

EL DERECHO HUMANO A LA VIDA DEL NIÑO CONCEBIDO Y LA PROCREACIÓN ARTIFICIAL

*Alcíades de J. Méndez M.**

* Cursante de quinto año de Derecho en la Universidad Monteávila, Caracas.

“Pues si los demás nacieron,
¿qué privilegios tuvieron
que yo no gocé jamás?”

La Vida es Sueño, Calderón de la Barca.

“–Yo no sé cómo aparecisteis en mi seno:
yo no os di el aliento ni la vida,
ni formé con los elementos vuestro cuerpo.
Fue el Creador del universo,
el que modela la raza humana
y determina el origen de todo.”

II Libro de los Macabeos. 124 a.C.

I. EL DERECHO A LA VIDA

“*El derecho a la vida es inviolable...*”³⁹⁰, y corresponde a “*todo individuo*”³⁹¹ de la especie humana. Este derecho no es una prerrogativa que se otorga porque la sociedad quiera proteger ciertos *bienes* es fundamentalmente un reconocimiento, un “caer en cuenta”, de que ante el *individuo humano* no cabe otra forma de relacionarse sino respetando, conservando y valorando su vida. Y es que ante un ser que –a diferencia todos los demás– reflexiona sobre su propia existencia y la valora, un ser que tiene como pasión profunda descubrir el sentido de las cosas y de la vida y protagoniza su propia existencia no se concibe llamarlo y tratarlo de otro modo que como “**persona**”.

Esa expresión del lenguaje común –no se usa aún la noción jurídica– manifiesta entre otras cosas, y no únicamente, que en el individuo

³⁹⁰ Art. 43, Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, 1999; en adelante “Constitución”.

³⁹¹ Declaración Universal de Derechos Humanos, inicio del Art. 4.

humano convergen todas las características de naturaleza para que se le valore en sí mismo y no en razón de otra cosa: ante la actuación de los demás la persona **es un fin y no un medio**³⁹². Es el sujeto individual de la especie humana quien, como se dijo, ha de protagonizar su propia existencia: el hombre ante los demás es un fin, y frente a sí mismo ha de elegir su fin. En ese orden de ideas la libertad y la seguridad son derechos aunados al derecho de vivir³⁹³, en cuanto salvaguarda de esa vida *personal*.

Hemos hablado de la noción de *persona* que usamos en el lenguaje común. Pero ¿qué pasa con la noción jurídica? ¿Qué relación guardan ambas nociones, si guardan alguna? ¿Son acaso correlativas o independientes? En fin, hay que preguntarnos ¿cuál es el lugar y el valor de la noción de *persona jurídica natural*?

Nuestro Código Civil establece que “*Todos los individuos de la especie humana son personas naturales.*”³⁹⁴ Esta es, ante todo, una *categoría jurídica instrumental*, correlativa a la persona humana concreta (quien es en definitiva la titular de la personalidad jurídica).

Decimos que se trata de una categoría *instrumental* porque es un *medio* para que –en el mundo de las relaciones de Derecho– se le reconozca a la persona humana la cualidad de ser sujeto de derechos y obligaciones. Es decir, no es un requisito ser reconocido persona jurídica natural para “ser” individuo humano. Antes bien, al contrario: la personalidad jurídica natural debe ser reconocida a todo individuo de la especie humana.

Es por ello que a partir del Art. 17 del Código Civil –“*El feto se tendrá como nacido cuando se trate de su bien; y para que sea reputado como persona [jurídica], basta que haya nacido vivo.*” –: (i) no se puede inferir que el feto no es persona humana; (ii) ni que el concebido

³⁹² “*Considerando que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana*” Inicio del Preámbulo de la Declaración Universal de Derechos Humanos, resaltado nuestro.

³⁹³ Declaración Universal de Derechos Humanos, Art. 4.

³⁹⁴ Código Civil Venezolano, Art. 16. Gaceta Oficial N° 2.990 Extraordinario del 26 de julio de 1982.

se protege por razón de su **posible nacimiento**; sino que lo es en razón de su **naturaleza humana**³⁹⁵.

Sabemos por experiencia que existen personas que necesitan de una especial protección y defensa. Entre estos “débiles sociales” de nuestra época encontramos a quienes están en las últimas etapas de su vida y al niño concebido y no nacido. No debe llamarnos poco a la reflexión personal: ¿qué está pasando? ¿Es que valoramos nuestra vida? ¿Si la valoramos, qué concepción tenemos de ella cuando la despreciamos solo por su insipiencia o por su caminar a su ocaso?

II EL NIÑO

Las razones para proteger a la persona humana desde su concepción no son solamente de naturaleza jurídica, sino que manan de la común reflexión de la humanidad en torno a su propia naturaleza y acerca de su consecuente dignidad. Una expresión excelente de ello es precisamente la voluntad de proteger la vida con normas de Derecho.

Esa “naturaleza humana” de la que venimos hablando, que nos hace ser racionales, libres, etc., ya es poseída por los niños desde el momento de su concepción. El nacimiento, como un hecho biológico natural, no añade al individuo nada que este no posea como propio desde su concepción: la “humanidad” no es algo que aparezca en el niño posteriormente al inicio de su vida en la concepción. Que aparezca la cresta neural o ya no pueda dividirse el cigoto para que aparezcan gemelos no pueden considerarse como condiciones suspensivas de la personalidad: no puede admitirse que lo que existía antes de esos eventos no fuera una vida humana, máxime cuando son manifestaciones de ese mismo desarrollo vital:

“El significado biológico de la fecundación es precisamente dar inicio a un nuevo individuo. (...) Es una totalidad corpórea que intrínsecamente tiende a un desarrollo completo, requiriendo solamente la presencia de un ambiente favorable para llegar a ser un ser humano adulto. Es ya hombre desde el principio porque lo que le define no es su morfología o las funciones que es capaz de

³⁹⁵ Véanse últimos cuatro párrafos del subtítulo II.

realizar, sino su Constitución como individuo reflejada en el nuevo genoma cuya información comienza a emitirse en el entorno propio: célula totipotente.”³⁹⁶ (Resaltado nuestro).

Una característica fundamental de la persona –que comparte con todo viviente– es que se **desarrolla**. Es un ser **en desarrollo**. Y cuando hablamos no decimos que sólo se es humano en tal o cual fase del *proceso de desarrollo*: lo decisivo no es la *fase* del desarrollo, sino *quién es el sujeto* de ese desarrollo. No crece para convertirse en humano, sino que es humano ese quien crece. Y así como sólo existe **un único sujeto**, existe un **único proceso** –indivisible y continuo–, que va desde la fecundación hasta la muerte.

*“Sólo se puede reconocer al niño como persona si admitimos sus características propias, es decir, que esta persona [humana] niño o niña, con derechos, tiene también una necesidad de cuidados particulares y específicos, [porque] se transforma progresivamente. Esto exige de los padres, adultos y del Estado una respuesta adaptada a esta transformación, según la edad y madurez del niño.”*³⁹⁷.

