en los que se practiquen las técnicas de reproducción humana asistida.

En el caso de la infracción grave tipificada en el artículo 26.b) 5.^a, además de la multa pecuniaria, se podrá acordar en la resolución que imponga la sanción la revocación de la autorización concedida al centro o servicio de reproducción asistida.

2. La cuantía de la sanción que se imponga, dentro de los límites indicados, se graduará teniendo en cuenta los riesgos para la salud de la madre o de los preembriones generados, la cuantía del eventual beneficio obtenido, el grado de intencionalidad, la gravedad de la alteración sanitaria o social producida, la generalización de la infracción y la reincidencia.

3. En todo caso, cuando la cuantía de la multa resulte inferior al beneficio obtenido por la comisión de la infracción, la sanción será aumentada hasta el doble del importe en que se haya beneficiado el infractor.

4. Si un mismo hecho u omisión fuera constitutivo de dos o más infracciones, tipificadas en esta u otras Leyes, se tomará en consideración únicamente aquélla que comporte la mayor sanción.

5. Las cuantías de las multas serán revisadas y actualizadas periódicamente por el Gobierno mediante real decreto.”⁴⁵

Debemos destacar que la Ley española es bastante completa y la regulación establece un contenido amplio en relación con la práctica de las técnicas de inseminación

⁴⁴ <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2006-9292&b=15&tn=1&p=20110802>

⁴⁵ <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2006-9292&b=15&tn=1&p=20110802>

artificial, además de la debida protección en el caso de los donantes, protegiendo el anonimato, pero sin embargo contempla que en algunos casos pueda accederse a la información en los casos de existir situaciones de peligro para la vida del hijo. Regula lo concerniente a la subrogación, prohíbe la clonación y establece una serie de sanciones consideradas de acuerdo a las infracciones graves o muy graves, en relación con la materia.

Noruega; Se respeta la vida humana desde su fecundación, por lo que lógicamente la experimentación en embriones humanos está totalmente prohibida en sentido amplio. Se reducen las técnicas de reproducción asistida sólo a las parejas unidas en matrimonio legal, y no se contempla o permite que una mujer sola pueda tener acceso y usar estas técnicas para procrear.

No se permite revelar la identidad del donante, ni se podrá dar información al niño que haya nacido como producto de estas técnicas o a la pareja que utilizó este material genético, las donaciones revisten estricta confidencialidad por el asunto tan delicado que protegen.

Se prohíbe la congelación de embriones, salvo en el caso de comprender un periodo específico que no sea mayor a 12 meses, para ser transferidos posteriormente a los futuros padres. Los gametos deben proceder de la pareja que se somete al tratamiento, se prohíbe la donación de óvulos, ya que sólo se permitirá la fertilización in vitro con gametos de la pareja solicitante.

Se prohíbe la donación de embriones, y sólo se contempla la manipulación genética cuando no ha sido implantado el embrión y se vaya a elegir el sexo del bebé siempre que se demuestre que la madre sea portadora de una enfermedad hereditaria ligada directamente con el sexo.

Se prohíbe la maternidad subrogada, e igualmente la clonación, la creación de híbridos y toda experimentación en o con embriones humanos. Se establecen multas y penas de prisión hasta tres años a quienes incumplan la Ley.

La protección a la vida desarrollada en los instrumentos normativos Noruegos, es bastante rígida y en cierta medida conservadora, se manifiesta la protección desde el momento mismo de la fecundación, protección que además se extiende a cualquier tipo de experimentación que pretenda llevarse a cabo con embriones humanos. De igual modo

exige la existencia de una pareja formalmente unida por el vínculo matrimonial como condición para la utilización de técnicas de reproducción asistida. En relación a conocer la identidad del donante, se garantiza el anonimato del mismo.

Reino Unido: la legislación vigente señala, que la vida humana comienza a partir del día 14 de la fecundación, con lo cual se considera que puede realizarse experimentos en esa fase previa a la que denominan “pre embrión”. Producto de esta situación el embrión desde el campo de vista jurídico queda desprotegido, sin embargo existe prohibición en cuanto al uso de estas técnicas con fines distintos a la procreación.

En 2005 surge la Ley Británica de Reproducción asistida cuyo punto más importante se refirió a establecer la posibilidad de que el niño pueda acceder a información del donante y a su vez de manera correlativa que el donante también obtenga información acerca del niño. En lo referente a la información que obtenga el donante se busca que sea limitada, ya que se le ha querido dar a la reproducción asistida el mismo contexto que se ha utilizado en el caso de las adopciones, en el cual se consagra el derecho de los adoptados a conocer la identidad de su progenitores o padres biológicos, pero ello se materializa al cumplir los 18 años y ser mayores de edad.

Es menester destacar que el derecho a conocer de la identidad del donante, no se aplica de manera retroactiva, por lo que las situaciones anteriores no se regulan por esta ley, además las situaciones previstas en la norma empezarán a cumplirse a partir del 01 de abril de 2005, dándose entonces el hecho que será para el año 2023, que tendrá plena aplicabilidad la Ley, y decimos el 2023, puesto que será la fecha para la cual estas personas, que son producto de la inseminación artificial tendrán 18 años y por ende serán mayores de edad.

La Ley permite excepcionalmente en el caso de menores que aun no teniendo la edad de 18 años, que vayan a formar una familia, puedan conocer acerca de la identidad de sus padres biológicos, a fin de constatar que no existen vínculos de consanguinidad con la futura pareja, hay que aclarar que en este caso la identidad sólo es revelada al hijo biológico, más no a sus familiares.

Se establece que la donación de semen se llevará a cabo entre hombres de 18 a 46 años y en el caso de óvulos, mujeres hasta 36 años.

Una de las situaciones que se busca prevenir con esta Ley es el hecho de que el donante, no tiene ninguna obligación económica o legal, para con sus hijos, siempre y cuando la donación se realice a través de una agencia oficial, esto con miras a evitar acuerdos particulares.

En relación a la maternidad subrogada se permite el embarazo a través de vientres en alquiler, haciendo transferencia de embriones a otra mujer que llevará en su seno, el hijo de otra pareja. Quienes suministran los gametos son los donantes, y deben ser registrados y sometidos a las mismas pruebas que se realizan a los gametos.

