

Panorama Legal del Derecho Humano a la Vida en Venezuela

Perspectiva de la Niñez

Por Alcibíades de J. Méndez*

Índice

I	Introducción.....	2
II	El Derecho a la Vida.....	2
III	El niño.....	3
IV	El niño y su familia	9
V	Protección legal de la mujer embarazada.....	14
VI	Actividades contra Derecho	15
	1. El aborto provocado	16
	2. Procreación artificial "PA"	20
	3. Anticoncepción de emergencia, "AE"	34
VII	Conclusiones	38

"Muchas cosas hay portentosas, pero ninguna tan portentosa como el hombre..."
Antígona, de Sófocles. 442 a.C.

I Introducción

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

II El Derecho a la Vida

El Art. 43 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela establece que *"El derecho a la vida es inviolable..."*¹, y corresponde a *"todo individuo"*² 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 existencia³ no se concibe llamarlo y tratarlo de otro modo que como **"persona"**.

Esa expresión del lenguaje común –no se usa aún la noción jurídica– manifiesta⁴ que en el individuo humano convergen todas las características de naturaleza para que se le valore en sí

*Cursante de cuarto año de Derecho, Universidad Monteávila, Caracas. El Trabajo fue hecho bajo la tutoría de Alfonso Porras Machado, Abogado por la Universidad Católica Andrés Bello, Caracas (2002); y LLM por University of Illinois (2005).

¹ Continúa: *"...Ninguna ley podrá establecer la pena de muerte, ni autoridad alguna aplicarla. El Estado protegerá la vida de las personas que se encuentren privadas de su libertad, prestando el servicio militar o civil, o sometidas a su autoridad en cualquier otra forma."* Art. 43, Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, 1999; en adelante "CRBV".

² Declaración Universal de Derechos Humanos, inicio del Art. 4.

³ *"El hombre (...) es el único ser en el que la vida posee capacidad de 'reflexionar' sobre sí mismo, capaz de autodeterminación, y es el único ser capaz de descubrir el sentido de las cosas y de la vida y de protagonizar de algún modo su propio morir. Esta persona vale en sí misma y por sí misma y no en razón de otra cosa; único ser visible que no pertenece a la categoría de los bienes útiles o instrumentales y por ende se resiste a ser tratada como medio."* En la enciclopedia filosófica digital "Philosophica", voz "Bioética", del autor: García, José Juan. En <http://www.philosophica.info/voces/bioetica/Bioetica.html#toc1>; consultado el 21/10/2015.

⁴ Entre otras cosas, y no únicamente.

mismo y no en razón de otra cosa: ante la actuación de los demás⁵ la persona **es un fin y no un medio**⁶. 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 vivir⁷.

Por otra parte hay que analizar cuál es el lugar y el valor de la noción de "persona jurídica natural": el Código Civil venezolano establece que "*Todos los individuos de la especie humana son personas naturales.*"⁸ Ante todo esta es una *categoría jurídica instrumental*, que sigue a la existencia de la persona humana concreta (quien es en definitiva la titular de esta 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 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; sino que, al contrario, la personalidad jurídica natural debe ser reconocida a todo individuo de la especie humana⁹.

En otro orden de ideas, sabemos por experiencia que existen individuos que necesitan de una especial protección y defensa de sus derechos humanos y, muy frecuentemente, del derecho a la vida. Entre estos "débiles sociales" encontramos a algunos procesados penales, a la persona en las últimas etapas de su vida, a la mujer embarazada, al niño concebido y no nacido. Estas letras se dedican a la situación de este último.

III El niño

Para empezar conviene decir que las razones para proteger a la persona humana desde la 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

⁵ "Los demás": otras personas humanas, las *personas jurídicas* -que gozan de una *personalidad* concedida- y el Estado.

⁶ "*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.

⁷ "*Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona.*" Declaración Universal de Derechos Humanos, Art. 4.

⁸ Código Civil Venezolano, Art. 16. (en adelante "CCV"). En Gaceta Oficial N° 2.990 Extraordinario del 26 de julio de 1982.

⁹ Es por ello que a partir del Art. 17 del CCV ("*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 se protege por razón de su **posible nacimiento**; sino que lo es en razón de su **naturaleza humana**. Véanse los cuatro últimos párrafos del subtítulo III.

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 significa que lo que existía antes de ello no fuera una vida humana:

*"El significado biológico de la fecundación es precisamente dar inicio a un nuevo individuo. El cigoto significa biológicamente la estructura inicial de un nuevo individuo: en él se constituye y empieza a emitirse un nuevo mensaje genético. En él surge un nuevo programa de vida individual, con un nuevo centro coordinador de sus funciones vitales que le dirige hacia la construcción de un organismo. 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 realizar, sino su constitución como individuo reflejada en el nuevo genoma cuya información comienza a emitirse en el entorno propio: célula totipotente.**"¹⁰ (Resaltado nuestro).*

En la cita se ilustra lo siguiente: que con la fecundación empieza la vida **del niño**. Y por ello carece de fundamento violar los derechos del niño aduciendo que éste no se ha desarrollado (v.g. permitir abortarlo hasta cierta fecha de su gestación).

Una característica fundamental de la persona¹¹ es que se **desarrolla**. Es un ser **en desarrollo**. Y 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.

Sobre este aspecto fundamental del "desarrollo" dice la Vicepresidenta del Comité de Derechos del Niño de la ONU¹²: "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."¹³ (Resaltado nuestro).

Por todo esto es especialmente dañoso e injusto que el Estado o la sociedad o la familia atente en contra o 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

¹⁰ 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.

¹¹ Y de todo ser viviente.

¹² Rosa María Ortiz, con ocasión de los 20 años de la Convención sobre los Derechos del Niño. Cf. nota 13.

¹³ 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. Conferencia: de Rosa María Ortiz, *A los 20 años de la Convención sobre los Derechos del Niño. Pasos hacia su comprensión y aplicación efectiva*. p. 32. Resaltado nuestro.

constituyen el fundamento 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 éste necesita especial protección de parte de su familia, de la sociedad y del Estado.

Estas conclusiones han sido de diferente manera asumidas y plasmadas en normas jurídicas, tanto por Convenciones Internacionales como por el legislador venezolano.

Así, 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"*¹⁴; 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 2007¹⁵ (LOPNNA).

Entre las normas de Derecho Internacional resaltan las siguientes.

La **Declaración de los Derechos del Niño** de la ONU¹⁶ dispone sobre los derechos de los niños *" Considerando que el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento,..."* Aquí se evidencia que la razón para una mayor protección al niño concebido es precisamente su *falta de madurez física y mental*; y que esta falta de madurez no puede ser la excusa para atentar contra su vida antes de que nazca.

¹⁴ *"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 las leyes de la República, y son de aplicación inmediata y directa por los tribunales y demás órganos del Poder Público."* CRBV, 1999. Artículo 23.

¹⁵ La *Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente* sancionada en el año 1998, entra en vigencia en el 2000, reconociendo sin discriminación alguna a todos los niños, niñas y adolescentes como sujetos plenos de derechos y deberes, atendiendo a los principios de Prioridad Absoluta e Interés Superior.

En el año 2007, la Ley es objeto de reforma parcial, con el propósito de adecuarla a la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (1999), que reconoce la jerarquía constitucional de la Convención sobre los Derechos del Niño." Exposición de motivos de la LOPNNA.

Publicada en la Gaceta ordinaria N° 6.185 del 8 de junio de 2015, por reforma parcial concerniente al Sistema Penal de Responsabilidad del Adolescente

¹⁶ 20 de noviembre de 1959.

La **Convención Americana Sobre Derechos Humanos**¹⁷ (o "Pacto de San José") dice en el numeral primero del artículo 4: "*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...*" Es manifiesto que para los Estados Partes la vida del concebido es ya un valor que debe ser protegido, otra cosa sería excepcional. Que se haya dicho "*y, en general, a partir del momento de la concepción*" no introduce una excepción tal que niegue el derecho declarado. Hay que agregar que "*Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano.*"¹⁸

Sobre el Pacto de San José debe decirse que fue objeto de denuncia por el Gobierno venezolano. No obstante la presumible inconstitucionalidad de este acto¹⁹, en el supuesto negado de que Venezuela no fuera Estado Parte del Tratado en cuestión, sigue siendo un instrumento fundamental, toda vez que el capítulo I del Título II de la CRBV consagra (i) el principio de progresividad de los derechos humanos (Art. 19²⁰), según el cual no son derogables lo que ya hayan sido reconocidos, y que su ejercicio y goce son irrenunciables e indivisibles; y (ii) la falta de disposición legal no menoscaba el ejercicio de estos derechos (Art. 22 y 27), ya que –por su naturaleza– no requieren ser enunciados para ser protegidos.

La **Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre** establece "*Todo ser humano tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona*"(Art. 1).²¹ Y la **Convención sobre los Derechos del Niño**, adoptada por la Asamblea General de la ONU²², establece "*...se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad...*"(Art. 1). Es notorio que el concebido entra dentro de esta categoría.

Ahora nos disponemos a tratar acerca de las disposiciones del legislador venezolano.

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**.

¹⁷ Noviembre de 1969.

¹⁸ Art. 1, numeral 2.

¹⁹ Sobre la inconstitucionalidad de la Denuncia, véase Fernández, Fernando; *¿Es constitucional el retiro del Pacto de San José? ¿Qué hacer?*; en <http://www.amnistia.org/profiles/blogs/es-constitucional-el-retiro-del-pacto-de-san-jos-qu-hacer>

²⁰ "Artículo 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 la Constitución, los tratados sobre derechos humanos suscritos y ratificados por la República y las leyes que los desarrollen."

²¹ Aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana; Bogotá, Colombia, 1948

²² Noviembre de 1989

Además, según el Art. 78 de la Constitución Nacional de 1999 el niño es **pleno sujeto de derecho**²³. Por todo ello, aunque no haya una declaración normativa específica, se deben interpretar estas disposiciones de la Constitución y de la LOPNNA conjuntamente, y decirse que **el niño concebido es persona jurídica natural**. Si se reconoce su naturaleza humana y si se le llama "niño" expresamente desde el momento de la concepción (Art. 1 LOPNNA), su personalidad jurídica natural es clara (Art. 78 CRBV). 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*²⁴; 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"²⁵ y que **los efectos de su personalidad quedan sujetos a la condición resolutoria de no nacer muerto**²⁶. Si nace muerto existe una *ficción legal* iuris et de iure –que no admite prueba en contrario– de que la persona humana en cuestión nunca existió²⁷.