Por todo esto es especialmente dañoso e injusto que el Estado, la sociedad o la familia no garantice el derecho a la vida del niño concebido. Ya que la persona que daña se vale para ello de las mismas realidades –vulnerabilidad y dependencia de los demás– que constituyen el fundamento del cual emanan de sus obligaciones de cuidado. Se delinque contra quien se debería proteger.

Hasta aquí hemos fundamentado (i) por qué la vida del niño comienza con la fecundación, (ii) que el niño es persona humana, y (iii) que este necesita especial protección de parte de su familia, de la sociedad y del Estado.

³⁹⁶ En Monge, Miguel Ángel (Ed.); *Medicina Pastoral*; cap. II: *La vida biológica del hombre*; por López Moratalla, Natalia; 3^{era} edición, Pamplona, 2003. p. 90.

³⁹⁷ Conferencia: de Rosa María Ortiz, Vicepresidenta del Comité de Derechos del Niño de la ONU, *A los 20 años de la Convención sobre los Derechos del Niño. Pasos hacia su comprensión y aplicación efectiva*. En Perdomo, Juan Rafael (coordinador); *VI Foro Derecho de la Infancia y de la Adolescencia*. Editado por el Tribunal Supremo de Justicia y la Fundación Gaceta Forense. Caracas, 2011. p. 32.

Estas conclusiones han sido de diferente manera asumidas y plasmadas en normas jurídicas, tanto por Convenciones Internacionales como por el legislador venezolano. El cuerpo normativo relativo a los derechos del niño concebido y no nacido está conformado en Venezuela por (a) “Los tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por Venezuela” –que “tienen jerarquía constitucional y prevalecen en el orden interno”– (Constitución, Art. 23.); y por (b) la *Constitución de la República Bolivariana de Venezuela* de 1999. y la *Ley Orgánica para la Protección Niños, Niñas y Adolescentes* de 2007³⁹⁸.

Entre las normas de Derecho Internacional resaltan la Declaración de los Derechos del Niño de la ONU³⁹⁹; la Convención Americana Sobre Derechos Humanos⁴⁰⁰ (o “Pacto de San José”) (cfr. Art. 4); la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (cfr. Art. 1)⁴⁰¹; y la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de la ONU⁴⁰² (cfr. Art. 1).

El Art. 1 de la *Ley Orgánica para la Protección del Niño, Niña y del Adolescente* dispone “*Esta Ley tiene por objeto garantizar a todos los niños, niñas y adolescentes, que se encuentren en el territorio nacional, el ejercicio y el disfrute pleno y efectivo de sus derechos y garantías, a través de la protección integral que el Estado, la sociedad y las familias deben brindarles desde el momento de su concepción.*” No cabe duda, pues, de que en Venezuela la ley garantiza y manda proteger la vida del concebido y no nacido, y que reconoce su carácter de **niño**.

Además, según el Art. 78 de la Constitución el niño es **pleno sujeto de derecho**. Por lo recién dicho, aunque no haya una declaración normativa específica, se deben interpretar estas disposiciones de la Constitución y de la LOPNNA sistemáticamente, como partes de un mismo ordenamiento jurídico, y decirse que **el niño concebido es persona jurídica natural**. Si se reconoce su naturaleza humana y si

³⁹⁸ Sobre su entrada en vigencia nos limitamos a referir la Exposición de motivos de esta Ley publicada en la Gaceta ordinaria N° 6.185 del 8 de junio de 2015, en su última reforma parcial. En adelante “LOPNNA”.

³⁹⁹ 20 de noviembre de 1959.

⁴⁰⁰ Noviembre de 1969.

⁴⁰¹ Aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana en Bogotá, 1948

⁴⁰² Noviembre de 1989

se le llama “niño” expresamente desde el momento de la concepción (LOPNNA, Art. 1), su personalidad jurídica natural es clara (Constitución, Art. 78). En Venezuela no existe de Derecho una categoría tal como “pre-embrión”, noción que conceptualiza al concebido como “no-persona” o “no-sujeto-de-derechos”.

Es por ello que con base en el Art. 17 del Código Civil (“*El feto se tendrá como nacido cuando se trate de su bien; y para que sea reputado como persona [jurídica], basta que haya nacido vivo.*”): no se puede inferir que el feto no es persona humana; ni que el concebido se protege por razón de su *posible nacimiento*⁴⁰³; sino que lo es en razón de su *naturaleza humana*: es un **niño**.

Así, somos de la opinión de Aguilar Gorrondona, según la cual nuestro sistema civil reconoce personalidad jurídica natural al concebido. Además dicho régimen del Código Civil dispone otras dos reglas: que el conjunto de sus derechos y obligaciones siempre ha de ser “para su bien”⁴⁰⁴ y que **los efectos de su personalidad quedan sujetos a la condición resolutoria de no nacer muerto**⁴⁰⁵. Si nace muerto existe una *ficción legal* iuris et de iure de que la persona humana en cuestión nunca existió⁴⁰⁶.

⁴⁰³ Como ha dicho algún autor nacional: Hung Valillant, Francisco; *Derecho Civil I*. 4ta edición; Hermanos Vadell, editores. Caracas, 2009. p. 79.

⁴⁰⁴ Por ejemplo, no puede aceptarse que herede más pasivos que activos.

⁴⁰⁵ Aguilar Gorrondona, José Luis. *Derecho Civil Personas*. 12a. edición revisada de 1995, publicado por la UCAB (Universidad Católica Andrés Bello), Caracas. Nota 6 del capítulo V, p. 54.

⁴⁰⁶ En un sentido similar en Francia se ha dicho que: “*en principio, la personalidad, que presupone el nacimiento, comienza con este nacimiento, siempre que el niño nazca vivo y viable... No obstante, en favor de su ser humano la personalidad se remonta a la fecha de la concepción todas las veces que esa retroactividad sea para el interés de la persona en cuestión.*” Si bien esta retroactividad da noticia de ser el nacimiento una condición suspensiva de la personalidad jurídica, queda claro que la protección es concedida en vistas a su ser humano, no al posible nacimiento. Por ello, la jurisprudencia de dicho país, basa en el adagio *infans conceptus pro nato habetur quoties de eius commodis agitur* ha considerado (en 1957) “*homicidio involuntario las lesiones causadas a un niño que no era [o no había nacido] ni vivo ni viable...*”. En Marty, Gabriel y Raynaud, Pierre. *Droit Civil*. 3^{era} edición. Editorial Sirey. París, 1976. pp. 14-15.

Independientemente de si en ese país se aplica actualmente el derecho en ese sentido, la doctrina citada aporta luces.

Además hay que tener en cuenta la superioridad de las disposiciones de la Constitución y de la LOPNNA frente al Código Civil de 1982, en su aplicación al caso bajo estudio. La primera (Art. 78, Constitución) porque es de rango constitucional; la segunda porque siendo del mismo rango legal –ambas son leyes “orgánicas”⁴⁰⁷– la LOPNNA es posterior (el Art. 17 del Código Civil fue redactado en 1916) y regula específicamente la materia. Por otra parte, su carácter de norma legal posterior adquiere especial importancia a la luz del carácter progresivo de los derechos humanos, uno de los cuales es “*Toda persona tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica*”, según reconoce el Art. 3 del Pacto de San José.