El almacenamiento de embriones, establece un término de 10 años en crioconservación, no obstante que pudiera ampliarse ese plazo por circunstancias debidamente fundamentadas y particulares. Existe la obligación del banco de informar con la antelación debida a los pacientes, para que éstos decidan que van a hacer con su material biológico, y entre dichas opciones, pueden escoger entre destinarlos a investigación, destruirlos, o donarlos para tratamientos médicos.

Se prohíbe desviar las técnicas de reproducción asistida hacia el campo de la clonación o de híbridos, por ser considerados delitos. De la misma manera se impide y establece como delito el pago que pudiera realizarse a donantes de gametos. Se permite compensar a los donantes por gastos de transporte o por el dinero dejado de percibir como producto de la donación estableciéndolo en un máximo de 250 libras por cada ciclo. Sólo se permite escoger el sexo del bebé si existe riesgo de heredar enfermedad genética relevante o considerable.

Suiza: La promulgación de la Constitución del 1 de enero de 2001 en Suiza, trajo como novedad el hecho de que las técnicas de reproducción asistida serán aplicadas solamente ante la inexistencia de otras formas o métodos para corregir la infertilidad, de igual manera en los casos que se deba evitar el peligro de transmisión de enfermedades graves, pero a su vez no podrán utilizarse para definir caracteres en el nasciturus, así como tampoco para fines de experimentación científica.

Se prohíben las donaciones de espermatozoides en condiciones de anonimato, estableciendo que cualquier persona concebida por esta vía tiene el derecho a saber y conocer la identidad de quien se reputa su padre biológico; lo que se materializará con el cumplimiento de los dieciocho (18) años. Vista esta situación se ha producido una merma

considerable en los posibles donantes, que generalmente se encontraban conformados por estudiantes y académicos, ello en virtud de generar a futuro consecuencias legales, que pueden en muchos casos conllevar a la manutención. Asimismo si el marido manifiesta el consentimiento, el producto concebido bajo la utilización de estas técnicas de reproducción asistida, tendrá la condición de hijo legítimo.

En lo que corresponde a la identidad del donante, podemos entonces concluir que el material genético aportado por una persona, podrá ser analizado y revelada la identidad sólo con su consentimiento, ya que toda persona tiene derecho al acceso de sus referentes genéticos.

Con respecto a la maternidad subrogada y a la donación de embriones, no se encuentran permitidas, se establece que sólo se practicará la inseminación artificial homóloga, en la cual se utilizará el semen del marido y el óvulo de la mujer.

La fertilización de óvulos fuera del cuerpo humano está permitida sólo en el caso de cultivar embriones para su implantación posterior en el desarrollo del proceso. Se prohíbe la clonación y las intervenciones en la herencia genética a través de técnicas reproductivas o de ingeniería genética en aras de la preservación de la dignidad humana, asimismo se prohíbe la comercialización de embriones humanos.

5.1.2 Declaración Universal de los Derechos Humanos.

Artículo 3. “Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona.”⁴⁶

5.1.3 Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.

Artículo 6. “Toda persona tiene derecho a constituir familia, elemento fundamental de la sociedad, y a recibir protección para ella.”⁴⁷

⁴⁶ Declaración Universal de los Derechos Humanos.

⁴⁷ Declaración Americana de los Derechos y deberes del Hombre

5.1.4 Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica).

Artículo 4. Numeral 1. “Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente...”⁴⁸

5.1.5 Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Caso Artavia Murillo y otros (Fecundación In Vitro) vs Costa Rica. 28 de noviembre de 2012.

En el caso en cuestión se trata de sentencia emanada de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica, en el año 2000, en la que se declara inconstitucional un Decreto Ejecutivo en el que se regulaba lo atinente a la Fecundación In Vitro (FIV), en ese país. Por vía de consecuencia a través de la precitada decisión se prohíbe la Fecundación In Vitro y por tanto las víctimas del caso deberían suspender o interrumpir sus respectivos tratamientos ya iniciados, por lo cual muchas personas debieron viajar a otros países con el fin de lograr o bien culminar con buen término el tratamiento ya iniciado o dar inicio a la Fecundación In Vitro. Vale acotar que el Decreto Ejecutivo No. 24029-S, declarado como Inconstitucional regulaba las técnicas de reproducción asistida y especialmente privilegiaba su utilización entre cónyuges, y establecía las reglas para su práctica.

La Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica señaló que: “El embrión humano es persona desde el momento de la concepción, por lo que no puede ser tratado como objeto, para fines de investigación, ser sometido a procesos de selección, conservado en congelación, y lo que es fundamental para la Sala, no es legítimo constitucionalmente que sea expuesto a un riesgo desproporcionado de muerte.[...] La objeción principal de la sala es que la aplicación de la técnica importa una elevada pérdida de embriones, que no puede justificarse en el hecho de que el objetivo de ésta es lograr un ser humano, dotar de un hijo a una pareja que de otra forma no podría tenerlo. Lo esencial es que los embriones cuya vida se procura y luego se frustra son seres humanos y el ordenamiento constitucional no admite ninguna distinción entre ellos. [...] Según la Sala ha podido constatar, la aplicación de la técnica de Fecundación In Vitro y Transferencia Embrionaria en la forma en que se desarrolla en la actualidad, atenta contra la vida humana. Este Tribunal sabe que bajo los avances de la ciencia y la biotecnología

⁴⁸ Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José).

son tan vertiginosos que la técnica podría llegar a ser mejorada de tal manera, que los reparos señalados aquí desaparezcan. Sin embargo, las condiciones en las que se aplica actualmente, lleva a concluir que cualquier eliminación o destrucción de concebidos – voluntaria o derivada de la impericia de quien ejecuta la técnica o de la inexactitud de esta – viola su derecho a la vida, por lo que la técnica no es acorde con el Derecho de la Constitución y por ello el reglamento cuestionado es inconstitucional por infracción al artículo 21 de la Constitución Política y 4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Por contravenir la técnica, considerada en sí misma, el derecho a la vida, debe dejarse expresa constancia de que, ni siquiera por norma de rango legal es posible autorizar legítimamente su aplicación, al menos, se insiste, mientras su desarrollo científico permanezca en el actual estado y signifique el daño consciente de vidas humanas. (Añadido fuera del texto original).⁴⁹

La sentencia pronunciada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos hace un análisis extenso de distintos derechos, como son los derechos a la integridad personal, libertad personal y la vida familiar, para lo cual interpreta los Artículos 11 y 17 de la Convención Americana, de acuerdo a dicho análisis refiere a la libertad y a la auto-determinación de las personas en cuanto a las posibilidades de elegir entre varias opciones, apostando por aquella que le dé valía a su existencia, asimismo establece que “la maternidad forma parte esencial del libre desarrollo de la personalidad de las mujeres.”⁵⁰ De igual modo considera la Corte que la decisión de ser o no madre o padre, corresponde a la vida privada de cada persona, máxime cuando se trata de serlo en el sentido biológico o genético.