²³ "Los niños, niñas y adolescentes son sujetos plenos de derecho y estarán protegidos por la legislación, órganos y tribunales especializados, los cuales respetarán, garantizarán y desarrollarán los contenidos de esta Constitución, la Ley, la Convención sobre los Derechos del Niño y demás tratados internacionales que en esta materia haya suscrito y ratificado la República. El Estado, las familias y la sociedad asegurarán, con prioridad absoluta, la protección integral, para lo cual se tomará en cuenta su interés superior en las decisiones y acciones que les conciernan. El Estado promoverá su incorporación progresiva a la ciudadanía activa y creará un sistema rector nacional para la protección integral de los niños, niñas y adolescentes."

²⁴ Como ha dicho algún autor nacional: Hung Valillant, Francisco; *Derecho Civil I*. 4ta edición; Hermanos Vadell, editores. Caracas, 2009. p. 79.

²⁵ Por ejemplo, no puede aceptarse que herede más pasivos que activos.

²⁶ Aguilar Gorrondona, José Luis. *Derecho Civil Personas*. 12^a. edición revisada de 1995, publicado por la UCAB (Universidad Católica Andrés Bello), Caracas. Nota 6 del capítulo V, p. 54.

²⁷ 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 consición 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 en el seno de la madre y que han tenido por consecuencia causar la muerte del 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 sobre la realidad estudiada.

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 concreto del niño concebido. La primera (Art. 78, CRBV) porque es de rango constitucional; la segunda porque siendo del mismo rango legal –ambas son leyes "orgánicas"²⁸– la LOPNNA es posterior (el art. 17 del Código Civil es de 1916) y además regula específicamente la situación del niño. 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*–.

Otra pregunta es la 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 CCV?" Cuando se redactó esta norma (en 1916) los pros y contras a considerar seguramente eran otros. Hoy en día la letra de la ley se presta a confusión, máxime si no se interpreta a la luz de la totalidad del orden jurídico. Lo que está claro es que este régimen no obsta en absoluto, para que se protejan los derechos humanos y civiles del niño concebido. Ello no niega que 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 "art. 1 LOPNNA+ art. 78 CRBV":

(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 entorpecer en el sentido de 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."*²⁹

(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 se da autonomía."*³⁰ 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).

²⁸ Art. 203 CRBV.

²⁹ Hung Vaillant, Francisco; *Derecho Civil I*. 4ta edición; Hermanos Vadell, editores. Caracas, 2009. p. 79.

³⁰ Ochoa G., Oscar E. *Personas. Derecho Civil I*. Editado por la Universidad Católica Andrés Bello. Caracas, 2006. p. 183.

(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 CCV "*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 CRBV, "*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 fundamentada 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*"³¹; negando manifiestamente el binomio normativo antes explicado.

IV 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 la 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...**"³². Y es que el derecho a la vida del niño es inseparable de su derecho a ser criado en su familia: de violentarse este último el primero se hace nugatorio. El abandono del niño indefectiblemente atenta contra su vida: puede causar su muerte, o incontables daños físicos y morales que empeñarían su futuro.

Dibujamos a continuación el panorama normativo, de Derecho internacional y de ámbito nacional –que en el caso venezolano surge como recepción y desarrollo del *ius cogens*– .

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...*"³³ Es decir, que respecto de los derechos de la primera infancia los obligados inmediatos son sus padres, porque sus cuidados son

³¹ 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.

³² Art. 75, CRBV.

³³ Principio VI.

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 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,..."**"*.

Se dice expresamente que la familia *"debe recibir la protección y asistencia necesarias para poder asumir plenamente sus responsabilidades"*. Consideramos que se le debe asistir no solo mediante alguna política pública, sino sobretodo mediante regímenes legales que orienten sobre la antijuridicidad de ciertas actividades. Por ejemplo, no se le ayuda a la familia a asumir sus responsabilidades en la crianza de sus hijos cuando no se prohíbe la manipulación de embriones-niños producto de métodos de procreación artificial –tema que se tratará más adelante, *infra-* .

La **Constitución venezolana de 1999** cristaliza las orientaciones del Derecho Internacional en la materia. A continuación se transcriben las disposiciones al respecto, enumerando enunciados de los diferentes derechos consagrados.

Artículo 75

[1] *El Estado protegerá a las familias como asociación natural de la sociedad y como el espacio fundamental para el desarrollo integral de las personas.*

[2] *Las relaciones familiares se basan en la igualdad de derechos y deberes, la solidaridad, el esfuerzo común, la comprensión mutua y el respeto recíproco entre sus integrantes.*

[3] *El Estado garantizará protección a la madre, al padre o a quienes ejerzan la jefatura de la familia.*

[4] *Los niños, niñas y adolescentes tiene derecho a vivir, ser criados o criadas y a desarrollarse en el seno de su familia de origen. Cuando ello sea imposible o contrario a su interés superior, tendrán derecho a una familia sustituta, de conformidad con la ley.*

[5, sobre la adopción] (...)³⁴

³⁴ CRBV. Artículo 75:

"[1] El Estado protegerá a las familias como asociación natural de la sociedad y como el espacio fundamental para el desarrollo integral de las personas. [2] Las relaciones familiares se basan en la igualdad de derechos y deberes, la solidaridad, el esfuerzo común, la comprensión mutua y el respeto recíproco entre sus integrantes. [3] El Estado garantizará protección a la madre, al padre o a quienes ejerzan la jefatura de la familia.

Artículo 76

[6, sobre el derecho a formar una familia]³⁵ (...)

[7] *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,*

[8, sobre la planificación familiar]³⁶ (...)

[9] *El padre y la madre tienen el deber compartido e irrenunciable de criar, formar, educar, mantener y asistir a sus hijos o hijas,*

[10, sobre el cuidado de los ancianos] (...)

[11] *La ley establecerá las medidas necesarias y adecuadas para garantizar la efectividad de la obligación alimentaria.*

Artículo 78

[12] *Los niños, niñas y adolescentes son sujetos plenos de derecho y*

[13] *estarán protegidos por la legislación, órganos y tribunales especializados, los cuales respetarán, garantizarán y desarrollarán los contenidos de esta Constitución, la Ley, la Convención sobre los Derechos del Niño y demás tratados internacionales que en esta materia haya suscrito y ratificado la República.*

[4] *Los niños, niñas y adolescentes tiene derecho a vivir, ser criados o criadas y a desarrollarse en el seno de su familia de origen. Cuando ello sea imposible o contrario a su interés superior, tendrán derecho a una familia sustituta, de conformidad con la ley. [5] La adopción tiene efectos similares a la filiación y se establece siempre en beneficio del adoptado o la adoptada, de conformidad con la ley. La adopción internacional es subsidiaria de la nacional."*

³⁵ Artículo 76:

[6] *La maternidad y la paternidad son protegidas integralmente, sea cual fuere el estado civil de la madre o del padre. Las parejas tienen el derecho a decidir libre y responsablemente el número de hijos e hijas que deseen concebir y a disponer de la información y de los medios que les aseguren el ejercicio de este derecho. [7] 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, [8] y asegurará servicios de planificación familiar integral basados en valores éticos y científicos.*

[9] *El padre y la madre tienen el deber compartido e irrenunciable de criar, formar, educar, mantener y asistir a sus hijos o hijas, [10] y éstos o éstas tienen el deber de asistirlos o asistirlas cuando aquél o aquélla no puedan hacerlo por sí mismos o por sí mismas. [11] La ley establecerá las medidas necesarias y adecuadas para garantizar la efectividad de la obligación alimentaria."*

³⁶ Que se tratará más adelante, *infra*.

[14] *El Estado, las familias y la sociedad asegurarán, con prioridad absoluta, la protección integral, para lo cual se tomará en cuenta su interés superior en las decisiones y acciones que les conciernan.*

[15] *El Estado promoverá su incorporación progresiva a la ciudadanía activa y creará un sistema rector nacional para la protección integral de los niños, niñas y adolescentes. (Resaltados nuestros).*

Por su parte la **Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes** desarrolla ese mismo artículo constitucional en sus Arts. 4-A, 5 y 26³⁷.

Estos enunciados no requieren mayor explicación en general. **Lo que sí es necesario es devolver al niño concebido la atención y reconocimiento debidos.** Ya que se ha institucionalizado en cierta forma la no garantía de sus derechos humanos y de los que le son propios por ser niño; no obstante que sea la víctima que sufre mayores daños cuando estos se incumplen.

Reflexionemos acerca a del **alcance de los derechos constitucionales enumerados para el sujeto concreto del niño concebido y no nacido** (se señalará se cuál se habla mediante el número correspondiente entre corchetes). Aunque a continuación se hace mención de varias actividades contrarias a derecho a manera de ejemplo, ellas serán tratadas en una sección aparte, *infra*.

El concebido no solo necesita a su familia, y concretamente a sus padres, para su *desarrollo integral* [1], 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* [4]: 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, [2] 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 mismos y sujetos de derecho en cabeza propia [12]. 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.

³⁷ 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.

En Venezuela, se protege expresamente "la maternidad, en general desde el momento de la concepción, durante el embarazo, el parto y el puerperio,..." [7]. 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 [6]**. 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 procrearlo³⁸ [8].

[14] Por último, tratamos de cómo la Constitución dispone que la protección integral del niño es una "**prioridad absoluta**", y que en las acciones y decisiones que les conciernan su "**interés superior**" debe ser principio de interpretación y aplicación de la ley. Estos conceptos jurídicos se desarrollan ampliamente en la LOPNNA³⁹. Además, fueron recibidos en

³⁸ 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*.

³⁹ "**Artículo 7. Prioridad absoluta.**

"El Estado, las familias y la sociedad deben asegurar, con prioridad absoluta, todos los derechos y garantías de los niños, niñas y adolescentes, La prioridad absoluta es imperativa para todos y comprende:

"a. Especial preferencia y atención de los niños, niñas y adolescentes en la formulación y ejecución de todas las políticas públicas. b. Asignación privilegiada y preferente, en el presupuesto, de los recursos públicos para las áreas relacionadas con los derechos y garantías de los niños, niñas y adolescentes y para las políticas y programas de protección integral de niños, niñas y adolescentes. c. Precedencia de los niños, niñas y adolescentes en el acceso y la atención a los servicios públicos. d. Primacía de los niños, niñas y adolescentes en la protección y socorro en cualquier circunstancia.