Como conclusión respecto a la personalidad jurídica del concebido, decimos que el Derecho venezolano la reconoce plenamente. Sin embargo, (i) por la antigüedad del régimen del Código Civil, (ii) y por la falta de legislación en la materia, este tema se ignora en la práctica (jurisdiccional, legal, política...); dando lugar a incoherencias preocupantes y a una pacífica permisividad de graves actividades contra Derecho –a explicarse en el subtítulo “VI”, *infra*–.

Otro tema es el que se puede plantear así: ¿Por qué si se reconoce que el concebido es persona humana incluso por normas de rango supraconstitucional, la opinión civilista mayoritaria asume que la personalidad jurídica natural empieza con el nacimiento con base en el Art. 17 del Código Civil? Cuando se redactó esta norma (1916) los pros y contras a considerar eran otros. Si bien este régimen no obsta para que se protejan los derechos humanos y civiles del niño concebido, hoy en día la letra de la ley se presta a confusión; máxime si no es interpretada a la luz de la totalidad del orden jurídico. Así la interpretación de la doctrina mayoritaria resulta efectivamente inadecuada.

En este orden de ideas, ofrecemos la opinión de algunos civilistas que no obstante su indiscutida capacidad y competencia, no han tomado en cuenta ese *binomio* “LOPNNA, Artículo 1 + Constitución, Artículo 78”:

(a) Francisco Hung Vaillant, “*La protección de los no concebidos (...) se desprende del texto de los Arts. 633, 840, 925 y 1.443 del Código Civil. Las normas citadas no deben entreeverse en el sentido de*

⁴⁰⁷ Art. 203, Constitución.

reconocer una capacidad parcial al concebido sobre la base de una ficción, sino que el fundamento de la protección estriba en la posibilidad del nacimiento y su objeto son los derechos eventuales y futuros, no los derechos actuales."⁴⁰⁸

(b) Oscar E. Ochoa G., opina que *"Hasta el momento del nacimiento, el hijo no tiene una individualidad distinta y propia. Durante el periodo de gestación el embrión-feto es pars viscerum matris (parte de las entrañas de la madre), es decir parte integrante del organismo biológico de la madre. El hijo no adquiere personalidad sino desde el momento de ser cortado el cordón umbilical con cuyo corte de da autonomía."*⁴⁰⁹ Si bien algunos puntos relativos al tema presente están en discusión, una opinión tal ignora disposiciones de suma importancia para la adecuada comprensión del régimen jurídico (i.e.: las mencionadas recién).

(c) María Candelaria Domínguez G. establece a su vez con claridad que en la concepción *"principia la vida y la individualidad genética del nuevo ser"* y afirma que el artículo 17 del Código Civil *"le brinda protección en homenaje a su existencia natural."*

Sin embargo, considera que no aplica al concebido la protección del derecho a la vida consagrado en el artículo 43 de la Constitución, *"toda vez que este último técnicamente se refiere a la vida de la persona [jurídica]. (...) se observó en tales discusiones de la Asamblea Nacional Constituyente [de 1999] una confusión entre la protección a la vida del concebido y la protección a la vida de una persona"*. La autora llega a esta infeliz conclusión basándose en que *"el concebido ciertamente no es persona o sujeto de derecho hasta su nacimiento con vida..."*. Para soportar esta opinión cita jurisprudencia constitucional española según la cual *"el nasciturus no es, en sentido estricto, titular del derecho a la vida"*⁴¹⁰.

⁴⁰⁸ Hung Valillant, Francisco; *Derecho Civil I*. 4ta edición; Hermanos Vadell, editores. Caracas, 2009. p. 79.

⁴⁰⁹ Ochoa G., Oscar E. *Personas. Derecho Civil I*. Editado por la Universidad Católica Andrés Bello. Caracas, 2006. p. 183.

⁴¹⁰ En Domínguez G., María C. *Acerca del artículo 76 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela*. Artículo dentro del "Libro homenaje al profesor Alfredo Arismendi A.", publicado por el Instituto de Derecho Público de la Universidad Central de Venezuela. Ediciones Paredes, Caracas, 2008.

III. EL NIÑO Y SU FAMILIA

Así como, si se procura su bien, no se concibe al niño fuera de su familia; no puede considerarse el Derecho del Niño fuera del Derecho de la Familia.

Entendiendo el carácter fundamental de la familia como madre y educadora de la vida física y espiritual del niño —que depende absolutamente de la acogida y el cuidado de sus progenitores— el Derecho ha dispuesto que las obligaciones naturales de la familia frente al niño sean concretadas en normas constitucionales y legales, tratados, etc.

Es por esto que el Derecho no solo provee al cuidado de la familia como fin precioso en sí mismo, sino que le asume como principal responsable de hacer efectivos los derechos de los niños. Más aún, **“los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a vivir, ser criados o criadas y a desarrollarse en el seno de su familia...”**⁴¹¹. Y es que el derecho a la vida del niño es inseparable de su derecho a ser criado en su familia, porque de violentarse este último el primero se hace nugatorio. El abandono del niño atenta indefectiblemente contra su vida: puede causar su muerte, o incontables daños físicos y morales que empeñarían su futuro.

Al ver esto podemos preguntarnos ¿y qué sucede con el panorama normativo, de Derecho internacional y de ámbito nacional?

La Declaración de los Derechos del Niño (1959) señala que *“El niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, necesita amor y comprensión. Siempre que sea posible, deberá crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres y, en todo caso, en un ambiente de afecto y de seguridad moral y material; salvo circunstancias excepcionales, no deberá separarse al niño de corta edad de su madre...”*⁴¹² Es decir, que respecto de los derechos de la primera infancia los obligados inmediatos son sus padres, porque sus cuidados son insustituibles, por ejemplo, los cuidados que de sí misma tiene la madre durante la gestación, en vistas al cuidado del niño.

La Convención Sobre los Derechos del Niño (1989), en el quinto párrafo de su Preámbulo: *“Convencidos de que la familia, como grupo*

⁴¹¹ Art. 75, Constitución.

⁴¹² Principio VI.

fundamental de la sociedad y medio natural para el crecimiento y el bienestar de todos sus miembros, y en particular de los niños, debe recibir la protección y asistencia necesarias para poder asumir plenamente sus responsabilidades dentro de la comunidad, ... Reconociendo que el niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión, ...”.

La Constitución cristaliza las orientaciones del Derecho Internacional en la materia (Arts. 75, 76 y 78). A su vez la LOPNNA desarrolla las disposiciones constitucionales en sus Arts. 4-A, 5 y 26⁴¹³. Pero ¿Cómo se debe entender el alcance y contenido de esas disposiciones constitucionales? A esa respuesta dedicamos los párrafos restantes de este acápite.