Siguiendo con la interpretación del primer punto señala que el derecho a la vida privada tiene relación con la decisión autónoma de reproducirse y con el derecho de contar con los avances médicos y tecnológicos para ello, que a la vez se interconectan con el derecho a la salud, concluyendo entonces que existen distintos aspectos de la vida privada íntimamente relacionados con el derecho a la reproducción y a la integridad física y por ende a la libertad.

De inmediato entra a analizar la prohibición absoluta de Fecundación In Vitro, estableciendo que dicha prohibición generó que los interesados la realizaran en otro país, asimismo consideró que el hecho de condicionar la técnica a que no exista pérdida de

⁴⁹ http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/resumen_257_esp.pdf

⁵⁰ http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/resumen_257_esp.pdf

embriones es imposible de cumplir, puesto que hasta los momentos no existe ningún procedimiento de Fertilización In Vitro que impida la pérdida de embriones. En el punto siguiente analiza el Artículo 4.1 de la Convención Americana en relación con el caso debatido y señala que la Sala Constitucional interpretó la norma contenida en la Convención Americana, como de protección absoluta al embrión, a lo cual la Corte Interamericana de Derechos Humanos en apego al Tratado y a las normas de derecho internacional público procedió a revisar los Artículos 1.2 y 4.1 en referencia a los términos, persona, ser humano, concepción y en general. Para lo cual utilizó cuatro niveles de interpretación como son: la interpretación corriente, la sistemática e histórica, la evolutiva y por último la del fin del Tratado. Y es a través de la interpretación evolutiva en la cual se establece que en vista de que el procedimiento de la Fertilización In vitro no existía para el momento en que se promulgó la Convención Americana y por ende su Art. 4.1 no se corresponde con la realidad tecnológica y médica del momento, debe utilizarse entonces las soluciones adoptadas por el derecho internacional y el derecho comparado para dar solución a la cuestión.

Es en base a ello que se establece el estatus legal del embrión, para lo que la Corte señala: “La Corte hizo referencia al Convenio de Oviedo, a varios casos del Tribunal Europeo y a una sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea para concluir que las tendencias de regulación en el derecho internacional no llevan a la conclusión que el embrión sea tratado de manera igual a una persona **o que tenga un derecho a la vida.** Así por ejemplo, en el Caso Costa y Pavan vs Italia, el TEDH, en sus consideraciones previas sobre el derecho europeo relevante para el análisis del caso, resaltó que en “el caso Roche c. Roche y otros [...], la Corte Suprema de Irlanda ha establecido que el concepto del niño por nacer (“unborn child”) no se aplica a embriones obtenidos en el marco de una fecundación in vitro, y estos últimos no se benefician de la protección prevista por el Artículo 40.3.3 de la Constitución de Irlanda que reconoce el derecho a la vida del niño por nacer.”⁵¹(negrillas y subrayado nuestro).

Continúa la sentencia haciendo varias precisiones que tienen que ver con regulaciones y prácticas que se realizan en el Derecho Comparado, así como del principio de interpretación más favorable y el objeto y fin del Tratado, además de la conclusión a la interpretación del Art.4.1 que por su importancia reproduciremos de seguidas: “La Corte utilizó los diversos métodos de interpretación, los cuales llevaron a resultados

⁵¹ http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/resumen_257_esp.pdf

coincidentes en el sentido de que el embrión no puede ser entendido como persona para efectos del artículo 4.1 de la Convención Americana. Asimismo, luego de un análisis de las bases científicas disponibles, la Corte concluyó que la “concepción” en el sentido del artículo 4.1 tiene lugar desde el momento en que el embrión se implanta en el útero, razón por la cual antes de este evento no habría lugar a la aplicación del artículo 4 de la Convención. Además, es posible concluir de las palabras “en general” que la protección del derecho a la vida con arreglo a dicha disposición no es absoluta, sino es gradual e incremental según su desarrollo, debido a que no constituye un deber absoluto e incondicional, sino que implica entender la procedencia de excepciones a la regla general.”⁵²

Igualmente analiza la proporcionalidad de la medida de prohibición, la severidad de la limitación de los derechos involucrados en el presente caso, la severidad de la interferencia como consecuencia de la discriminación indirecta por el impacto desproporcionado respecto a discapacidad, y discriminación indirecta en relación con el género, así como discriminación indirecta en relación con la situación económica.

En cuanto a la controversia planteada sobre la alegada pérdida embrionaria la Corte establece lo siguiente: “La Corte observó que el Decreto declarado inconstitucional por la Sala Constitucional contaba con medidas de protección para el embrión, por cuanto establecía el número de óvulos que podían ser fecundados. Además, prohibía “desechar o eliminar embriones, o preservarlos para transferencia en ciclos subsecuentes de la misma paciente o de otras pacientes. En este sentido, existían medidas para que no se generara un “riesgo desproporcionado” en la expectativa de vida de los embriones. Por otra parte, de acuerdo a lo establecido en dicho Decreto, la única posibilidad de pérdida de embriones que era viable, era si estos no se implantaban en el útero de la mujer una vez se realizara la transferencia embrionaria”⁵³. Concluyendo luego de varias disertaciones con el hecho cierto de que: “uno de los objetivos de la FIV es contribuir con la creación de vida, lo cual se evidencia con las miles de personas que han nacido gracias a este procedimiento. En suma, tanto en el embarazo natural como en técnicas como la de la inseminación artificial existe pérdida embrionaria.”⁵⁴

⁵² http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/resumen_257_esp.pdf

⁵³ http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/resumen_257_esp.pdf

⁵⁴ http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/resumen_257_esp.pdf

Finaliza la sentencia ordenando la Corte la reparación, independientemente que su propia sentencia constituya una reparación en sí misma y ordenó al Estado lo siguiente: “i): tomar las medidas apropiadas para que quede sin efecto con la mayor celeridad posible la prohibición de practicar fecundación in vitro y para que las personas que deseen hacer uso de dicha técnica de reproducción asistida puedan hacerlo sin encontrar impedimento al efecto; ii) El estado deberá, a la brevedad, regular los aspectos que considere necesarios para su implementación y establecer sistemas de inspección y control de calidad de la instituciones o profesionales calificados que desarrollen este tipo de técnica de reproducción asistida...”⁵⁵, entre algunas otras consideraciones de obligatorio cumplimiento para el caso en cuestión.