"Artículo 8. Interés Superior de Niños, Niñas y Adolescentes.

"El Interés Superior de Niños, Niñas y Adolescentes es un principio de interpretación y aplicación de esta Ley, el cual es de obligatorio cumplimiento en la toma de todas las decisiones concernientes a los niños, niñas y adolescentes. Este principio está dirigido a asegurar el desarrollo integral de los niños, niñas y adolescentes, así como el disfrute pleno y efectivo de sus derechos y garantías.

"Parágrafo Primero: Para determinar el interés superior de niños, niñas y adolescentes en una situación concreta se debe apreciar: a. La opinión de los niños, niñas y adolescentes; b. La necesidad de equilibrio entre los derechos y garantías de los niños, niñas y adolescentes y sus deberes; c. La necesidad de equilibrio entre las exigencias del bien común y los derechos y garantías del niño, niña o adolescente; d. La necesidad de equilibrio entre los derechos de las demás personas y los derechos y garantías del niño, niña o adolescente; e. La condición específica de los niños, niñas y adolescentes como personas en desarrollo.

"Parágrafo Segundo: 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."

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."*

La razón de ser de esta preferencia que se hace del niño está en la consideración de "su condición específica como persona en desarrollo"⁴⁰, 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."*⁴¹ Es una exigencia legal partir de estos principios cuando se legisle o se juzgue respecto del bien del niño concebido.

V Protección legal de la mujer embarazada

Tratamos brevemente este punto por su íntima relación con el derecho a la vida, tanto de la madre como del niño. Precisamente por su relación con el derecho a la vida, el constituyente de 1999 manda a que se proteja la maternidad y la paternidad. Reza: *"La maternidad y la paternidad son protegidas integralmente, sea cual fuere el estado civil de la madre o del padre. (...) 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,..."*⁴².

Esta disposición motivó que el legislador patrio promulgara la *Ley para la Protección de las Familias, la Maternidad y la Paternidad*⁴³ en 2007. En ella, entre otras cosas, se dispuso un régimen de protección laboral de la paternidad, en función de la igualdad de deberes de ambos padres respecto de los hijos. Así se completó el régimen protector que ya existía en la legislación laboral sobre la maternidad. En 2012, la Ley del Trabajo⁴⁴ compendió las normas sobre protección laboral para los progenitores en el Título VI, sobre la *"Protección de la Familia en el Proceso Social de Trabajo"*.

En resumen, la protección de la mujer embarazada está conformada **(i)** por normas generales que protegen derechos humanos –que suponen la posibilidad de su garantía mediante amparo constitucional– y **(ii)** por la legislación laboral.

Podríamos citar los siguientes derechos previstos por la legislación laboral para mujer embarazada y para el padre del niño:

- Prohibición al patrono de exigir examen médico destinado a diagnosticar embarazo **(art. 332)**.

⁴⁰ Literal "e" del art. 7 de la LOPNNA.

⁴¹ Parágrafo segundo del Art. 7 de la LOPNNA.

⁴² Art. 76, CRBV.

⁴³ Gaceta Oficial N° 38.773 del 20 de septiembre de 2007.

⁴⁴ *Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras*, Gaceta Oficial N° 6.076 Extraordinario del 7 de mayo de 2012.

- *"La trabajadora en estado de gravidez estará exenta de realizar cualquier tipo de tarea o actividad que pueda poner en peligro su vida y la de su hijo o hija en proceso de gestación" (art. 333).*
- La embarazada deberá ser trasladada de su lugar de trabajo a otro sitio cuando se presuma que las condiciones de trabajo puedan afectar el desarrollo normal del embarazo, sin que puedan desmejorarse sus condiciones por ese motivo **(art. 334)**.
- Inamovilidad desde el inicio del embarazo y hasta dos años después del parto. Se aplica lo mismo a la trabajadora durante los dos años siguientes a la colocación familiar de niños menores de tres años **(art. 335)**.
- Descanso irrenunciable pre y post natal (6 y 20 semanas respectivamente) de la madre **(art. 336 y 337)**, remunerado por la Seguridad Social.
- Licencia por paternidad de catorce días a partir del nacimiento de su hijo o a partir de la fecha en que le sea dado en colocación familiar **(art. 339)**
- El padre goza de protección especial de inamovilidad laboral durante el embarazo de su pareja hasta dos años después del parto. Lo mismo sucede en caso de colocación familiar de niños menores de tres años **(art. 339)**.
- Descanso de la trabajadora por la adopción de un niño o niña menor de tres años, por veintiséis semanas a partir de la colocación familiar **(art. 340)**.
- Centro de educación inicial con sala de lactancia: El patrono que ocupe a más de veinte trabajadores debe mantener un centro de educación inicial que cuente con una sala de lactancia, donde se garantice la atención y formación adecuada a los hijos e hijas de los trabajadores desde los tres meses hasta los seis años **(art. 343)**. También puede acordarse, en vez del mantenimiento del centro por cuenta del empleador, el pago de la matrícula de los niños en cuestión en una institución análoga **(art. 344)**.
- *"No se podrá establecer diferencia entre el salario de la trabajadora en estado de gravidez o durante el período de lactancia y el de las o los demás que ejecuten un trabajo igual en la misma entidad de trabajo" (art. 346).*
- Protección especial en caso de discapacidad o enfermedad: el trabajador que tenga uno o más hijos con alguna discapacidad o enfermedad que le dificulte valerse por sí mismo, estará protegido de inamovilidad laboral en forma permanente **(art. 347)**.

VI Actividades contra Derecho

En esta parte del trabajo nos dedicamos a analizar varias actividades que atentan no solo contra el derecho a la vida del concebido, sino también contra los otros derechos estudiados que se reconocen al niño.

1. El aborto provocado

En Venezuela el aborto es regulado como tipo penal por el capítulo IV "Del aborto provocado"⁴⁵ del Código Penal venezolano⁴⁶.

Se tipifican diversos casos de aborto provocado además de otras circunstancias agravantes y atenuantes y una de no punibilidad⁴⁷:

⁴⁵ Del Título IX "De los delitos contra las personas" del Libro Segundo "De las diversas especies de delito"

⁴⁶ Del 13 de abril de 2005, en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela Nº 5.763 Extraordinario.

⁴⁷ Del Código Penal:

"CAPÍTULO IV "DEL ABORTO PROVOCADO"

"**Artículo 430.** La mujer que intencionalmente abortare, valiéndose para ello de medios empleados por ella misma, o por un tercero, con su consentimiento, será castigada con prisión de seis meses a dos años.

"**Artículo 431.** El que hubiere provocado el aborto de una mujer, con el consentimiento de ésta, será castigado con prisión de doce a treinta meses.

Si por consecuencia del aborto y de los medios empleados para efectuarlo, sobreviene la muerte de la mujer, la pena será de presidio de tres a cinco años; y será de cuatro a seis años, si la muerte sobreviene por haberse valido de medios más peligrosos que los consentidos por ella.

"**Artículo 432.** El que haya procurado el aborto de una mujer, empleando sin su consentimiento o contra la voluntad de ella, medios dirigidos a producirlo, será castigado con prisión de quince meses a tres años. Y si el aborto se efectuare, la prisión será de tres a cinco años.

"Si por causa del aborto o de los medios empleados para procurarlo, sobreviniere la muerte de la mujer, la pena será de presidio de seis a doce años.

Si el culpable fuere el marido, las penas establecidas en el presente artículo se aumentarán en una sexta parte.

"**Artículo 433.** Cuando el culpable de alguno de los delitos previstos en los artículos precedentes sea una persona que ejerza el arte de curar o cualquiera otra profesión o arte reglamentados en interés de la salud pública, si dicha persona ha indicado, facilitado o empleado medios con los cuales se ha procurado el aborto en que ha sobrevenido la muerte, las penas de ley se aplicarán con el aumento de una sexta parte.

"La condenación llevará siempre como consecuencia la suspensión del ejercicio del arte o profesión del culpable, por tiempo igual al de la pena impuesta.

"No incurrirá en pena alguna el facultativo que provoque el aborto como medio indispensable para salvar la vida de la parturienta.

1. el procurado por la propia mujer embarazada (Art. 430);
2. el provocado por tercera persona con consentimiento de la embarazada (Art. 431);
3. el provocado por tercera persona sin el consentimiento de la embarazada (Art. 432);
4. prevé el supuesto en que además del aborto se causa la muerte de la embarazada (Arts. 431 y 432);
5. hay agravante si la tercera persona de los Arts. 431 y 432 fuere el marido⁴⁸ de la embarazada (Art. 432 *in fine*);
6. hay agravante si el culpable de los delitos en los Arts. 430 al 432 fuere facultativo de la salud (Art. 433);
7. supuesto de no punibilidad para "el facultativo que provoque el aborto como medio indispensable para salvar la vida de la parturienta" (Art. 433 *in fine*);
8. hay atenuante si el aborto fue cometido por causa de salvar la propia honra o el honor de su esposa, madre, descendiente, hermana o hija adoptiva (Art. 434).

a. Consideraciones comunes a todos los casos

Sobre la definición dice José Rafael Mendoza T. que "...el aborto es la interrupción maliciosa del proceso fisiológico de la preñez." y enseguida aclara que "El proceso de la preñez comprende todo el tiempo que media entre la fecundación y el alumbramiento, y en esto difiere el **concepto jurídico** del aborto y su **concepto médico**..."⁴⁹ La doctrina de este autor es concorde con lo que luego se dispondría en cierta forma en el Pacto de San José, en la Constitución de 1999 y especialmente en la LOPNNA de 1998: "Esta Ley tiene por objeto garantizar a todos los niños (...) el ejercicio y el disfrute pleno y efectivo de sus derechos y garantías (...) **desde el momento de su concepción.**"⁵⁰

Sobre la naturaleza del delito de aborto, por todo lo dicho anteriormente, debe decirse que es un delito cuya víctima es el concebido; el objeto del delito es la vida del concebido. Además el legislador venezolano lo coloca entre los *delitos contra la persona*. Y es esta la realmente adecuada a la naturaleza del supuesto, según la opinión de Francesco Carrara⁵¹. No podría concebirse de otra forma toda vez que el

"Artículo 434. Las penas establecidas en los artículos precedentes se disminuirán en la proporción de uno a dos tercios y el presidio se convertirá en prisión, en el caso de que el autor del aborto lo hubiere cometido por salvar su propio honor o la honra de su esposa, de su madre, de su descendiente, de su hermana o de su hija adoptiva."