El concebido no solo necesita a su familia, y concretamente a sus padres, para su *desarrollo integral*, sino que la no presencia de ellos en los primeros días de su vida –luego de la fecundación– supone un grave riesgo para su vida, su salud y el resto de sus derechos. Esa “no presencia” ocurre bien porque la fecundación es producida artificialmente fuera del cuerpo de la madre, bien porque la madre se somete a tratamientos hostiles a la vida del concebido, etc. Como resumen del presente párrafo: **el concebido tiene derecho a ese espacio fundamental para su desarrollo que es la familia de origen, y específicamente el vientre de su madre**. Y cuando ese se le niega por cualquier razón se viola un derecho fundamental. En este mismo sentido se sitúa el *derecho a vivir y ser criado en la familia de origen*: que el niño concebido sea sometido a una gestación fuera del vientre de su madre (vientre subrogado), que la fecundación sea hecha por medio de gametos de terceros anónimos como un servicio contratado por una persona infértil, etc. son situaciones violatorias de este derecho humano.

Por otra parte, las actividades contra el derecho humano a la vida del niño concebido son consecuencia de la inexistencia de respeto de parte de la familia hacia sus miembros más vulnerables. Tanto los padres como el hijo concebido son personas humanas dignas, fines en sí

⁴¹³ Que versan respectivamente sobre el principio de corresponsabilidad de la familia, la sociedad y el Estado; de las obligaciones generales de la familia en la crianza de los niños, niñas y adolescentes; y del derecho a vivir, ser criado y desarrollarse en una familia.

mismos y sujetos de derecho en cabeza propia. La existencia de derechos o de circunstancias particulares de la madre no son premisa suficiente para “suspender garantías” al concebido. Así, ni la pobreza, ni la adolescencia, ni el doloroso caso de violación son circunstancias “anulantes” de los derechos del niño: él es una **persona**, bien en sí mismo, digno de ser amado, independientemente esos otros asuntos, aunque sean sensibles.

En Venezuela, se protege expresamente “*la maternidad, en general desde el momento de la concepción, durante el embarazo, el parto y el puerperio,...*”. Y la maternidad conlleva la relativa filiación: hay un hijo concebido.

Más aún, una verdad importantísima que hay que subrayar es que la causa de que la maternidad sea un bien es *la existencia de una nueva persona*, el hijo. **Es decir, la paternidad y la maternidad son bienes relativos, en tanto y en cuanto la persona del hijo es un bien en sí mismo.** Son –la paternidad y la maternidad– una característica sobrevenida por la procreación de una nueva persona; y para nada son un bien absoluto, en sí mismo. **Por ello el derecho a procrear** (ser padre o madre) **no puede absolutizarse por encima de la persona del hijo.** Ya que la dignidad del hijo es el fundamento de que exista un tal derecho a procrearlo⁴¹⁴.

Por último, en la Constitución la protección integral del niño es una “**prioridad absoluta**”. En las acciones y decisiones que les conciernan, su “**interés superior**” es principio de interpretación y aplicación de la ley. Estos conceptos jurídicos se desarrollan ampliamente en la LOPN-NA (Arts. 7 y 8). Además, fueron recibidos en la Constitución y legislación nacional desde la Convención sobre los Derechos del Niño de la ONU, específicamente de su Art. 3: “*En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.*”

⁴¹⁴ Las consecuencias que manan de esta “premisa” –*la persona del hijo es un bien mayor a la situación o “hecho” de paternidad o maternidad de los padres*– son especialmente relevantes en el campo de la procreación artificial; tema a tratarse más adelante, *infra*.

La razón de ser de esta preferencia que se hace del niño está en la consideración de “su condición específica como persona en desarrollo”⁴¹⁵, dependiente de otros —especialmente de su familia— para su realización. Así, “*En aplicación del Interés Superior de Niños, Niñas y Adolescentes, cuando exista conflicto entre los derechos e intereses de los niños, niñas y adolescentes frente a otros derechos e intereses igualmente legítimos, prevalecerán los primeros.*”⁴¹⁶ Es una exigencia legal partir de estos principios cuando se legisle o se juzgue respecto del bien del niño concebido.

IV. PROCREACIÓN ARTIFICIAL⁴¹⁷

Lo primero que alguien puede preguntarse después de leer este subtítulo —sobre un tema tan sensible— es ¿qué puede tener de *antijurídico*? Empecemos por considerar que en la PA hay un actor principal que no suele ser tomado en cuenta: el niño.

En este subtítulo, pues, analizaremos (i) la naturaleza jurídica de estas actividades (ii) a la vez que exponemos la relación favorable o desfavorable de estas prácticas con el derecho a la vida, a la luz de las normas constitucionales⁴¹⁸ y legales aplicables. Nos valemos en gran parte de la opinión del jurista argentino Roberto Andorno⁴¹⁹. Vale decir que por cuanto el uso de las biotecnologías en la PA no ha sido regulado ni específicamente ni satisfactoriamente por la ley venezolana, adquiere una importancia primordial la doctrina jurídica pertinente.

⁴¹⁵ Literal “e” del Art. 7 de la LOPNNA.

⁴¹⁶ Párrafo segundo del Art. 7 de la LOPNNA.

⁴¹⁷ En adelante “PA”.

⁴¹⁸ Principalmente las tratadas en las pp. 9-11, *supra*.

⁴¹⁹ En *La distinction juridique entre les personnes et les choses à l'épreuve des procréations artificielles*. Prefacio de F. Chabas. Tomo 263 de la «Bibliothèque de droit privé», publicada por la «Librairie générale de droit et de jurisprudence, E.J.A.»; París, 1996. **Roberto Andorno** (Santa Fe, Argentina, 1961) es Doctor en Derecho por la Universidades de Buenos Aires (1991) y de París XII (1994), en ambos casos sobre temas relacionados con los aspectos éticos y jurídicos de la fecundación asistida.

Sobre la obra citada, compartimos su forma de esquematizar la cuestión y su discernimiento jurídico. Sin embargo, no compartimos del todo sus fundamentaciones filosóficas. Nosotros concordamos en que existe una cierta fundamentación filosófica, pero en algunos aspectos nos valdríamos de otros métodos o corrientes.

Como puntos de partida para entender la naturaleza jurídica de las diferentes PA y ante todo de sus actores –padres e hijo–, **lo primero** es hacer la distinción entre “**persona**” y “**cosa**”⁴²⁰. Estas dos categorías del Derecho conforman su “*Summa divisio*”, su fundamental división en cuanto a su tratamiento del mundo. **Lo segundo**, es qué es la paternidad y la maternidad, en torno a las alteraciones introducidas por la PA.

Persona y cosas, su distinción

“Las <cosas> poseen en el Derecho una significación <instrumental>. Ellas son siempre un medio al servicio de la persona. La <utilidad> y la <apropiabilidad> son dos caracteres inseparables de las cosas en tanto que <cosas jurídicas>. Ergo, ellas se diferencian de la persona no solo en cuanto a su naturaleza, sino también en cuanto a su tratamiento del que pueden ser objeto.