5.2 Marco Normativo Nacional.

5.2.1 Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. G.O N° 54.35 del 24 de marzo de 2000. Reedición actualizada a enero de 2008.

Art. 19 “El Estado garantizará a toda persona, conforme al principio de progresividad y sin discriminación alguna, el goce y ejercicio irrenunciable, indivisible e interdependiente de los derechos humanos. Su respeto y garantía son obligatorios para los órganos del poder público, de conformidad con esta Constitución, con los tratados sobre derechos humanos suscritos y ratificados por la República y con las leyes que los desarrollen”.⁵⁶

Art. 22 C.R.B.V cuyo texto señala: “La enunciación de los derechos y garantías contenidos en esta Constitución y en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona, no figuren expresamente en ellos. La falta de Ley reglamentaria de estos derechos no menoscaba el ejercicio de los mismos”.⁵⁷

Artículo de acuerdo al cual no puede establecerse una categorización única de los Derechos Humanos, de manera taxativa, sino que el legislador propone una amplia gama de ellos, dejando abierta la compuerta hacia otros derechos que puedan consagrarse en cualquier momento y que por vía de consecuencia no pueden dejar de ser protegidos.

⁵⁵ http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/resumen_257_esp.pdf

⁵⁶ Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. G.O N° 54.35 del 24 de marzo de 2000. Reedición actualizada a Enero de 2008.

⁵⁷ Ibidem

Artículo 23: “Los Tratados, Pactos y Convenciones relativos a Derechos Humanos, suscritos y ratificados por Venezuela, tienen jerarquía constitucional y prevalecen en el orden interno, en la medida en que contengan normas sobre su goce y ejercicio más favorables a las establecidas en esta Constitución y en las leyes de la República, y son de aplicación inmediata y directa por los tribunales y demás órganos del poder público”.⁵⁸

Artículo 43: “El derecho a la vida es inviolable...”⁵⁹

Art. 56 “Toda persona tiene derecho a un nombre propio, al apellido del padre y al de la madre y a conocer la identidad de los mismos. El Estado garantizará el derecho a investigar la maternidad y la paternidad...”⁶⁰

Art. 76 “La maternidad y la paternidad son protegidas integralmente, sea cual fuere el estado civil de la madre o el padre. Las parejas tienen derecho a decidir libre y responsablemente el número de hijos o hijas que deseen concebir y a disponer de la información y de los medios que les aseguren el ejercicio de este derecho. El Estado garantizará asistencia y protección integral a la maternidad, en general a partir del momento de la concepción, durante el embarazo, el parto y el puerperio, y asegurará servicios de planificación familiar integral basados en valores éticos y científicos...”⁶¹

5.2.2 Código Civil de la República de Venezuela. G.O. 2.990 Ext. Del 26-07-1982.

Artículo 17: “El feto se tendrá como nacido cuando se trate de su bien; y para que sea reputado como persona, basta que haya nacido vivo.”⁶²

En cuanto al Artículo 197 el Código Civil establece que: “La filiación materna resulta del nacimiento, y se prueba con el acta de la declaración de nacimiento inscrita en los libros del Registro Civil, con identificación de la madre”.⁶³

Artículo 201 “El marido se tiene como padre del hijo nacido durante el matrimonio o dentro de los trescientos (300) días siguientes a su disolución o anulación.

Sin embargo, el marido puede desconocer al hijo, probando en juicio que le ha sido físicamente imposible tener acceso a su mujer durante el período de la concepción de aquél, o que en ese mismo período vivía separado de ella”.⁶⁴

⁵⁸ Ibidem

⁵⁹ Ibidem

⁶⁰ Ibidem

⁶¹ Ibidem

⁶² Código Civil de la República de Venezuela. G.O. 2.990 Ext. Del 26-07-1982.

⁶³ Código Civil de la República de Venezuela. G.O. 2.990 Ext. Del 26-07-1982.

⁶⁴ Ibidem

Artículo 204: “El marido no puede desconocer al hijo alegando su impotencia, a menos que sea manifiesta y permanente.

El desconocimiento no se admitirá, aún en ese caso, cuando la concepción ha tenido lugar por la inseminación artificial de la mujer con autorización del marido.”⁶⁵

5.2.3 Ley Orgánica de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes.

G.O N°. 5859. Extraordinario del 10 de diciembre de 2007.

Artículo 15: “Todos los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a la vida. El Estado debe garantizar este derecho mediante políticas públicas dirigidas a asegurar la sobrevivencia y el desarrollo integral de todos los niños, niñas y adolescentes”.⁶⁶

El Artículo 25 señala que: “Todos los niños, niñas y adolescentes, independientemente de cuál fuere su filiación, tienen derecho a conocer a su padre y madre, así como a ser cuidados por ellos, salvo cuando sea contrario a su interés superior.”⁶⁷

5.2.4 Ley de Protección de las Familias, la Maternidad y la Paternidad.

Gaceta Oficial N°. 38.773 de fecha 20 de septiembre de 2007.

Artículo 20: “El ministerio del poder popular con competencia en materia de salud incluirá dentro de sus unidades asistenciales **el servicio de reproducción asistida, dotado del personal especializado, laboratorios y equipos de alta tecnología, dirigidos a mujeres y hombres que presenten limitaciones en su fertilidad con el objeto de garantizar el derecho a la maternidad y a la paternidad**”.⁶⁸

5.2.5 Ley sobre Donación y Trasplantes de Órganos, Tejidos y Células en Seres Humanos. G.O. 39.808 del 25-11-2011.

Artículo 1. “El objeto de la presente Ley es la regulación de los procedimientos con fines terapéuticos de investigación o de docencia para la donación y trasplante de órganos, tejidos y células en seres humanos en el ámbito del territorio nacional y con base al derecho a la salud previstos en la Constitución, las leyes, los tratados, pactos y convenios internacionales suscritos por la República Bolivariana de Venezuela.