⁴⁸ Para el resto del trabajo hay que tener presente que la CRBV dispone en su art. 77 que "Se protege el matrimonio entre un hombre y una mujer, fundado en el libre consentimiento y en la igualdad absoluta de los derechos y deberes de los cónyuges. **Las uniones estables de hecho entre un hombre y una mujer que cumplan los requisitos establecidos en la ley producirán los mismos efectos que el matrimonio.**" (subrayado nuestro). Es decir, que los concubinos en esos términos tendrán las mismas prerrogativas que los casados, y donde se lea "marido" o "esposa" cabe decir, *mutatis mutandis*, "concubinos"

⁴⁹ Mendoza T., José Rafael.; *Curso de Derecho Penal Venezolano*, tomo VII, 1ª ed. Caracas, 1964. p. 65

⁵⁰ Art. 1

⁵¹ Citado por Mendoza T., José Rafael. en *ob. cit.*; p. 71, nota 2.221.

ordenamiento legal venezolano tiene al niño como persona que merece protección desde el momento de su concepción.

Los elementos de este delito son cuatro⁵²:

(a) **La existencia de un embarazo** en los términos señalados; por lo que este requisito se puede redactar así: **que haya habido fecundación y el aborto sea hecho entre la fecundación y el nacimiento.**

(b) **La interrupción del proceso fisiológico.** Es decir, que lo esencial no es la expulsión del útero, sino que ocurra la muerte del concebido, su destrucción.

(c) **El empleo de medios idóneos destinados a abortar.** Como medios mecánicos, quirúrgicos, medicamentos, etc.

(d) **Intención de cometerlo.** Se refiere al dolo que debe haber en todo delito.

Por otra parte es de notar que la pena por aborto según el Código Penal es de entre seis meses y dos años para el caso "1"; de entre doce a treinta meses para el caso "2"; y de entre tres a cinco años en el caso "3" (siendo estos los casos en los que la única víctima es el concebido). Contrasta con las penas por los delitos de homicidio (de doce a dieciocho años⁵³) o de filicidio –más similar aún– (de veintiocho años a treinta años⁵⁴). Lo atribuimos a que para la fecha en que se redactó este artículo –1889⁵⁵– no se conocía con certeza cómo se desarrollaba la vida del concebido desde los primeros momentos, incluso autores hablan del concebido como persona incompleta e incierta. Esta duda científica no existe hoy en día. La medicina ya ha dicho mucho sobre estos temas, y el Derecho penal tendría que adaptarse a la mejor comprensión de la realidad que hoy se tiene. Ofrecemos a continuación un extracto significativo de una publicación médica:

El cigoto [el concebido, justo después de la fecundación] es un ser humano, con el programa activado para llegar a constituirse en un organismo adulto. El engendrar de los padres, o la fecundación artificial, iniciada con el mutuo reconocimiento y la mutua activación de los gametos paterno y materno, maduros y en el medio adecuado, acaba tras un delicado proceso, en la formación de una célula con un fenotipo característico, el cigoto, o individuo que inicia su ciclo vital. El cigoto es la única realidad unicelular totipotente capaz de desarrollarse a organismo completo. el cigoto es más que la fusión del gameto aportado por el padre y el aportado por la madre. Los diversos

⁵² Mendoza T., José Rafael. en *ob. cit.*; p. 72

⁵³ Art. 405 del Código Penal.

⁵⁴ Art. 406 *ibídem*.

⁵⁵ el Art 430 del Código Penal venezolano vigente "es copia del Art. 381 del Código Penal italiano de 1889, que tuvo antecedentes en el art. 501 del Código Penal sardo italiano de 1859 y el 321 del toscano de 1853" en Mendoza T., José Rafael., *ob. cit.*, p.76

componentes del interior celular se han de ordenar de forma adecuada para la primera división, con la que empieza a desarrollarse, convirtiéndose en embrión bicelular. La célula con el fenotipo cigoto está dotada de una organización celular que la constituye en una realidad propia y diferente de la realidad de los gametos, o materiales biológicos de partida. O dicho de otra forma: la célula con fenotipo cigoto es un viviente y no simplemente una célula viva.

Durante las horas que siguen a la fusión de ambas células, el material genético de los dos progenitores se prepara y también la membrana celular (mediante la fusión de fragmentos de diferentes tipos de membranas del espermio y del óvulo), para dar la membrana peculiar del cigoto mediante la modificación de su estructura y en su composición química; y los componentes intracelulares se organizan de tal forma que el cigoto resultante, lejos de ser una esfera simétrica, es polar y tiene trazados los ejes que establecerán pasado el tiempo la estructura corporal: ejes cabeza-cola y dorso-ventral.⁵⁶

El aborto según el sentido común es filicidio. Y aunque muchas veces es inculpable por la ignorancia de los implicados –debida a una opinión pública deformada o a políticas públicas deshonestas o a indicaciones médicas negligentes– ; otras muchas es un delito contra la propia descendencia, alevoso, contra una persona indefensa, no nacida.

b. Casos particulares

Los casos particulares del aborto no agregan demasiado a la comprensión del problema ni ponen en duda que se proteja la vida del concebido.

El caso "7" –supuesto de no punibilidad para "el facultativo que provoque el aborto como medio indispensable para salvar la vida de la parturienta" (Art. 433 *in fine*)– , sin embargo, necesita una explicación detenida por la posibilidad de que sea mal interpretado; con base en criterios ajenos a la voluntad del legislador o parciales.

Este acto del profesional de la salud no es delito por la ausencia de dolo, imprescindible en todo tipo penal, determinada [esta ausencia] por el **estado de necesidad de salvar una vida o la otra**. No se menosprecia en ningún momento el derecho a la vida del concebido.

Así lo explica Francisco Ochoa: "esta exclusión de responsabilidad es evidente, porque no puede haber delito donde no ha habido intención de producir un mal"⁵⁷ José Rafael Mendoza comparte con Francesco Carrara la doctrina de que "aquí surge con toda claridad el **estado de necesidad**, situación que exige el sacrificio de una vida para salvar otra..." y de que "el jurista no puede encontrar [aquí] elemento de dolo ni de

⁵⁶ En Monge, Miguel Ángel (Ed.); *Medicina Pastoral*; cap. II: *La vida biológica del hombre*; por López Moratalla, Natalia; 3ª edición, Pamplona, 2003. p. 88.

⁵⁷ Comentando la disposición correspondiente del Código Penal venezolano de 1873 (Art. 365) en Ochoa, Francisco; *Exposición del Código Penal Venezolano*; Maracaibo, 1888; N° 410, p. 401. citado en Mendoza T., José Rafael., *ob. cit.*, p 96

culpa. La prohibición de matar está subordinada a la excepción de la necesidad."⁵⁸ "La causa de justificación es **salvar la vida de la parturienta.**"⁵⁹

2. Procreación artificial "PA"

Lo primero que alguien puede preguntarse después de leer este subtítulo –sobre un tema tan sensible– es ¿qué puede tener de *antijurídico*?

En la PA hay un actor que es principal que no suele ser tomado en cuenta: **el niño concebido artificialmente.**

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 constitucionales⁶⁰, legales y sublegales relativas al caso. Nos valemos en gran parte de la opinión del jurista argentino Roberto Andorno⁶¹. Vale decir que por cuanto el uso de las biotecnologías en la PA no ha sido regulado ni específicamente ni satisfactoriamente por la ley venezolana⁶², adquiere una importancia primordial la doctrina jurídica pertinente.

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**"⁶³.

⁵⁸ Mendoza T., José Rafael., *ob. cit.*, pp. 98 y 99.

⁵⁹ Mendoza T., José Rafael., *ob. cit.*, p. 100.

⁶⁰ Principalmente las tratadas en las pp. 9-11, *supra*.

⁶¹ En *La distinction juridique entre les personnes et les choses à l'épreuve des procreations 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 las 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.

⁶² Existen dos disposiciones en la *Ley para la Protección de las Familias, la Paternidad y la Maternidad*, concretamente en sus artículos 10 y 20 en los que se manda que (i) el Estado proporcione y difunda programas sobre derechos sexuales y reproductivos, incluyendo estrategias de planificación familiar [Art. 19] y (ii) que el Ministerio –órgano el Poder Ejecutivo– con competencia en materia de Salud proporcione servicios de reproducción asistida.

Sobre la constitucionalidad y alcance de estas normas se hablará al final de la sección sobre PA, *infra*.

⁶³ Aquí se hace un breve enfoque del tema. Para su profundización véase la obra ya citada en la nota anterior de Andorno, R.

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>."*⁶⁴

Partiendo del texto recién citado y de lo anteriormente dicho concluimos que:

- (i) La **cosa** es algo per se "instrumental".
- (ii) La **persona** es el centro del Derecho.
- (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 libremente en busca de la felicidad) constituye una conducta antijurídica e irrespetuosa ante 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 relacionados⁶⁵– 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 una o 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 vida⁶⁶.

⁶⁴ Andorno, R. en *ob. cit.*, punto 56., p. 34-35.

⁶⁵ **"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.

⁶⁶ 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.

Antes de hacer referencia a las violaciones puntuales de derecho, hay que discutir 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.

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 por el cual fue encargada su manufacturación.

No nos alejamos con estas disertaciones de un análisis jurídico, aunque también sea moral, sino que ilustramos la realidad bajo estudio. De hecho la naturaleza de estas realidades es la razón fundamental de la protección dada con el reconocimiento de los derechos ya estudiados: el derecho a la vida de toda persona, inviolable⁶⁷; el de "*vivir, criarse y desarrollarse en el seno de la familia de origen*"⁶⁸, y todos los que la ley venezolana garantiza al niño "*desde el momento de su concepción*"⁶⁹. Además, no es esta una manera responsable de paternidad y maternidad aquella que somete al hijo(a) una situación tal.