“En cuanto a su naturaleza, porque las cosas son definidas por exclusión: eso que no es una persona, es una cosa. En cuanto al tratamiento del que pueden ser objeto, porque la summa divisio del Derecho presupone que nuestra conducta respecto de cada una de estas dos realidades no puede ser la misma: nosotros podemos utilizar una cosa como instrumento o medio para atender los fines que nos proponemos; pero no podemos, en cambio, utilizar una persona, apropiarnos de eso que ella tiene de más íntimo de su ser, porque ello equivaldría a rebajarla al rango de las cosas, a la <cosificación>.”⁴²¹

Partiendo del texto citado podemos decir que:

- i. las **cosa** son algo per se “instrumental”;
- ii. la **persona** es el centro del Derecho; y que
- iii. el fin del Derecho es garantizar la dignidad de la persona.

Luego, cuando una actividad utiliza a la persona como medio para lograr otros propósitos ajenos a su finalidad propia (i.e. desarrollarse

⁴²⁰ Aquí se hace un breve enfoque del tema. Para su profundización véase la obra ya citada en la nota anterior de Andorno, R.

⁴²¹ Andorno, R. en *ob. cit.*, punto 56., p. 34-35.

libre y responsablemente en busca de la felicidad) constituye una conducta antijurídica e irrespetuosa de la dignidad personal: es una actividad *cosificadora* de la persona.

La PA –nos referimos a la “FAHo.”, FAHe.”, “FIV”, sus métodos análogos y otros usos relacionados⁴²²– demuestra ser una ocasión de *instrumentalización de la vida embrionaria*. Pero, el niño asumido como *cosa*, ¿es hecho instrumento de qué? Es instrumentalizado para la satisfacción de un “deseo” de unas personas de “ser padres”. Este deseo está dirigido a la consecución de un *hecho* –la paternidad–; y todo el proceso de la PA tiene por causa final este hecho. Y ahí radica precisamente el problema: en que los actos y decisiones puestos por obra no toman en cuenta a la otra *persona* involucrada, al hijo, a quien no se reconoce. En la práctica, pues, se asume como cosa no importante que el hijo sea sometido a una serie de actividades contrarias a su derecho a la vida.

No se afirma aquí que toda persona o pareja que acude a un servicio de FIV lo haga con conocimiento de los sus males concomitantes y con una intención *dolosa*. Sino que la FIV supone peligros y violaciones de derecho ciertos, se procuren conscientemente o no.

¿Qué se puede decir sobre la legitimidad o ilegitimidad de la PA? Consideramos que separar la procreación de las relaciones sexuales, por medios de manipulación artificial de los procesos iniciales de la vida humana, es un acto que (i) cosifica a la persona humana y (ii) la despoja de las garantías naturales de su dignidad.

Lo primero porque se ejerce un poder de disposición indiscriminado sobre el concebido. *Lo segundo* porque la sexualidad humana, por su orientación indefectible a la formación de una familia, es la garantía natural de la dignidad del niño: al niño así concebido es apreciado en sí mismo, es hijo de los que le procrean, goza de una identidad cierta, hereda las características de sus padres, no es sometido a manipulación biológica, ni será el electo de entre un grupo de embriones cultivados por ser el más sano.

⁴²² “FAHo.”: Fertilización artificial homóloga (con gametos del esposo). “FAHe.”: Fertilización artificial heteróloga (con gameto de donante anónimo). “FIV”: Fertilización *in vitro*. **Métodos análogos:** v.g. la Inyección intra-citoplasmática de espermatozoides “ICSI”. **Otros usos relacionados:** v.g. la criopreservación de gametos o embriones.

El hijo debe ser apreciado en cuanto tal y no en cuanto a **producto satisfactorio**, valorado de acuerdo a su mayor o menor adecuación a las especificaciones del contrato de obra por el cual fue encargada su manufacturación.

Naturaleza jurídica de la Paternidad y la Maternidad

La *paternidad y la maternidad* se identifican con la relación de *filiación*. A esta relación se le llama paternidad-maternidad cuando se refiere a los progenitores y filiación cuando se refiere al hijo⁴²³. La filiación es, pues, la relación de parentesco entre los progenitores y el hijo, por consanguinidad de primer grado en línea recta⁴²⁴. Ella guarda especial relación con la noción de *identidad*.

Se dice que la identidad personal es tanto el “conjunto de rasgos propios de un individuo que lo caracterizan frente a los demás” (carácter social de la identidad) como la “conciencia que una persona tiene de ser ella misma y distinta a las demás” (carácter de ser un supuesto del propio conocimiento). Un rasgo constitutivo de la identidad es *de quién se es hijo*. Lo que quiere destacarse al decir eso es que **la filiación viene determinada por la identidad biológica de la persona**⁴²⁵.

En este orden de ideas, **el acto de procrear es la causa simultánea** de **(i)** la existencia de un hijo, **(ii)** de la relación de filiación del mismo, **(iii)** de la identidad biológica del hijo y de su identidad legal (que radica en la biológica⁴²⁶), **(iv)** de la obligación de criar, formar, educar, mantener y asistir al hijo⁴²⁷.

⁴²³ FLH, p. 298, tomo II.

⁴²⁴ FLH, p. 295, tomo II.

⁴²⁵ Decisión de la “Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia” caso “Consejo Nacional de Derechos del Niño y del Adolescente (CNDNA)”, del 14/08/2008, Decisión N° 1443.

⁴²⁶ En sus motivaciones para decidir de la sentencia N° 1443, del 14/08/2008 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, cuya interpretación de las normas constitucionales es vinculante para el resto de los tribunales, decide acertadamente el asunto: “... *aprecia esta Sala que siempre y cuando exista una dualidad de identidades, es decir una contradicción entre la identidad biológica y la legal y, sea posible el conocimiento cierto de la identidad biológica de los ascendientes, ésta debe prevalecer sobre la identidad legal, por cuanto es aquella la que le otorga identidad genética y del conocimiento del ser al hijo respecto a sus ascendientes biológicos.*”

⁴²⁷ *Ibidem*.

Existe una sola excepción en Venezuela en que la identidad biológica sea la determinante de la filiación legal. Es el caso de la adopción que “*confiere al adoptado o adoptada la condición de hijo o hija, y al adoptante la condición de padre o madre.*”⁴²⁸. **La adopción no implica que la filiación de las personas pueda estar sometida al principio de autonomía de la voluntad;** sino una “*una institución de protección que tiene por objeto proveer al niño, niña o adolescente, apto para ser adoptado u adoptada, de una familia sustituta, permanente y adecuada*”⁴²⁹ que tiene su fundamento en el interés superior del niño.