⁶⁵ Ibidem

⁶⁶ Ley Orgánica de Protección al Niño, Niña y Adolescentes. G.O. 5859 extraordinaria del 10-12-2007

⁶⁷ Ibidem

⁶⁸ Ley de Protección de las familias, la maternidad y la paternidad. G.O 38.773 del 20-09-2007

Se excluyen del objeto de esta Ley, las células madre embrionarias, ovarios, óvulos, y esperma, así como la sangre y sus componentes, excepto células progenitoras hematopoyéticas.”⁶⁹(negrillas y subrayado nuestro).

5.2.6 Jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia.

Sentencia de la Sala Constitucional. Con ponencia del Magistrado Jesús Eduardo Cabrera Romero. Caso Yamilex Coromoto Núñez de Godoy Vs. GRUPO MEDICO DE FERTILIDAD, C. A. del CENTRO MEDICO DOCENTE LA TRINIDAD. 27 de julio de 2006. 05-1471.

En cuyo texto se dilucida la situación jurídica por la que transita la viuda, ante el deseo de practicarse una inseminación artificial post- mortem, con semen de su esposo fallecido, quien lo había preservado en el Centro Médico Docente la Trinidad, en previsión por estar padeciendo de sarcoma de ewingextraesqueletico, y que debía someterse a tratamiento médico con RADIOTERAPIA, situación que comprometía su fertilidad, tal y como sucedió. Tomada en cuenta la recomendación de su médico tratante se procedió a recoger la muestra de semen que sería conservado por un período de 2 años, en las dependencias y bajo el cuidado del Grupo Médico de Fertilidad del Centro Médico Docente la Trinidad y que ante la negativa de estos a practicar la inseminación artificial a la viuda, fundamentándose en la ausencia de consentimiento del marido, derivó en un largo juicio que concluyó con el avocamiento por parte de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia.

Evaluados los hechos alegados por la actora e interpretados a la luz del ordenamiento jurídico vigente tanto nacional, como internacional y especialmente relacionados y protegidos por la materia de Derechos Humanos, la Sala Revoca el fallo dictado por el Juzgado Tercero de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y del Tránsito del área Metropolitana de Caracas, en segundo lugar declara parcialmente con lugar la acción de amparo constitucional ejercida por Yamilex Coromoto Núñez de Godoy contra el Grupo Médico de Fertilidad C.A, del Centro Médico Docente La Trinidad. Asimismo ordena completar el ciclo de Fertilización in Vitro a Yamilex Coromoto Núñez de Godoy, con el esperma del causante y por último reconoce la filiación de hijo matrimonial a quien naciere de esta reproducción asistida.

No obstante se produce un voto salvado de acuerdo al cual se señala que: “En criterio del disidente, no hay elementos de juicio en el expediente que permitan concluir

⁶⁹ Ley sobre Donación y Trasplantes de Órganos, Tejidos y Células en Seres Humanos. G.O 39.809 del 25-11-2011

que la voluntad que expresó quien fuera cónyuge de la quejosa, de que la inseminara con su semen, incluya la fecundación post-mortem y, sin lugar a dudas, ello no puede presumirse ni inferirse; la manifestación de voluntad al respecto debe ser expresa ...”⁷⁰

5.2.7 Situación en el ordenamiento jurídico venezolano.

Nos encontramos ante un limbo jurídico, ya que nuestro país no ha legislado sobre esta materia, no existe norma que de manera directa regule las tantas situaciones que la práctica de las técnicas de reproducción asistida puedan presentar. Se niega de esta forma protección y amparo al futuro ser, quien es una potencial expectativa de vida, y que manejan las personas que deben hacer uso de los novedosos procesos de reproducción asistida, con el firme objetivo de lograr así concebir al tan anhelado hijo, para lograr el afianzamiento de la pareja y cumplir con perpetuar la especie.

Nuestra Constitución acoge con carácter obligatorio los Tratados sobre Derechos Humanos suscritos y ratificados por la República, y propugna el derecho a la vida como inviolable, protege la maternidad y la paternidad, así como también establece el derecho que tiene cualquier persona a saber acerca de la identidad de sus progenitores; derechos todos que están íntimamente relacionados, y que en el caso que nos ocupa tocan el tema de la vida de manera periférica, es decir de lado, puesto que no han entrado a profundizar en este problema desde el punto de vista de la generación de vida a través de las técnicas de reproducción asistida.

Otras leyes establecen el derecho a la vida, como es el caso de la Ley Orgánica de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes (LOPNNA) en su artículo 15 y el Código Civil en su Artículo 204 el cual curiosamente señala de manera somera el término inseminación artificial, cuando impide el desconocimiento del hijo por parte del marido, si éste último hubiese autorizado la inseminación artificial de la mujer, aún en el caso en que el semen no sea de él. Igualmente en la Ley de Protección de las familias, la maternidad y la paternidad, se refiere a la instalación de unidades asistenciales, con servicio de reproducción asistida, sin entrar en mayores detalle, de lo cual creemos la ley quedó corta, pues habla de unidades asistenciales, sin referir a las técnicas, ni esbozar medianamente la protección legal a los concebidos bajo estos medios científicos.

⁷⁰ www.historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/agosto/2483-050805-05-147HTM

Al amparo de las teorías generadoras de la vida que revisamos en el capítulo III podríamos perfectamente encajar la tesis sostenida por el Código Civil Venezolano, en su Artículo 17, en relación a la ficción jurídica de acuerdo a la cual se entiende que el feto se tendrá por nacido cuando se trate de su bien. Hablamos de un ser humano con vida, que tiene derecho a la protección desde el momento mismo de su concepción y que bajo esa premisa no está permitido a la ciencia ir más allá de su implantación en el útero materno, se considera a la vida como un proceso que es único y el cual no se puede dividir, siendo insuperable desde el inicio hasta el fin.

El embrión se convertirá en feto, nacerá, tendrá personalidad jurídica, será niño, o niña, adolescente, así cumplirá con todas las etapas de la vida, por lo cual sus expectativas deben ser respetadas y protegidas por el Derecho. Debe prevalecer la dignidad y afianzarse los derechos humanos del concebido por tratarse de una expectativa de vida de un ser humano, que se materializará a futuro.