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 hijo⁷⁰.

La filiación es, pues, la relación de parentesco entre los progenitores y el hijo, por consanguinidad de primer grado en línea recta⁷¹. 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).

⁶⁷ Art. 43, CRBV.

⁶⁸ Art. 75, CRBV.

⁶⁹ Art. 1, LOPNNA.

⁷⁰ FLH, p. 298. tomo II.

⁷¹ FLH, p. 295, tomo II.

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**⁷².

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 biológica⁷³), **(iv)** de la obligación de criar, formar, educar, mantener y asistir al hijo⁷⁴.

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.*"⁷⁵. **La adopción no implica que la filiación de las personas pueda estar sometida al principio de autonomía de la voluntad**, al consentimiento inmotivado de unos padres biológicos en favor de unos potenciales adoptantes; 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*"⁷⁶ que tiene su fundamento en el interés superior de la persona del niño.

* * *

Podemos concluir, por lo ya dicho, que todas las técnicas de PA que violen los derechos humanos y constitucionales así como otras disposiciones legales de orden público en materia de familia, tendrían que proscribirse. López Herrera es de la opinión de que los contratos relacionados con la PA son nulos por contrarios al orden público y a las buenas costumbres, en concreto, por que atentan contra la dignidad humana al traficarse las "simientes de la vida", al darse la concepción de embriones supernumerarios que no se implantarán, etc.⁷⁷ Sólo excluye el supuesto de inseminación artificial homóloga, que sería válido en Derecho entre esposos.

⁷² 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.

⁷³ 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.**"

⁷⁴ *Ibidem*.

⁷⁵ LOPNNA, Art. 425.

⁷⁶ LOPNNA, Art. 406.

⁷⁷ López Herrera, Francisco; en *Derecho de Familia*; 2da ed. actualizada. Caracas, 2006. En el aparte "Análisis de los actos jurídicos en cuestión", sobre "Nuevas técnicas para originar vida humana"; tomo II., pp. 455-472.

Lesiones concretas al derecho a la vida del concebido.

Ahora ofrecemos varios casos específicos –en Venezuela– de violaciones contra derecho asociados a la PA. Es de notar que estas actividades lesivas (i) o forman parte intrínseca de la PA (ii) o no sería posible llevarlas a cabo fuera del contexto de la PA.

a. Sometimiento del niño a un riesgo altísimo y cierto de muerte.

En los casos de fertilización in vitro y todos los procedimientos análogos o que la suponen ("ICSI", vientre en alquiler, etc.); es decir, que provocan artificialmente la fecundación y fuera del cuerpo de la madre, es evidente que la gran mayoría de los embriones-niños concebidos que se obtienen son impedidos de desarrollarse. Esto por varias razones. (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.⁷⁸ (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.

La exactitud en los números no es determinante para el presente trabajo. **Lo cierto es que el planteamiento de concebir niños artificialmente es colocar a esos niños, personas desde la concepción, en un riesgo *altísimo* y *cierto* de muerte.**

Esto es o puede ser conocido fácilmente por los demandantes de estos servicios y por los médicos que los prestan. En consecuencia, estos no buscan al hijo en sí mismo, sino tener un hijo cualquiera de los muchos que serán concebidos artificialmente, sin importar los demás. Esta actitud, podría configurar el dolo requerido en el delito de aborto, ocurriendo además en la mayoría de los casos la concreción del daño: la muerte del concebido.

b. "Depósito"-criopreservación de embriones.⁷⁹

Los embriones sobrantes en un ciclo de FIV o similares, son criopreservados en nitrógeno líquido. Son utilizados en futuros ciclos o son "donados". Incluso se congelan embriones en vista de que los padres serán sometidos a tratamientos médicos causantes de infertilidad, como quimioterapia o radioterapia.

⁷⁸ Por ejemplo en el *Centro Médico Docente La Trinidad "CMDLT"* 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.

⁷⁹ 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.livv.com/metodo.html#linea6>.

Sobre este caso hay que decir: (i) que la persona humana no es un objeto lícito de "depósito" (sobre la ilicitud de la contratación que tenga por objeto personas o gametos se discutirá *infra*). (ii) Mucho menos mediante un congelamiento controlado que trunca su desarrollo: se suspende su derecho a la vida, y se le somete a que probablemente muera luego, dado que la capacidad de implantación del embrión luego de la criopreservación disminuye con certeza⁸⁰.

(iii) Los padres tienen por ley obligaciones y responsabilidades frente a sus hijos. La Patria Potestad –derivada de los derechos humanos estudiados– constituye un conjunto de derechos y deberes de los padres en relación a los hijos que tiene por objeto el cuidado, desarrollo y educación integral de los hijos⁸¹: además sin el adecuado ejercicio de la Patria Potestad se pone en peligro grave la vida del concebido. La Patria Potestad no es disponible, es asunto de orden público. Ergo, los padres no pueden, en Derecho, suspender sus deberes de ley mediante un contrato de depósito, menos aún en las condiciones del caso, que determinan el daño grave o la muerte del hijo.

c. "Donación" de embriones.⁸²

Consta en portales web de clínicas con servicio de FIV que ofrecen la posibilidad de transferir a una mujer un embrión con gametos de otra pareja ajena; sobre la "donación" o "negocio" que se diera con el embrión las dos parejas (receptora y oferente) acordarían libremente el asunto.

Los problemas de Derecho son básicamente los mismos del apartado "b" anterior, sobre "depósito" de embriones.

d. Selección de sexo o de embrión saludable por Diagnóstico Genético Preimplantacional "DGP"⁸³.

⁸⁰ Cf. "Assisted Reproductive Technology Success Rates" en los EE.UU. de 2004: <http://ftp.cdc.gov/pub/publications/art/2004ART508.pdf>.

⁸¹ Art. 347, LOPNNA.

⁸² Sucede por ejemplo en Fertilab. Las web expositiva es: <http://www.fertiaguerrevere.com/donacion-de-gametos>.

⁸³ "Pre-implantation genetic diagnosis (PGD) is an established alternative to pre-natal diagnosis, and involves selecting pre-implantation embryos from a cohort generated by assisted reproduction technology (ART). This selection may be required because of familial monogenic disease (e.g. cystic fibrosis), or because one partner carries a chromosome rearrangement (e.g. a two-way reciprocal translocation). PGD is available for couples who have had previous affected children, and/or in the case of chromosome rearrangements, recurrent miscarriages, or infertility. Oocytes aspirated following ovarian stimulation are fertilized by in vitro immersion in semen (IVF) or by intracytoplasmic injection of individual spermatozoa (ICSI). Pre-implantation cleavage-stage embryos are biopsied, usually by the removal of a single cell on day 3 post-fertilization, and the biopsied cell is tested to establish the genetic status of the embryo. Fluorescence in situ hybridization (FISH) on the fixed nuclei of biopsied cells with target-specific DNA probes is the technique of choice to detect chromosome imbalance associated with chromosome rearrangements, and to select female embryos in families with X-linked disease for which there is no mutation-specific test. FISH has also been used to screen embryos for sporadic chromosome aneuploidy (also known as PGS or PGD-AS) in order to try and improve the efficiency of assisted reproduction; however, due to the unacceptably low predictive accuracy of this

La selección de sexo ocurre cuando luego de haber sido fecundados cantidad de óvulos, se toman una o dos células del blastocisto (embrión) y se examinan por método FISH ("hibridación fluorescente in situ"). Así se obtiene un análisis cromosómico más o menos completo, según se quiera. Entonces ocurre la **selección** de cual embrión se va a transferir y cual no. Esta técnica de DGP sume que de manera cierta alrededor del 20% de los embriones a los que se le realice el estudio degeneran y mueren. Copiamos textualmente de la web de una clínica en Venezuela, las llamadas por ellos "limitaciones" del DGP; que más bien son males concomitantes a tal estudio:

- *"No se debe realizar un ciclo de DGP si no se dispone de un número mínimo de 10 ovocitos.*
- *"Existe un porcentaje de embriones que no resisten la Biopsia embrionaria y que degeneran o detienen su desarrollo.*
- *"El 80 % de los embriones biopsiados llega a Blastocisto [es decir, que son los que se desarrollan].*
- *"El DGP no es una alternativa al diagnóstico prenatal, sino como opción de reducir al máximo la probabilidad de iniciar gestaciones de fetos portadores de anomalías genéticas."*

Se afirma expresamente en la cita que el DGP tal como se utiliza es un estudio **eugenésico**, que busca que nazcan solo los niños que parezca conveniente: o porque es el niño del sexo deseado o porque no es probable que sufra alguna enfermedad.

El ordenamiento jurídico caracteriza al niño como persona, fin en si mismo, sujeto pleno de Derecho y beneficiario de una protección especial. **Esta actividad eugenésica hace patente como se toma al niño como medio para satisfacer una "necesidad" –fútil, por otra parte– , similarmente a como se exige un producto hecho a la medida:** en ningún caso como niño, cuya dignidad es independiente de su condición sexual o de salud.

También es este un caso más en donde se evidencia que en los procesos de FIV y análogos **mueren niños concebidos como consecuencia de actividades realizadas sobre ellos, por parte del equipo técnico, con la certeza de que se atenta contra su vida.** Se configura así el dolo del delito de aborto.

e. "Alquiler" de vientres.

Esta actividad concreta es de las más complejas, que se puede resumir así: una mujer da a luz a un niño concebido in vitro con gametos de otra pareja⁸⁴ con el fin de entregarle a la pareja que –disponiendo que su hijo fuera gestado por aquella– la ha contratado para ello.

Implica (i) violación de derechos del niño y (ii) de la madre gestante.

test using FISH, it is not recommended for routine clinical use." en US National Library of Medicine National Institutes of Health; <http://www.ncbi.nlm.nih.gov/pubmed/20809319>.

⁸⁴ 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.