Lesiones concretas al derecho a la vida del concebido

En Venezuela actualmente se dan efectivamente violaciones contra derecho asociadas a la PA. Muchas clínicas hacen publicidad de la PA, y se ha creado una matriz de opinión acrítica de estas técnicas. Entre otras lesiones al derecho a la vida del niño de da: (i) el sometimiento del niño a un riesgo cierto y altísimo de muerte⁴³⁰; (ii) el “depósito” (por criopreservación)⁴³¹; (iii) la “donación” de embriones⁴³²; (iv) la selección de sexo o de embrión saludable; (v) la escogencia de las

⁴²⁸ LOPNNA, Art. 425.

⁴²⁹ LOPNNA, Art. 406.

⁴³⁰ El planteamiento de concebir niños artificialmente supone colocar a esos niños, personas desde la concepción, en un riesgo altísimo y cierto de muerte. En los casos de fertilización in vitro y todos los procedimientos análogos o que la suponen –que provocan artificialmente la fecundación y fuera del cuerpo de la madre– la gran mayoría de los embriones-niños que se conciben son impedidos de desarrollarse. (i) Se fecundan más óvulos de los que se transferirán, y el resto se “criopreserva”, se utiliza luego, o se transfieren sólo los de determinado sexo o condición de salud. (ii) La tasa de embarazos luego de la transferencia oscila en un 30% dependiendo si los gametos o el embrión eran recientes o congelados, edad de la madre, etc. (iii) Además, los embriones son transferidos a la mujer en cantidades casi siempre mayores a uno. Sabemos que el porcentaje de nacimientos de un sólo niño (sin gemelo, o trillizos, etc.) es de alrededor del 60%. Por tanto el resto de los embriones transferidos murió. Por ejemplo, en el Centro Médico Docente La Trinidad, en Caracas, entre los años 1990 y 2005 el número aproximado de ciclos de FIV hechos fue de 3600, y el número aproximado de nacimientos fue de 1000.

⁴³¹ Sucede por ejemplo en las clínicas Fertilab y Livv, en Caracas y Maracaibo respectivamente. Las webs del “servicio” en cuestión son [http://www.fertilab.net/servicios/congelacion_de_embryones/que_es_la_congelacion_de_embryones_1_y](http://www.fertilab.net/servicios/congelacion_de_embryones/que_es_la_congelacion_de_embryones_1_y_metodo.html#linea6) <http://www.livv.com/metodo.html#linea6>.

⁴³² Sucede por ejemplo en Fertilab. Las web expositiva es: <http://www.fertiaguerrevere.com/donacion-de-gametos>.

características de los gametos; etc. Solo nos detenemos en tres actividades de particular interés.

1. “Alquiler” de vientres: ¿en qué consiste la maternidad?

Esta actividad puede describirse así: una mujer da a luz a un niño concebido in vitro con gametos de otra pareja⁴³³ con el fin de entregarle a la pareja que –disponiendo que su hijo fuera gestado por aquella– la ha contratado para ello. Asaz escabrosa resulta esta actividad cuando involucra (i) violación tanto de derechos del niño (ii) como de la madre gestante.

Y es que el niño, como persona distinto de una cosa, no es objeto disponible, mediante alguna convención, ya gratuita ya onerosa. Consideramos que *disponer del lugar de gestación* del niño no es algo diferente a la *disposición de su persona completa*, de todo su ser; ya que disponer del completo cuerpo de una persona viva es disponer de ella en su totalidad.

Además, la madre biológica al “delegar” por voluntad de las partes su deber de criar –concretado ahora en el deber de gestación propio de la madre– **renuncia y dispone** de sus deberes maternos, cosa que es jurídicamente imposible. Así se concreta el daño causado al hijo, que se encontrará en un limbo filiatorio entre dos mujeres: ambas serán sus madres en cierto sentido.

¿En qué sentido ambas mujeres son madres? Para ilustrarlo citamos una disposición constitucional: “*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*”. Está en esta norma como latente una noción de maternidad que concibe todas sus etapas como una unidad, la cual es protegida⁴³⁴. Personalmente, diferimos de que se llame “maternidad biológica” solo a la relativa al

⁴³³ Pudieran suceder que el óvulo sea de la contratada, sin embargo para el análisis que nos interesa no tomaremos en cuenta esa opción en este apartado. En ese caso sería evidente que se dispone del propio hijo, renunciando a la maternidad con base en un contrato, acto que es nulo, por lo que más adelante se dirá.

⁴³⁴ No se quiere decir aquí que esa haya sido la intención del constituyente. Lo que ocurre es que una noción holística de la maternidad es propia del sentido común y la más acorde, además, a realidad de la familia y al interés superior del niño concebido.

genoma aportado por el óvulo. El proceso biológico de la maternidad trae de suyo tanto la gestación como el parto. De ahí que el lenguaje común defina madre como “(i) *mujer o animal hembra que ha parido a otro ser de su misma especie* (y en segunda instancia: ii) *Mujer o animal hembra que ha concebido*.”⁴³⁵ En el caso de subrogación de una mujer (contratada) en los deberes de gestación de otra (contratante), la “contratada” se hace verdaderamente *madre* en un sentido cierto.

Sobre eso de que la gestación y el parto son concebidos como parte integrante de la maternidad, dispone el Art. 197 del Código Civil: “*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.*” Se entiende que al redactarse la norma no era posible que la maternidad se dividiera entre dos mujeres: una que fuera la *genetrix* y otra la *gestatrix*; ¡pero es que al definirse la maternidad tampoco puede dividirse entre ambas tareas! Ambas situaciones conforman la maternidad.

No es acorde a Derecho someter al niño a una situación tal respecto a su identidad y filiación. El problema es un hecho: hay litigios entre la *gestatrix* y la *genetrix*. Se ha decidido en favor de la madre que aporta el óvulo como “madre biológica” frente a la que resulta madre por causa del parto⁴³⁶. Insistimos en que no se ha llegado a una comprensión profunda del asunto con estas decisiones.

Sobre la situación de la mujer contratada para ser la *gestatrix*, decimos con Andorno “*Aquella mujer que da a luz parece actuar no como una verdadera madre, como una persona, sino sobre todo como una cosa, como una máquina que fabrica al niño para entregarlo después a la pareja solicitante. De hecho, la mujer da la impresión de jugar aquí un rol de ‘útil de producción’, debido a que ella pone al servicio de terceras personas aquello que posee de más íntimo en su ser; aquello que en el fondo la distingue en tanto que mujer: su capacidad gestacional.*

⁴³⁵ Diccionario de la Real Academia Española.

⁴³⁶ Decisión del “Tribunal Tercero de Primera Instancia de Juicio de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas y Nacional de Adopción Internacional”, del 09/01/2013, Asunto: AP51-V-2012-008654.

La referida decisión está penosamente lograda, en especial cuando se avoca a la comprensión de la realidad familiar en cuestión, mezclando aciertos con desaciertos.

En este sentido, una autor americano sostiene que, siendo que ciertas actividades humanas están íntimamente ligadas al sujeto, pretender separarlas para disponer de ellas equivaldría a admitir un ‘comodato’ de la persona”⁴³⁷.

2. “Donación” anónima, “Compraventa” y “Depósito” de gametos: paternidad y maternidad anónimas.