No obstante que en Venezuela no existe hasta el momento ninguna regulación acerca de la Fertilización In Vitro, tampoco existe regulación en relación con el producto que se utiliza para las mismas; es decir para lograr un embarazo se fertilizan varios embriones, puede que únicamente se utilice uno y sean los demás desechados o crio-preservados, que sucede entonces con esta expectativa de persona que de acuerdo al Código Civil Venezolano en su Artículo 17 se reputa como persona siempre que sea para su bien, entendiéndose bajo este supuesto el caso del feto.

Nos encontramos entonces ante una mora legislativa, visto que en nuestro país la inseminación artificial o las técnicas de reproducción asistida se vienen practicando desde la década de los años setenta, es decir se ha recorrido un largo camino hasta ahora y se han presentado múltiples situaciones a las que el derecho debe dar respuesta. Es así como en el año 2006 la Sentencia de la Sala Constitucional caso Yamilex Coromoto Núñez de Godoy se define a “la reproducción asistida como el conjunto de técnicas médicas especiales que implican la ayuda profesional al acto conyugal con el fin de lograr la procreación de la especie humana, o la transferencia de embriones con el mismo fin.”⁷¹

La reproducción asistida ha sido la técnica de apoyo a las parejas infértiles de manera primigenia, pero hoy en día nos encontramos con una nueva realidad que se manifiesta a través de la manipulación y estudio del material genético embrionario, con lo

⁷¹ ⁷¹ www.histórico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/agosto/2483-050805-05-147HTM

cual se han generado nuevas aplicaciones, como suele suceder con el uso de embriones para experimentación, la selección de embriones antes de ser implantados con el objetivo de ser utilizados en trasplantes futuros entre hermanos, donación de embriones a terceras personas, que constituyen situaciones relevantes para el derecho ya que no existen normas jurídicas que las regulen y tampoco tienen prohibición legal expresa.

En relación con la inseminación artificial homóloga entendemos que ella no causa mayores problemas en relación a la determinación de la filiación del hijo nacido bajo ese mecanismo, por ser realizada por dos personas totalmente aptas y capaces que han manifestado su consentimiento para ello, se realiza con el semen del marido, en contraposición a la inseminación artificial heteróloga en la cual el semen es producto de un donante anónimo, siendo determinante en ella el hecho del estado civil que tenga la mujer, es decir si es soltera o si es casada; ya que en el caso de ser casada la paternidad debe atribuirsele al marido y en el caso de ser soltera el hijo se considera extramatrimonial, sin que pueda atribuirsele legalmente un padre, salvo que sea por adopción.

En el caso de los donantes de semen, se garantiza la confidencialidad de sus datos, lo que contraviene la premisa establecida en nuestra Carta Magna de que todo hijo tiene el derecho de conocer la identidad de sus padres, situación por la que el centro de fertilidad debería poner a disposición del hijo los datos del donante, lo que se encuentra sustentado en el Artículo 56 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y el Artículo 25 de la LOPNNA.

El revelar la identidad del donante podría solventar situaciones médicas en caso de presentarse enfermedades o anomalías hereditarias. Pero nos preguntamos entonces, ¿significaría esa revelación, que a posteriori el donante tiene alguna responsabilidad para con ese hijo?. ¿Aceptarán las personas libremente convertirse en donantes ante estas situaciones?. ¿Cómo quedaría la protección de aquélla persona que realiza la donación por altruismo?. Son cuestiones a las que el derecho debe atender y de manera inmediata, que a su vez pueden generar colisión con nuestro ordenamiento jurídico vigente.

En el mismo orden de ideas se encuentra el caso de las madres subrogadas o vientres en alquiler, que no cuenta con reglas jurídica claras que indiquen la factibilidad de su realización o contravención y que por el simple hecho de presentar la situación de

dos madres en conflicto, como lo es el de la madre genética y de la madre de gestación, puede a futuro desencadenar no solamente situaciones jurídicas de alto nivel, sino que tiene grandes implicaciones en lo ético y social, al romper el paradigma del viejo aforismo romano “mater semper certa est”, cuya traducción establece que la madre es sólo una y en este caso es la que da a luz, con lo que se dejan de lado, años y años de estudios jurídicos y posiciones doctrinarias tradicionales.

Si bien estamos claros aún cuando en nuestro país no existe ley que regule de manera directa y precisa las técnicas de reproducción asistida, estas se practican y en mayor escala de lo que podemos imaginarnos, pues el derecho a procrear y el derecho a la salud están íntimamente conectados con el derecho a la vida, y en el Artículo 76 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela se protege íntegramente la maternidad y la paternidad.

Por último corresponde a la persona humana la decisión de procrear, para lo cual tiene un derecho de hacerlo sin más limitaciones que las establecidas en la Carta Magna y en las leyes que rigen la materia, siempre y cuando se valore y preserve el derecho a la vida y otros derechos que tal y como dijimos a lo largo de este trabajo, por ser Derechos Humanos, que corresponden a la persona por el simple hecho de serlo, van aparejados unos con otros.

La materia relacionada con las técnicas de reproducción asistida requiere de un ordenamiento jurídico que propenda a lograr la consolidación y el bienestar familiar, de aquellas personas que optan por estos métodos y que requieren de la seguridad jurídica que garantice tanto sus derechos como de los hijos concebidos bajo esta modalidad.

CONCLUSIONES.

La vida es un bien jurídico tutelado de gran significación en el transcurso de la humanidad. Bien que por demás es innato, y el más natural de los derechos. Un derecho inalienable que ninguna persona puede otorgar o quitar. Podemos evidenciar la importancia y protección que tiene el Derecho a la Vida, y que con el surgimiento de los Derechos Humanos, que corresponden a cada persona por el simple hecho de su existencia y ser individuo de la raza humana ha conllevado a su inclusión en textos normativos constitucionales y otras leyes especiales.

Lleva aparejado el hecho de la concepción como elemento generador de vida, que tiene a su vez conexión con elementos éticos, morales, religiosos y sociales que gravitan en torno a cada uno de los sujetos.

Estos elementos éticos, sociales, morales y religiosos, tienen una alta incidencia tanto del entorno, como del sujeto mismo en la toma de decisiones en relación a la aplicación o no de las técnicas de reproducción asistida, situaciones como el hecho de generar vida sin mediación del acto carnal o sexual, se plantean fuera de la moral y de los dogmas religiosos, pensar en un tercero como donante de semen, es altamente cuestionado no sólo por la religión, sino por la moral y la ética, las implicaciones jurídicas que pueden surgir para ese tercero ante la eliminación del anonimato de su donación. Las técnicas de criopreservación, la utilización de embriones criopreservados para estudios genéticos y su posterior destrucción, la alternativa de las madres subrogadas o vientres en alquiler, todas estas situaciones han avanzado de manera más rápida que el propio derecho y no siempre han tenido el abordaje más adecuado.