Los sujetos intervinientes en esta conducta son los padres "biológicos", la mujer que es arrendada, y a veces una institución intermediaria.

i. Lo primero que hay que aclarar, es 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...*"⁸⁵; tiene derecho a "*vivir, ser criado y desarrollarse en su familia de origen*". Estos derechos suponen unos **deberes en los padres**, que son protegidos como de orden público: "***El padre y la madre tienen deberes, responsabilidades y derechos compartidos, iguales e irrenunciables de criar, formar, educar, custodiar, vigilar, mantener y, asistir material, moral y afectivamente a sus hijos e hijas.***"⁸⁶

El niño, como persona distinto de una cosa, **no es objeto disponible**, mediante alguna convención, gratuita u 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 transferir por voluntad de las partes su deber de criar – concretado ahora en el deber de gestación de la madre– **renuncia y dispone** de sus deberes maternos, cosa que es imposible jurídicamente. 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 latente una noción de maternidad que concibe todas las etapas como una unidad, la cual es protegida⁸⁷. Personalmente, diferimos de que se llame "maternidad biológica" solo a la relativa al 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.*"⁸⁸ 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 CCV: "*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 ello no quita que ambas situaciones conformen la maternidad.

⁸⁵ Convención Sobre los Derechos del Niño (1989)

⁸⁶ LOPNNA; Art. 5.

⁸⁷ No se quiere decir aquí que esa haya sido la intención del constituyente, pero sí que una noción holística de la maternidad es la más acorde a realidad de la familia y al interés superior del niño concebido.

⁸⁸ Diccionario de la Real Academia Española.

No es acorde a Derecho someter al niño a una situación tal respecto de su identidad y su filiación. De hecho, hay casos de litigios judiciales 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 parto⁸⁹. Insistimos en que no se ha llegado a una comprensión profunda del asunto con estas decisiones.

ii. 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 sobretudo 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. 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"*⁹⁰.

f. "Donación" anónima, "Compraventa" y "Depósito" de gametos: paternidad y maternidad anónimas.

López Herrera, sobre el particular de la legitimidad de los actos jurídicos tendentes a la "donación y compraventa de óvulos o de semen"⁹¹ afirma que son **nulos por su objeto** (1.155 CCV) **y por su causa** [final] (1.157 CCV), que contrarían el orden público y las buenas costumbres de las maneras siguientes:

- Su **objeto** consiste en los gametos. Sobre ello dice el recién citado autor *"...así como la persona humana está fuera de comercio, (...), y, por ende, no puede ser objeto de donación ni de venta, debe admitirse que algo similar tiene que acontecer con el germen de la vida que cada mujer y cada hombre llevan en sí. No es ni puede ser considerado este como un caso similar a la donación o a la venta de otros órganos (...), que si bien conciernen a la conservación o al mejoramiento de la vida, nada tienen que ver con la reproducción del individuo, ni con las responsabilidades morales y legales que ello implica."*⁹²
- Su **causa final** es la disposición ilegal e inmoral de los deberes y derechos del "donante" sobre los hijos que serán concebidos con sus gametos, en favor de los "contratantes" receptores del niño; valiéndose para ello del anonimato del donante

⁸⁹ 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.

⁹⁰ Andorno, ob. cit., N° 466, p. 261.

⁹¹ López Herrera, Francisco; ob. cit.; Tomo II, p. 460.

⁹² *Ibidem*, p. 461.

(escudo frente a la posible inquisición de paternidad). Sobre los males de tal tipo de finalidad se habla en el literal "g." siguiente.

Sobre el contrato de depósito de los gametos ("banco de semen y óvulos") hay que decir que este adolece de los mismos males y nulidad, por compartir mismos objeto y causa.

g. PA en ausencia de uno 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 contratante⁹³ 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 de como se desea la paternidad o la maternidad como bienes "superiores" al bien del niño por concebir.

El caso "(i)", se da por antonomasia en la **FIV o la FAHo. realizada con gametos del marido o concubino muerto**. Así ocurrió en el caso "Y. Nuñez"⁹⁴ en la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, quien mediante amparo constitucional logra que se le permita realizar una FIV con gametos de su marido difunto. Aparte de los varios errores de fondo que posee la sentencia, empezando por sus análisis fuera de lugar por *ultra petita*⁹⁵, su principal desenfoque 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* relativos a su padre, justificándose ello en que hay una manifestación de voluntad del marido –en vida– que implica su consentimiento en que su mujer sea fertilizada luego de su muerte.

Sobre el caso "(ii)", sucede que las clínicas que ofrecen FIV también publicitan la siguiente posibilidad, citamos: *"También acuden a nuestra unidad mujeres solteras que no han podido llevar a cabo su proyecto reproductivo o mujeres que simplemente no consideran una pareja masculina en su ecuación de vida."*

En resumen, ambas prácticas han de ser prohibidas por cuanto suponen una **disposición** de los derechos humanos del niño ha ser así concebido.

h. Elección de las características de los gametos.

Es una consecuencia directa del punto "f." *supra*, y consiste en una PA heteróloga, **que tiene por finalidad escoger el fenotipo del futuro niño**. Es una conducta que trae consigo los males de la "Donación" anónima, "Compraventa" y "Depósito" de gametos; además del mal

⁹³ La persona que solicita la PA.

⁹⁴ Decisión de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en fecha 27/07/2006, Sentencia N° 1456.

⁹⁵ Así es afirmado en la propia sentencia por el Magistrado Pedro R. Rondón H. en su voto salvado.

propio de disponer de los derechos y deberes relativos a la procreación en aras de que se obtenga el producto-niño con el aspecto deseado.

Por ejemplo en una unidad de PA en Caracas, se dice lo siguiente en su web:

*"cuenta con donantes de óvulos (servicio de donación de óvulos) sanas, con edades comprendidas entre los 20 a 25 años y con óvulos de excelente calidad. Nuestros donantes de semen (servicio de donación de semen) son adquiridos vía www.allucryobanks.com, son donantes igualmente de carácter anónimo y la pareja o paciente **contará con un catálogo mediante el cual podrá escoger las características físicas que desea para su bebé.**"*⁹⁶ (Subrayado nuestro).

* * *

Legislación y jurisprudencia relacionada a la PA.

Si bien hay varias normas legales que asumen a las técnicas de PA como un hecho, y luego disponen alguna u otra cosa, no existe una ley que –como manifestación de una voluntad del legislador de *comprender una realidad* para luego *normarla*– regule la realidad de la PA.

Para ofrecer una breve análisis sobre el derecho positivo en torno al tema, nos valdremos de la exposición de dos decisiones relevantes como método, y del tratamiento de la ley que en ellas se hace.

Decisión 1. El 27 de julio de 2006, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia sentenció en el caso "Yamilex Nuñez de Godoy". La pretensión de la actora era que se completara el ciclo de FIV en su persona con gametos de su marido difunto criopreservados. La pretensión fue declarada con lugar, fundamentándose el derecho de la accionante en **(i)** un así llamado **derecho a procrear** y **(ii)** en la **manifestación de voluntad en vida del marido difunto** de que se realizara la FIV.

Tal derecho a procrear fue fundamentado en el "derecho a la protección integral de la maternidad y paternidad" del Art. 76 CRBV.

Y la fuerza jurídica de la manifestación de voluntad dada en vida por el marido difunto fue fundamentada en la disposición del art. 1 de la *Ley sobre Transplante de Órganos y Materiales Anatómicos en Seres Humanos* de 1992:

*"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."*

Decisión 2. El 9 de enero de 2013 el "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" sentenció el caso "Lyrruth

⁹⁶ En <http://www.fertiaguerrevere.com/donacion-de-gametos>.

Pérez y Antonio Vaccaro vs. Jamileth Barboza". Se trató de 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 como:

(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, esperma y 'óvulos' (art. 1)."*

(iii) *" En conclusión, considera ésta juzgadora que en el presente caso la maternidad "subrogada", es válido, 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."*

(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."*

* * *

En la primera decisión resumida se concreta un ejemplo del literal "g" tratado *supra*⁹⁷. En ningún momento se valoran el derecho a la vida del concebido ni su carácter de niño y sujeto pleno de derechos. Obviándose así la garantía debida a derechos humanos consagrados en la CRBV y en la LOPNNA, ya tratados.

En la segunda sentencia analizada, aunque se menciona en oportunidades el interés superior del menor –punto fundamental para un correcto análisis jurídico–, adolece de contradicciones serias.

En conclusión urge una legislación que surja de un estudio profundo de la realidad de la PA, y que deberá estar guiada –so pena de nulidad– por los derechos humanos señalados en los subtítulos del "II." al "IV." de este trabajo.

* * *

Por otra parte, existen cuatro normas que regulan aspectos en torno a la PA, pero sin entrar al fondo del asunto:

⁹⁷ en "Lesiones concretas al derecho a la vida del concebido."

1. Art. 204 del **Código Civil**: *"El marido no puede desconocer al hijo alegando su impotencia, a menos que sea manifiesta y permanente. // El desconocimiento no se admitirá, aun en ese caso, cuando la concepción ha tenido lugar por la inseminación artificial de la mujer con autorización del marido."*

Aquí, sobretodo se protege el establecimiento de la paternidad de los niños concebidos en matrimonio, si hubo inseminación artificial. Para nada se pretende regular ampliamente la PA, ni tiene por fin de la norma reconocerla como lícita.

2. Art. 20 de la **Ley para la Protección de las Familias, la Maternidad y la Paternidad**⁹⁸ de 2007: *"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).

Esta es la norma que más directamente regula las PA, en el sentido de que **determina que se preste ese servicio** en las entidades de salud públicas, como de hecho sucede. Esta ley especial, se propone desarrollar la protección a la paternidad y maternidad consagrada en la Constitución, ya estudiada. Opinamos que parte de un supuesto falso: asumir como lícita la "reproducción asistida"; además sin partir de un análisis de esa realidad ni de las consecuencias jurídicas y sociales o de las actividades contra Derecho que se ocasionan. No se explica en ningún punto de la ley qué es "reproducción asistida", ni qué prácticas se dispone que se incluyan en ese "servicio".

Más aun, se soporta esta norma en un objetivo: *"garantizar el derecho a la maternidad y a la paternidad"*. Es contradictorio, pues, como se ha mostrado a lo largo del presente escrito, las PA suponen enarbolar los derechos de los padres, obviando tanto los derechos del niño como los correlativos deberes paternos.