Se percibe con facilidad el triste problema. Se contrata respecto de los gametos, siendo estos [los gametos] “depositarios” de la personal capacidad de paternidad o maternidad: el que vende un gameto suyo vende algo íntimo y algo ajeno, porque vende su paternidad y la filiación de su hijo. Peor situación aún es disponer de los gametos anónimamente: ya que se priva al hijo de todos los derechos que manan de su estatus familiar, y además desde el escondite de la irresponsabilidad: ese anónimo se exime inválidamente de toda responsabilidad respecto del incumplimiento de sus obligaciones.

López Herrera, sobre el particular de la legitimidad de los actos jurídicos tendentes a la “donación y compraventa de óvulos o de semen”⁴³⁸ afirma que son **nulos por su objeto** (1.155 Código Civil) y **por su causa [final]** (1.157 Código Civil), que contrarían el orden público y las buenas costumbres⁴³⁹.

3. PA en ausencia de los padres.

La existencia de bancos de gametos de donantes anónimos hace posible que se engendren niños que, desde su concepción, no gozarán —de hecho o de Derecho— de dos progenitores, sino de uno sólo. Esto ocurre estrictamente en dos casos: **(i)** en una PA con gametos de un contratante⁴⁴⁰ y de un difunto y **(ii)** en una PA con gametos de un contratante y de un donante anónimo. En ambas circunstancias es concebido un niño que —con seguridad y deliberadamente— no tendrá nunca a uno de sus padres; en detrimento de su interés superior. Es un ejemplo claro

⁴³⁷ Andorno, ob. cit., N° 466, p. 261.

⁴³⁸ López Herrera, Francisco; ob. cit.; Tomo II, p. 460.

⁴³⁹ Cfr. la explicación de ese autor en *Ibidem*, p. 461.

⁴⁴⁰ La persona que solicita la PA.

de cómo se desea la paternidad o la maternidad como bienes “superiores” al bien del niño por concebir.

Decisiones relacionadas a la PA.

¿Cómo se han interpretado la PA en nuestros tribunales? Para acercarnos a la respuesta nos valemos de dos decisiones relevantes.

La primera es la del caso “Yamilex Núñez de Godoy”⁴⁴¹. La pretensión de la actora (Y. Núñez) fue que se completara el ciclo de FIV en su persona, con gametos de su marido difunto criopreservados. Adujo (i) un así llamado derecho a procrear y (ii) la manifestación de voluntad que en vida hizo su marido de que se realizara la FIV. La pretensión fue declarada con lugar.

Tal derecho a procrear fue fundamentado en el “derecho a la protección integral de la maternidad y paternidad” del Art. 76 Constitución. Y la fuerza jurídica de la manifestación de voluntad del marido fue soportada en el Artículo 1 de la *Ley sobre Transplante de Órganos y Materiales Anatómicos en Seres Humanos* de 1992⁴⁴².

Aparte de los varios errores de fondo que posee esta sentencia, empezando por sus análisis fuera de lugar por ultra petita⁴⁴³, su principal traspié consiste en (i) por una parte fundamentar un derecho a la procreación de la viuda más o menos absoluto –por encima del interés superior del menor– (ii) y por otra, hacer nugatorios los derechos del concepturus con relación a su padre, con base en la autonomía de la voluntad. En ningún momento se valoran el derecho a la vida del concebido ni su carácter de niño y sujeto pleno de derechos.

⁴⁴¹ Decisión de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia del 27 de julio de 2006.

⁴⁴² “El transplante o la 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 este último no pudiera, de los parientes previstos en el artículo 17.” Resaltado nuestro.

⁴⁴³ Así es afirmado en la propia sentencia por el Magistrado Pedro R. Rondón H. en su voto salvado.

La segunda corresponde al caso “Lyrruth Pérez y Antonio Vaccaro vs. Jamileth Barboza”⁴⁴⁴, un procedimiento de inquisición de maternidad en el caso de un “alquiler de vientre”. La pretensión de los actores consistía en que se estableciera la filiación de la niña dada a luz por J. Barboza con fundamento en su genoma (los gametos fueron de L. Pérez y A. Vaccaro). Fue declarada con lugar.

El tribunal se propone aclarar conceptos con un desarrollo excesivo y desacertado y concluye asumiendo criterios contradictorios entre sí, como los siguientes:

- (i) “En conclusión, con base en el interés superior del menor, la figura del vientre subrogado debe ser rechazada y a todo evento proscrita”;
- (ii) “Bien se podría hacer un llamado de atención a las instituciones médicas para que se abstengan de realizar procedimientos que en esencia culminan en una doble maternidad, pues la materia es de orden público y por tal ajena a la autonomía de la voluntad y no puede ser tratada como una suerte de ‘fecundación a la carta’. (...) por ello se recomienda su proscripción formal con tintes de penalización. Y es lógico, que si la Ley de Trasplantes de Órganos, Tejidos y Células en Seres Humanos [de 2011] sanciona penalmente el comercio de órganos para evitar que el ser humano se denigre por motivos económicos en perjuicio de su salud, aquí se llega a una situación equivalente, que se pretende justificar porque dicha ley especial excluye expresamente la sangre, espermatozoides y ‘óvulos’ (Art. 1).”
- (iii) “En conclusión, considera ésta juzgadora que en el presente caso la maternidad “sub-rogada”, es válida, en la medida que su objetivo sea ayudar al ser humano a cumplir sus expectativas, pues les brinda la posibilidad de concebir y criar un hijo genéticamente suyo, aunque haya sido gestado en otro vientre.”

⁴⁴⁴ Decisión del Tribunal Tercero de Primera Instancia de Juicio de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas y Nacional de Adopción Internacional del 9 de enero de 2013.

- (iv) “...de aceptarse la gestación substituta (subrogada) esta debe ser, necesariamente altruista y por estricta imposibilidad de gestar, por ende no debe convertirse la maternidad subrogada en una práctica inescrupulosa de quienes persigan como objetivo obtener dinero a cambio de un vientre prestado, y así se declara.”

Por otra parte, hay que decir que nuestra legislación positiva regula algunos aspectos en torno a la PA: desconocimiento del hijo nacido por PA (Artículo 204 del Código Civil); manipulación del genoma humano (Artículo 40 de la Ley Orgánica Contra la Delincuencia Organizada y Financiamiento al Terrorismo⁴⁴⁵)... Hay dos de ellas a las que dedicamos algunas líneas.

La norma que más directamente regula las PA es quizá el Artículo 20 de la Ley para la Protección de las Familias, la Maternidad y la Paternidad^{446, 447}. Ella determina que se preste el servicio de PA en las entidades de salud públicas, como de hecho sucede, pero sin ulterior análisis sobre la PA. Esta disposición, al asumir como lícita la “reproducción asistida”, parte de un supuesto falso; máxime cuando adolece incluso de una delimitación del término “reproducción asistida”, o de qué prácticas se incluyen en ese “servicio”. La intención de la norma es “*garantizar el derecho a la maternidad y a la paternidad*”, cosa que mal puede toda vez que las PA suponen enarbolar los derechos de los padres, obviando los derechos del niño y los correlativos deberes paternos.