Una de las situaciones más complejas que nos encontramos en la materia es el hecho de determinar desde que momento existe la vida, si bien la Iglesia Católica considera que desde el momento mismo de la concepción, es decir desde que el óvulo es penetrado por el espermatozoide, para otros lo es desde el momento en que se transmite la información genética, y por último hay quienes sostienen que desde el momento en que el óvulo fecundado se anida en el útero, precisamente allí es donde se genera la polémica entre la religión, la ciencia y las técnicas o procedimientos de reproducción asistida que conllevan a la procreación de seres humanos desde un espacio distinto, lo que en el caso particular del concebido aún en condiciones extrauterinas, se perfila como

un potencial ser humano que aún no es persona, pues no ha sido gestado en el útero materno y no ha nacido para tener personalidad jurídica y por vía de consecuencia ser persona, pero lo que si queda claro es que es un ser con vida. Y que de acuerdo al avance científico el concebido In Vitro tiene las mismas características del concebido en útero.

Como potencial ser humano debe ser protegido desde la concepción, sobre todo en relación a la existencia de embriones crio-preservados que llevan ínsito el germen de la vida y que la falta de regulación puede dar paso sin ningún obstáculo a su uso para experimentos genéticos, con la consecuente destrucción de una potencial vida humana.

Es común destacar que cada día que pasa los avances de la biotecnología, la biología y la medicina se encuentran íntimamente relacionados con los derechos de cada individuo, especialmente los Derechos Humanos. Encontramos nuevos derechos que tienen su origen en los postulados de los derechos naturales, dependiendo de cada momento histórico y que le son atribuidos al ser humano por el simple hecho de ser persona, conocemos así del derecho a la vida quizás el más relevante de todos, puesto que de no existir vida, los derechos no podrían ser atribuidos a ningún sujeto, asimismo la dignidad humana, la libertad, la igualdad pertenecen exclusivamente al hombre como sujeto de derecho.

El desarrollo biotecnológico no es un valor absoluto en sí mismo, sino que se encuentra subordinado a los propios intereses de la persona humana; corresponde a la ley establecer las diferencias entre las distintas técnicas médicas para así poder decidir cuáles deben ser aceptadas y cuáles no, cuáles son los límites para poder organizar la biomédica y poder garantizar el respeto a la dignidad de la persona humana y a sus derechos esenciales, a la identidad, a la vida y en el caso que nos atañe a tener una familia, producto de su derecho a la procreación.

La bioética es una reflexión de como debe ejercerse éticamente el poder y la injerencia médica en relación a los métodos de reproducción asistida, la tecnología ha convertido al hombre en cierta medida en creador de vida, con el fin de manejar esta facultad en aras del beneficio del individuo y no de su perjuicio, visto que toca intereses muy sensibles en el área del derecho y que deben ir apegados estrictamente a la protección de la vida y su respeto, así como a la concepción del ser humano en su totalidad.

La mujer tiene el derecho a tener un hijo, pero de igual modo ese hijo tiene el derecho a tener un padre, es un derecho superior del niño conocer quien es su familia biológica, máxime en los casos de aplicación de las técnicas de reproducción asistida.

En nuestro país a pesar de estar protegidos constitucionalmente el derecho a la maternidad y a la paternidad, no contamos con instrumentos normativos que regulen esta novedosa materia, salvo la decisión del caso Yamilex Coromoto Núñez de Godoy vs. Centro Médico Docente La Trinidad, de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia con ponencia del Magistrado Jesús Eduardo Cabrera Romero, que tiene carácter vinculante y que viene en cierta medida y por vez primera a establecer algunos criterios sobre las técnicas de reproducción asistida, pero que sin embargo resultan insuficientes para regular toda la materia, demandando entonces la urgencia de legislar al respecto.

En algunos países de Europa si se cuenta con regulación bastante amplia en la materia y se establecen las condiciones de procedimiento en los distintos casos que hoy en día presenta la ciencia médica. La Doctrina aún no es conteste en la forma de tratamiento que debe darse a los embriones humanos, pareciera que con la decisión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se quiere afianzar en la posición de que el embrión no implantado en el útero materno no es un proyecto de ser humano, ni siquiera tiene vida, sino que son células y como tal no merecen ninguna protección y pueden ser dispuestas en los laboratorios para experimentación al real saber y entender de los científicos.

Esta posición conlleva a cuestionamientos tanto de quienes adhieren a las corrientes del derecho civil, como de la Iglesia Católica, por lo que consideramos que en el caso venezolano es un tema que no puede ser decidido en una sola sentencia. La ciencia avanza a pasos agigantados y el Derecho queda rezagado ante tantos cambios que deben darse y que lo que hoy se afirma como cierto, mañana puede ser lo contrario. Es más las decisiones de la Corte Interamericana, se fundamentan en Derechos Humanos, entonces en esta decisión pareciera que la vida responde a un determinado patrón de conductas y no se considera la vida como un todo.

El hecho de legislar de forma clara y eficiente en esta materia fundamental radica en que no sea necesario realizar ningún tipo de interpretación, sino que la norma sea clara, con el firme objetivo de saber que se encuentra permitido y que se encuentra prohibido, por ende debe señalarse de manera expresa en la norma su alcance y

contenido, puesto que el tema reviste gran interés, tanto para las personas que hacen uso de las técnicas de reproducción asistida como para la sociedad en general, permitiendo entonces su práctica con total seguridad jurídica.

BIBLIOGRAFÍA.