Consideramos que –en vista de las actividades contra derecho analizadas– esta norma viola el derecho humano del niño concebido a la vida, y por tanto el orden público y las buenas costumbres. En ese sentido, López Herrera, en el año 2006 (un año antes de la promulgación de la norma bajo estudio) dice 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 esposa] de la esposa con esperma 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."*⁹⁹

3. Art. 1 de **Ley Sobre Donación y Trasplante de Órganos, Tejidos y Células en Seres Humanos**¹⁰⁰: *"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*

⁹⁸ Gaceta Oficial N° 38.773 del 20 de septiembre de 2007.

⁹⁹ López Herrera, Francisco; ob. cit.; tomo II, p. 464-465.

¹⁰⁰ En Gaceta Oficial N° 39.808 del 25 de noviembre de 2011.

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 esperma, así como la sangre y sus componentes, excepto células progenitoras hematopoyéticas."

La exclusión que en esta norma se hace 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 géneris; muchos más lo serán los tejidos humanos que contienen en sí la potencialidad de procrear a **un ser humano completo**.

Por ello, se hace evidente que hay un vacío legislativo, en el sentido de que se evitó dar el mismo régimen a los gametos que a los órganos, pero no se ha establecido el régimen propio de los gametos.

En favor de esto aparece la reforma que al art. 1 de la *Ley sobre Transplante de Órganos y Materiales Anatómicos en Seres Humanos* de 1992 se hizo en 2011.

Antes, el aparte del artículo que excluía a los gametos del régimen general para órganos humanos establecía: *"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."* (Subrayado nuestro).

De ahí se podría entender que la disposición de los gametos solo estaba sometida a convención expresa entre las partes. Así sucede en el citado caso "Yamilex Nuñez" en 2006, antes de la reforma.

Esa interpretación era también errónea, por cuanto de una lectura holística de la ley en cuestión se desprende que no podían existir **donantes** ni **receptores** de gametos, como lo hay de sangre, dado que en ese texto legal se define donante y receptor en los términos siguientes:

*"Art. 2 (...) 3) DONANTE: El ser humano a quien, durante su vida o después de su muerte, bien sea por su propia voluntad o la de sus parientes, se le extraen órganos, tejidos, derivados o materiales anatómicos **con el fin de utilizarlos para transplante en otros seres humanos, o con objetivos terapéuticos**. 4) RECEPTOR: El ser humano, en cuyo cuerpo podrán implantarse órganos, tejidos, derivados o cualquier otro material anatómico **mediante procedimiento terapéuticos**"* (Resaltado nuestro).

Del **fin** que la ley de 1992 otorga al acto de donación de órganos se entiende que no hay lugar para un donante de gametos, porque estos **no son destinados a trasplante o a objetivos terapéuticos respecto del receptor**: sino que cuando se donan gametos para las técnicas de PA estos se destinan a **dar inicio a una nueva vida humana**.

4. Art. 40 de la **Ley Orgánica Contra la Delincuencia Organizada y Financiamiento al Terrorismo**¹⁰¹: "*Manipulación genética ilícita: Quien como parte integrante de un grupo de delincuencia organizada manipule genes humanos, será penado o penada con prisión de seis a diez años. Si fecunda óvulos humanos con fines distintos a la procreación o terapéuticos o realiza actos de clonación u otros procedimientos dirigidos a la modificación genética, será penado o penada con prisión de ocho a doce años. // Si utiliza la ingeniería genética para producir armas biológicas o exterminadoras de la especie humana, será penado o penada con prisión de veinticinco a treinta años de prisión.*" (Subrayado nuestro).

La norma tiene un fin protector frente a una actividad concreta, i.e. la manipulación genética ilícita. No tiene por objeto la calificación como lícita de las PA.

3. Anticoncepción de emergencia, "AE"

La llamada AE consiste en el uso de distintos medios farmacológicos tendentes evitar que el desarrollo del concebido continúe.

La analizaremos primero en los términos en que aparece en la "Norma oficial para la atención integral de la salud sexual y reproductiva"¹⁰² ("Norma") preparada por el Ministerio competente en materia de Salud en 2003.

En las políticas del Ministerio de Salud.

En la Norma se ofrece este concepto de AE:

"Son **(i)** métodos de planificación familiar, que **(ii)** pueden prevenir un embarazo no deseado o no planificado, **(iii)** hasta 5 días después de una relación sexual sin protección." (Subrayado y numeración nuestra).

Los puntos "ii." y "iii." conforman una falacia realmente terrible, toda vez que pone bases argumentativas falsas para permitir un aborto socialmente aceptado por ignorancia.

La concepción del nuevo niño, cuando ocurre, sucede al momento inmediatamente siguiente a la relación sexual y hasta más de cinco días después¹⁰³. Ergo, es evidente que

¹⁰¹ En Gaceta Oficial N° 39.912 del 30 abril de 2012.

¹⁰² Esta norma consta de varios "tomos" publicados por el Ministerio de Salud y Desarrollo Social como concreción de lo establecido en la Resolución N° 363 del 3 de junio de 2003 publicada en Gaceta Oficial N° 37.705 del 5 de junio de 2003. Puede ser consultada en este enlace: http://venezuela.unfpa.org/documentos/ssr_norma_Inicio.pdf.

¹⁰³ "Se han reportado espermatozoides en la trompa de Falopio **5 minutos después de la inseminación**; así mismo, el número total de espermatozoides en la trompa es directamente proporcional al número inseminado y la población de espermatozoides tubarios se estabiliza en 15 minutos. (...) El moco cervical a la mitad de ciclo es alcalino y los espermatozoides que tienen acceso al canal endocervical permanecen viables por muchas horas, y probablemente hasta por 7 días." En Valencia Llerena, Iván; Fisiología de la Reproducción Humana. en

las técnicas de la llamada "anticoncepción de emergencia" son más bien técnicas de **aborto precoz**, a las que se le hace marketing con eufemismos.

La Norma continúa así su guía médica:

"Uno de los aspectos mas importantes, por lo controversial, es el que se refiere, al mecanismo de acción de la anticoncepción de emergencia; quedando muy claro que no impiden la implantación, que es el único evento médicamente aceptado, para definir el inicio de embarazo, ya que antes de ese evento no hay certeza diagnóstica ni médica, ni legalmente aceptable de que éste exista, por lo tanto "no son abortivos". El mecanismo de acción va a retrasar o evitar la ovulación; es muy importante dejarlo bien claro, por cuanto este punto es el que ha traído los problemas éticos y morales que han impedido su uso en varios países al considerarlos métodos abortivos.

Consideramos que el uso de la anticoncepción de emergencia puede contribuir grandemente en la reducción de la mortalidad infantil al disminuir los índices de embarazos no deseados, los de alto riesgo y en especial el aborto inducido. Es aplicado para aquellas mujeres que han sido víctimas de agresión sexual, mujeres que han olvidado usar un método anticonceptivo regular o lo han usado de manera incorrecta.

Indicaciones [casos en que de determina su uso]:

- *Relaciones sexuales no protegidas*
- *Ruptura o deslizamiento del condón*
- *Olvido de dos o más píldoras de ACO*
- *Haber transcurrido más de una semana en la cual debía haberse aplicado la inyección mensual (Mesigyna, Depoprovera).*
- *Violación o abuso sexual."*

Se indica el uso de dos métodos: (i) **Anticonceptivos orales hormonales**: con principios activos de etinilestradiol y levonorgestrel y (ii) **Dispositivos intrauterinos (DIU) liberadores de cobre**.

La defensa principal para el uso de estos métodos es que no impiden la implantación del blastocisto (el niño en sus primeros días después de la concepción: "...**entre los días 4 y 5, es en este último día cuando se inicia la implantación del blastocisto.**"¹⁰⁴).

Esto es a todo evento falso. De no haber ocurrido la fecundación no habría embrión en absoluto (aquí llamamos embrión al niño desde su concepción y hasta el nacimiento), ni implantación. Es sólo en el caso en que haya ocurrido la fecundación [y por tanto aparecido un

http://www.redlara.com/aa_espanhol/database_livros_detalhes2.asp?cadastroid=110; consultado el 29/10/2015.

¹⁰⁴ "...así como las proteínas bioactivas uterinas en la etapa de pre-implantación se elevan al día 3 de preñez con un pico... [cita] ...Por otra parte, se ha demostrado que las dos citocinas son secretadas por el embrión humano preimplantado. El hecho de haberse localizado al receptor de la interleucina en el tejido endometrial y a la interleucina en el embrión, sugiere la existencia de una interacción citocina-receptor que se lleva a cabo en el momento de la adhesión, este hecho pone de manifiesto la importancia del sistema interleucina en esta etapa crítica de la gestación. Con base en estas observaciones se ha sugerido que el sistema de IL-1 [interleucinas] puede tener una participación importante en el proceso de la implantación embrionaria." en Diaz-Flores, Margarita; Baiza-Gutrnán, Luis Arturo; Hicks, Juan José. *Los nuevos moduladores endometriales en el embarazo temprano*. en "Gaceta médica de México", México, 1996, Vol. 132 Num. 5 Sep-Oct, p. 524-525

nuevo niño pleno sujeto de derechos, arts. 1 LOPNNA y 78 CRBV.] en que es útil tomar un abortivo de emergencia¹⁰⁵.

Sobre el mecanismo de acción de estos métodos hormonales.

Dice Flórez:

"Se admite de forma universal que la eficacia anticonceptiva casi completa de los fármacos hormonales se debe a su acción conjunta a todos los niveles: la función hipotalámico-hipofisiaria, la ovárica y la tubo-endometrio-vaginal. (...) El gestágeno¹⁰⁶, además, produce un engrosamiento del moco cervical que perturba la penetrabilidad y la motilidad de los espermatozoides. De forma complementaria, el desequilibrio hormonal provocado por el anticonceptivo altera el endometrio, en el que ocasiona atrofia glandular y reacción pseudotemporal en la estroma, que impiden la anidación del blastocisto, y modifica la motilidad de las trompas"¹⁰⁷ La afectación de la motilidad determina que el óvulo fecundado retrase o adelante su llegada al endometrio, y si llega tarde muere.

En resumen, el anticonceptivo de emergencia hormonal tiene tres efectos: "1. impedir la ovulación; 2. impedir la fecundación (unión del espermatozoide con el óvulo); 3. impedir la anidación del óvulo fecundado [niño] en la cavidad uterina. Los efectos 1 y 2 son anticonceptivos, el 3 es abortivo."¹⁰⁸

Sobre el mecanismo de acción del "DIU".