En ese sentido, López Herrera establece que, “*salvo los acuerdos que se celebren en relación con la inseminación artificial* [en sentido estricto, introducción de gametos del marido dentro del cuerpo de la

⁴⁴⁵ 449 En Gaceta Oficial N° 39.912 del 30 abril de 2012.

⁴⁴⁶ 450 Gaceta Oficial N° 38.773 del 20 de septiembre de 2007.

⁴⁴⁷ 451 “Servicios médicos para la reproducción asistida: 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 a la paternidad.” (Subrayado nuestro).

esposa] *de la esposa con espermatozoides de su marido, todas las formas jurídicas utilizadas o utilizables para dicho procedimiento de inseminación, así como también las relativas a la fertilización in vitro y la utilización de madres sustitutas, son absolutamente nulas y carecen de toda eficacia jurídica.*”⁴⁴⁸

Por otra parte, está el Artículo 1 de Ley Sobre Donación y Trasplante de Órganos, Tejidos y Células en Seres Humanos^{449, 450}. En esta norma se hace exclusión de los gametos del régimen general relativo a órganos. Esto debe entenderse en el sentido de que los gametos son una categoría de “cosas” especial, por ser “simientes de la vida” y no una categoría inferior, sometida para su disposición a menos formalidades que otros órganos humanos. Y es que, si son los órganos, como **partes** del cuerpo de la persona, objeto de un régimen jurídico estricto y sui generis; muchos más lo serán los tejidos humanos que contienen en sí la potencialidad de procrear a **un ser humano completo**.

En favor de esto aparece la reforma que a este Artículo se hizo en 2011. Antes se podía entender que la disposición de los gametos solo estaba sometida a convención expresa entre las partes (como sucedió en el citado caso “Yamilex Núñez”). Esa interpretación era errónea, por cuanto de una lectura holística de la ley reformada se desprende que no podían existir **donantes ni receptores** de gametos, como los hay de sangre, dado que en ese texto legal se definía donante y receptor en términos más bien precisos, estableciendo que la **finalidad** del acto de donación de órganos era el trasplante u objetivos terapéuticos respecto del receptor (Art. 2, ley de 1992). No era ni es lícita la *donación* de gametos.

⁴⁴⁸ López Herrera, Francisco; ob. cit.; tomo II, p. 464-465.

⁴⁴⁹ En Gaceta Oficial N° 39.808 del 25 de noviembre de 2011.

⁴⁵⁰ “Objeto: 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 previsto en la Constitución, las leyes, los tratados, pactos y convenios internacionales suscritos y ratificados por la República Bolivariana de Venezuela. / Se excluyen del objeto de esta Ley, las células madre embrionarias, ovarios, óvulos y espermatozoides, así como la sangre y sus componentes, excepto células progenitoras hematopoyéticas.”

V. CONCLUSIONES

1. El niño es desde su concepción persona humana y por ende le es debido el reconocimiento de su personalidad jurídica, como un deber de derecho natural y de justicia: no como deber emanado del derecho positivo.

2. La vulnerabilidad y la dependencia del *conceptus* son la razón de sus prerrogativas, mal pueden ser argumento para negar su personalidad, ya que ser persona no es sinónimo de invulnerabilidad o independencia.

3. Con base en la interpretación sistemática del Art. 78 constitucional, del Art. 1 de la LOPNNA y del Art. 17 del Código Civil puede sostenerse que el niño concebido posee personalidad jurídica natural y es pleno sujeto de derechos desde el momento de la concepción en vistas a su naturaleza plenamente humana. Por disposición de nuestro derecho positivo los efectos de esta personalidad jurídica están sometidos a la condición resolutoria de no nacer muerto (Aguilar Gorrondona).

Nos parece que resulta necesario un replanteamiento del régimen del Art. 17 del Código Civil, dado que el niño concebido tiene necesidad de protección clara y neta.

4. Con base en las normas citadas en la conclusión “3” debe declararse la inconstitucionalidad e ilegalidad del Art. 20 de la *Ley para la Protección de las Familias, la Maternidad y la Paternidad*; que determina que la Administración ofrezca servicios de PA en los imprecisos términos explicados *supra*.

5. La cuidadosa observancia de los derechos del niño frente a su familia y de los correlativos deberes de esta frente al infante es imprescindible para la correcta comprensión del orden jurídico. Nos referimos particularmente (i) al derecho a vivir, ser criado y desarrollarse en su familia de origen y a (ii) las obligaciones concomitantes a la patria potestad.

5. Urge una legislación que surja de un estudio profundo de la realidad de la PA, guiada por los derechos humanos del niño. Principálsima atención debe ser dirigida a los peligros y daños concomitantes de la mayoría de los métodos de PA. La PA es ocasión cierta de *cosificación* de la persona del concebido y de despojo de las garantías naturales

de su dignidad. El hijo es instrumentalizado para la satisfacción de un “deseo” de una o unas personas de “ser padres”; deseo que se entroniza como derecho a la paternidad y que olvida que el derecho a formar familia nace limitado frente a los derechos propios de los hijos y frente a su interés superior: no es [tal derecho a formar familia] una simple consecuencia del derecho al libre desarrollo de la personalidad.

6. Las técnicas de PA son ocasión de *cosificación* de (“i”) la persona de los padres y de las mismas instituciones de (“ii”) la familia y de (“iii”) la sexualidad como realidad procreacional. (i) La paternidad queda difuminada entre múltiples personas: *gestatrix*, *genetrix*, donantes anónimos de gametos, los “arrendatarios” del vientre y la “arrendadora”... (ii) La familia deja de verse como proyecto estable y de compromiso de dos personas, que entraña pertenencia y cuidados (obligaciones) recíprocos. Se ve mancillada por el hecho de concebir hijos de los cuales dos tercios no nacerán. (iii) La sexualidad como realidad procreacional (la potencialidad de paternidad y de maternidad de las personas) ya no aparece cómoda dentro de las paredes domésticas, sino que procrea las más de las veces anónima, irresponsable e ignorantemente [donantes de gametos].

7. Afirmamos que tanto (i) la gestación y (ii) el parto, como (iii) la aportación de la carga genética, son partes integrantes de una misma realidad: la maternidad.

8. Concluimos con López Herrera que los gametos están fuera del comercio, en vistas a la dignidad de las personas y de la procreación.

ABSTRACT

The present work pretends to offer the Venezuelan juridical context on (i) the Right to Life of the infant conceived and not yet born and on (ii) the artificial procreation. It is an eminently juridical analysis which procures to depart from the reflection on the fundamental nature of the realities under study.

RESUMEN

El presente trabajo pretende ofrecer el panorama jurídico venezolano sobre (i) el Derecho a la Vida del niño concebido y no nacido y (ii) la procreación artificial. Es un análisis eminentemente jurídico, que procura partir de la reflexión acerca de la naturaleza profunda de las realidades estudiadas.