- Andorno, R. (1998).** Bioética y dignidad de la persona. Editorial Tecnos. Madrid.
- Andorno, Roberto L., (1994)** “Procreación asistida: posiciones contrapuestas en el derecho europeo y en los proyectos de ley argentinos”. J.A., 1994-III-926
- Cermeño Z, Fernando G. (2002)** De la biotecnología genética y político-criminal: aproximación a los delitos de manipulación genética directa en el derecho penal comparado a los modelos de regulación jurídico-penal y al estado de la cuestión penal en Latinoamérica y Venezuela. Indio Merideño-Mérida.
- Ciuro Caldani, M. (2001).** Problemática jurídica de la fecundación asistida. En: Lecciones de Ensayo. Universidad de Buenos Aires. No. 76.
- Domínguez, María C. (2011).** Derecho Civil I. Personas. Ediciones Paredes.
- Domínguez, María C. (2012).** Gestación Subrogada. Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia.
- Esparza J. (1996).** Conflictos bioéticos a la luz de los derechos corporales: Los derechos de los progenitores, de los receptores de gametos y embriones y del nasciturus: En memoria del VIII Congreso Mundial sobre Derecho de Familia. Publicidad Gráficas León, S.R.L. Caracas.
- Flores Salgado, L. (2007).** “Reflexión ético jurídica sobre las técnicas de reproducción humana asistida”. IUS: Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla. Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla. México.
- Frosini, V. (1997).**Derechos Humanos y Bioética. Edit Temis, S.A. Colombia.
- Gafo, Javier. (1986).** Los Códigos Médicos. Dilemas Éticos de la Medicina Actual, Universidad Pontificia de Comilla. Madrid.
- Gómez Sánchez, Yolanda. (1994)** El Derecho a la Reproducción Humana. Marcial Pons, Madrid.
- Guzmán Ávalos, A. (2007).** “Subrogación de la maternidad”. IUS: Revista del Instituto de Puebla. Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla, México. Hooft, Pedro Federico. “Protección del embrión humano, aspectos iusfilosóficos” Especialización en Bioética Universidad Nacional de Mar del Plata. 1996.

Hooft, Pedro Federico.(1996) “Protección del embrión humano, aspectos iusfilosóficos”
Especialización en Bioética Universidad Nacional de Mar del Plata.

Huertas Díaz, O. y otros (2007). El derecho a la vida en la perspectiva del derecho internacional de los derechos humanos. Grupo editorial Ibañez. Bogotá.

Hung, Francisco. (2015) Derecho Civil I. 4ta Edición. Vadell Hermanos.

Lema Añón, Carlos (1999) Reproducción, poder y derecho. Editorial Trotta. Valladolid.

León C., A.(1989) Las nuevas formas de originar la vida a la luz de la ética y del Código Civil en Venezuela. Academia Nacional de Medicina. Academia de Ciencias Políticas y Sociales.

Leret de Matheus, María Gabriela. Responsabilidad Reproductiva y Derechos Humanos. #2. Cuadernos Jurídicos. Bioética, Biotecnología y Derecho. Caracas. 2001

Leret, María Gabriela.(2005). Derecho, Biotecnología y Bioética. Libros El Nacional. Caracas.

López Herrera, Francisco.(1998). Estudio sobre Derecho de Familia.(1 Ed). Publicaciones Universidad Católica Andrés Bello. Caracas- Venezuela

Messina de Estrella Gutiérrez, G. Bioderecho. Abeledo-Perrot. Buenos Aires

Ribeiro Sousa, Dilia. Situación Jurídica del Concebido ante los avances de la Ciencia. Especial referencia al tratamiento del Concebido en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y sus diferencias con la Constitución de 1961.

Ruíz Giménez, J. Derecho y vida Humana (algunas reflexiones a la luz de Santo Tomás. Instituto de Estudios Políticos 1957-541. Madrid.

Truyol y Serra, A. (2000). Los Derechos Humanos. Editorial Tecnos. Madrid

Videla, Mirta. Los Derechos Humanos en la Bioética. Nacer, vivir, enfermar y morir. Buenos Aires AD-HOC. 1999-2017.

Zannoni, E.(1978). Inseminación Artificial y Fecundación Extrauterina. Proyecciones Jurídicas. Editorial Astrea. Buenos Aires.

Legislación y jurisprudencia.

Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. G.O N° 54.35 del 24 de marzo de 2000. Reedición actualizada a Enero de 2008.

Código Civil de la República de Venezuela. G.O. 2.990 Ext. Del 26-07-1982.

Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes. Go. Extraordinaria. N° 5859 del 10 de diciembre de 2007.

Ley de ejercicio de la medicina. Reforma según G.O.39.823 de 19-11-2011.

Ley Sobre Transplante de Órganos y Materiales Anatómicos en Seres Humanos. G.O. No. 4.497 Extraordinario. 13-12-1992.

Ley Sobre Donación y Trasplante de Órganos, Tejidos y Células en Seres Humanos. G.O. 39.808. 25-11-2011

Declaración Universal de los Derechos Humanos. Resolución 217 de la Asamblea de Naciones Unidas.10 de diciembre de 1948.

Convención de los Derechos del Niño. Adoptada por la Asamblea General de la ONU el 20-11-89, entró en vigor el 02-9-90. Publicada en G.O 274888 del 29-8-90

Código de Derechos Humanos. Pedro Nikken. Caracas 2008

Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. Aprobada por la IX Conferencia Internacional Americana en Bogotá 1948.

Convención Americana de los Derechos Humanos (Pacto de San José). Adoptada en San José de Costa Rica el 22-11-1969, entró en vigor el 18-7-78. Publicada en G.O 31256 del 14-6-67

Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Ley Española (2006). Boletín Oficial del Estado.

Revista de Derecho de Familia (2009) Jurisprudencia Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia. Buenos Aires.

Páginas web.

www.tsj.gob.ve

www.amnesty.org.es

www.hrw.org/es

www.elmundo.es/opinion/2014/09/29/5429a4b3268e3eed6b8b457c.html

<http://reproductiverights.org/sites/crr.civicaactions.net/files/documents/BRB-Aborto%20y%Derechos%Humanos.pdf>

<http://catholic.net/op/articulos/5679/cat/262/tratados-internacionales-protogen-la-vida.html>

http://huffingtonpost.es/carolina-garcia-toledano/la-ley-del-aborto-vulnera_b_4480565.html

www.corteconstitucional.gov.co

www.Ámbitojurídico.com.br/site/index.php?n_link=revista-artigos

www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/text/sconvention.htm

www.un.org/womwnwatch/Beijing

www.unfpa.org./sites/default/files/pub-pdf/icpd_spa.pdf

<http://venelib-antao.blogspot.com/2010/09/1>

<http://w2.vatican.va/content/john-paul-ii/es/e>

www.ulpiano.org.ve/revistas/bases/.../UCV_2000_118_271-295.pdf

<http://w2.vatican.va/content/john-paul-ii/es/e>