"Son aparatos, (...) que se introducen en la cavidad uterina y actúan produciendo un efecto mecánico o irritativo local. Producen un estado de inflamación de la mucosa uterina que alera la implantación del huevo [óvulo fecundado]; puede alterar, también, el mecanismo de transporte

¹⁰⁵ Así lo dicen incluso estudios científicos realizados por organizaciones que promocionan el uso de estos métodos:

*"To make an informed choice, women must know that ECPs—like all regular hormonal contraceptives such as the birth control pill, the implant Implanon, the vaginal ring NuvaRing, the Evra patch, and the injectable Depo-Provera,⁴¹ and even breastfeeding— prevent pregnancy primarily by delaying or inhibiting ovulation and inhibiting fertilization, but may at times inhibit implantation of a fertilized egg in the endometrium. At the same time, however, all women should be informed that the best available evidence is consistent with the hypothesis that levonorgestrel and ulipristal acetate ECPs' ability to prevent pregnancy can be fully accounted for by mechanisms that do not involve interference with post-fertilization events. That is the information we provide on the Emergency Contraception Website (not-2-late.com) and the Emergency Contraception Hotline (1-888-NOT-2-LATE)." Trussell, James. Director de la Oficina de "Population Research" en Princeton University. En *Mechanism of Action of Emergency Contraceptive Pills*. Mayo, 2010.*

¹⁰⁶ El etinilestradiol es un estrógeno artificial y el levonorgestrel es un gestágeno artificial.

¹⁰⁷ Flórez, Jesús. *Farmacología humana*. 3era. Ed., Masson, S.A., Barcelona 1997, p 886.

¹⁰⁸ En Monge, Miguel Ángel (Ed.); *Medicina Pastoral*; cap. VIII: Matrimonio y sexualidad; por Monge, Miguel Ángel con colaboración de López García, Guillermo; 3^{era} edición, Pamplona, 2003. p. 300.

*de los espermatozoides, dificultando la fecundación (efecto anticonceptivo). Su efecto fundamental es antiimplantatorio y, por tanto, abortivo precoz,...*¹⁰⁹

Por ello la Norma dispone que se use el DIU en dos casos: *"-En aquellas que consideren anticoncepción a largo plazo. -Cuando la mujer no pueda utilizar el método de Yuzpe [hormonal], porque han transcurrido más de 72 horas"* Es decir, cuando se tiene más conciencia aún de que el embrión ya lleva tres días de desarrollo.

También se comprueba el efecto abortivo de esos métodos en que su efectividad se reduce significativamente mientras más días pasen luego de la relación sexual. Dice la Norma haciendo referencia a los dos métodos que dispone: *"EFICACIA: Tienen un 75 % de eficiencia en la prevención de embarazos no planificados."*

La citada Norma es un acto administrativo (sub legal) no sometido a publicidad en la Gaceta Oficial de la República y dictado por disposición de una norma contenida en una Resolución del Ministerio con competencia en Salud. Y es a través de un subterfugio así que se pretende obviar derechos constitucionales y legales que protegen al niño desde la concepción, y que no permiten el aborto incluso en los casos en que la Norma dispone como casos objeto de "anticoncepción de emergencia". Evidentemente esta Norma adolece de inconstitucionalidad e ilegalidad, porque somete a las personas a cometer abortos inconscientemente debido a la asesoría negligente y tendenciosa de instituciones de salud, tanto públicos como privados¹¹⁰.

Presencia en el mercado y uso de los particulares.

A parte del uso institucional dado a la AE, más grave por dar imagen de licitud a través de un documento falaz (la Norma), tenemos la realidad de que los fármacos de anticoncepción oral (de fácil uso fuera de una institución de salud) que venden en todo el mercado nacional, sin prescripción médica.

Estos fármacos han sido incluidos en la lista de medicamentos esenciales tanto de la OMS (Organización Mundial de la Salud de la ONU) como "Lista Nacional de Medicamentos Esenciales" ("LNME")¹¹¹.

Que estos AE sean comercializados lícitamente en Venezuela depende de la aprobación de su Registro Sanitario de Especialidades Farmacéuticas¹¹², responsabilidad de un ente de la

¹⁰⁹ *Ibidem*, p. 301.

¹¹⁰ La Norma dispone que *"El campo de aplicación de este Manual lo constituyen los Servicios de Salud Públicos y Privados y regula la prestación de servicios y desarrollo de todas las actividades que se brindan en los servicios de atención integral en salud sexual y reproductiva de las y los adolescentes y es de obligatorio cumplimiento."* en su "tomo" III, punto 3.3.

¹¹¹ Resolución N° 587 del Ministerio del Poder Popular para la Salud, publicada en Gaceta Oficial N° 40.777 del 29 de octubre de 2015; Art. 1: *"Se establece la Lista Nacional de Medicamentos Esenciales (LNME), la cual será de obligatorio cumplimiento para el Sistema Público Nacional de Salud."*

¹¹² **"Reforma del Reglamento de la Ley de Ejercicio de la Farmacia"** [Vigente], mediante Decreto N° 2.932 en la Gaceta Oficial Extraordinaria N° 4.582 del 21 de mayo 1993. Su art. 53 dispone que *"Los productos farmacéuticos nacionales o extranjeros, para uso humano, interno o externo, necesitan para su*

Administración Pública, que está sujeto al cumplimiento de la Constitución y las leyes. Por ello los actos aprobatorios de estos fármacos deben ser declarados nulos por inconstitucionales, bien por la misma Administración, bien por el Poder Judicial.

Por otra parte, desde un punto de vista social, es sumamente dañino el hecho de que la aparente licitud de esos AE y la promoción hecha tanto por el aparato público como por los productores de los mismos, son elementos de convicción para la población, que resulta engañada y utiliza estos medios sin conocimiento de las reales consecuencias abortivas.

VII Conclusiones

1. La personalidad jurídica natural debe ser reconocida a todo individuo de la especie humana ("persona" en sentido no jurídico), y siendo el niño concebido un individuo tal, conviene sumamente le sea reconocida tal personalidad. De otro modo, por no adecuarse el orden jurídico a la realidad, se facilitan graves daños. Estos perjuicios nos rebajan profundamente como sociedad, y requieren una pronta mirada legislativa.

2. *"Sólo se puede reconocer al niño como persona si admitimos sus características propias, es decir, que esta persona [humana] niño o niña, (...) 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."*¹¹³ (Resaltado nuestro). La vulnerabilidad y la dependencia del *conceptus* son la razón de sus prerrogativas, y no deben ser el centro del argumento que niega su personalidad, ya que esta categorización [como persona] viene de poseer la naturaleza humana, no de la 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 CCV 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, y que los efectos de esta personalidad jurídica están sometidos a la condición resolutoria de no nacer muerto (Aguilar Gorrondona).

Nos parece que resulta cada vez más necesario un replanteamiento del régimen del art. 17 del CCV, por cuanto en los 100 años de vida de la norma, el niño concebido tiene una particular gran necesidad de protección clara, neta.

Con base en las normas citadas en la presente conclusión "3" opinamos que se debe afirmarse 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*.

4. La cuidadosa observancia de los derechos del niño frente a su familia (especialmente frente a sus progenitores) y de los correlativos deberes de esta frente al infante es imprescindible para la correcta el orden jurídico en los casos particulares de la materia. Estos son supuestos de un debido desarrollo y protección de la vida del concebido. 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. Por errores en esta importante tarea se ha procedido en

expidió el registro previo en el Instituto Nacional de Higiene "RAFAEL RANGEL", sin el cual serán considerados remedios secretos de venta prohibida".

¹¹³ 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. Conferencia: de Rosa María Ortiz, *A los 20 años de la Convención sobre los Derechos del Niño. Pasos hacia su comprensión y aplicación efectiva*. p. 32. Resaltado nuestro.

grave detrimento de las áreas relacionadas: la paternidad y la maternidad, el establecimiento de la filiación, la PA, etc.

5. Urge una legislación que surja de un estudio profundo de la realidad de la PA, y que deberá estar guiada –so pena de nulidad– por derechos humanos como los señalados *supra*. Principalísima atención debe ser dirigida a los peligros y daños concomitantes de la mayoría de los métodos de PA, por consistir en una disposición indiscriminada de la vida del concebido. 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 de frente a su interés superior y que no es [tal derecho a formar familia] una simple consecuencia del derecho al libre desarrollo de la personalidad.

6. Las técnicas de PA son también frecuente 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. Hemos hecho una consideración que aparece con ocasión del análisis de los "alquileres de vientres" pero que nos atrevemos a proyectar de manera general: que tanto la gestación y el parto como la aportación de la carga genética son partes integrantes de una misma realidad, que es la maternidad. Por tanto, como una consecuencia de muchas posibles, decimos que en el ejercicio de la práctica de "alquilar vientres" se somete verdaderamente al niño a un limbo filiatorio.

8. Concluimos con López Herrera que *"así como la persona humana está fuera del comercio, (...), y, por ende, no puede ser objeto de donación ni de venta, debe admitirse que algo similar tiene que acontecer con el germen de la vida..."*¹¹⁴: los gametos. Esta afirmación queda reforzada además por la sanción de la *Ley Sobre Donación y Trasplante de Órganos, Tejidos y Células en Seres Humanos* de 2011 en la cual quedó eliminada la disposición de la ley de 1992 que excluía a los ovarios, óvulos y espermatozoides de los requisitos legales restrictivos disponiendo que siempre se solicitase la aceptación del donante y el receptor.

9. La actividad de la Administración Pública con respecto a la "Anticoncepción de emergencia" (tipo de aborto precoz) (a) ofrecida en el mercado nacional –a partir de los permisos sanitarios otorgados por la Administración–; y, más aún, (b) sus disposiciones normativas tendentes a que efectivamente se aplique (según la "Norma oficial para la atención integral de la salud sexual y reproductiva" y la "Lista nacional de medicamentos esenciales"); traen de suyo una grave violación al orden jurídico conversado en el presente trabajo, y consecuentemente al principio de legalidad que rige a los órganos y entes de la Administración. Es necesario repudiar esta política y exigir su fin.

¹¹⁴ López Herrera, Francisco; ob. cit.; Tomo II, p. 461.