

**CONSECUENCIAS JURÍDICAS DE LA
AUSENCIA DE NORMAS LEGALES DE LA
REPRODUCCIÓN ASISTIDA EN
VENEZUELA**



**REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA
UNIVERSIDAD JOSÉ ANTONIO PÁEZ
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y POLÍTICAS
ESCUELA DE DERECHO
COORDINACIÓN DE PASANTÍAS**

**CONSECUENCIAS JURÍDICAS DE LA AUSENCIA DE NORMAS LEGALES
DE LA REPRODUCCIÓN ASISITIDA EN VENEZUELA**

Escritorio Jurídico Económico Rodríguez Lissirt y Asociados.

AUTORES: Celada Antony C.I 24.537.002

Cuevas Dayana C.I 18.857.780

San Diego, abril de 2018



**REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA
UNIVERSIDAD JOSÉ ANTONIO PÁEZ
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y POLÍTICAS
ESCUELA DE DERECHO
COORDINACIÓN DE PASANTÍAS**

**CONSECUENCIAS JURÍDICAS DE LA AUSENCIA DE NORMAS LEGALES
DE LA REPRODUCCIÓN ASISITIDA EN VENEZUELA**

CONSTANCIA DE APROBACION

Tutor Académico: Abog. Olga Matos C.I:

Primer Jurado: Abog. Carlos Granadillo C.I:

Segundo Jurado: Abog. Luis Sanabria C.I:

AUTORES: Celada Antony C.I 24.537.002

Cuevas Dayana C.I 18.857.780

San Diego, abril de 2018

AGRADECIMIENTOS

En primer lugar; Agradecidos con nuestro Padre Celestial, por permitirnos llegar hasta aquí y hacer este sueño realidad.

En segundo lugar; a nuestros padres por ser nuestras primeras columnas de vida para seguir con este sueño, ya que nos apoyaron en todo momento y nos enseñaron el valor que tiene la vida y las oportunidades que ella misma nos brinda.

En tercer lugar; a nuestros amigos y compañeros de clases que se han convertido en amigos de vida por haber estado con nosotros en esta trayectoria y compartir este gran logro con ellos.

Y por último a todas esas personas que nos alentaron a seguir adelante, a creer en nosotros mismos y sobre todo a tener mucha fe a pesar de las circunstancias de la vida.

¡A TODOS MIL GRACIAS!

RECONOCIMIENTOS

A Dios que con su amor infinito y cuidado ha fortalecido nuestro espíritu, siendo nuestros guías en las buenas y en las malas.

A todos nuestros familiares y amigos que nos ayudaron a lograr otro éxito más en nuestra vida profesional.

A nuestra tutora académica la Dra. Olga Matos, que nos instruyó y nos aconsejó en nuestra trayectoria para la realización de nuestro trabajo de grado.

A nuestros profesores por transmitirnos sus conocimientos y sabiduría, orientándonos así a que busquemos la forma de ser cada vez mejores personas y profesionales del derecho.

Y para cerrar este reconocimiento queremos dedicárselos a todos esos venezolanos y en especial a todos nuestros allegados que por circunstancia de la vida o por motivos ajenos a su voluntad no pudieron terminar sus carreras, y en especial a nuestro compañero Eliut Gonzales que ya no se encuentra en este mundo terrenal, pero sabemos que este también era tu sueño de querer ser abogados, hoy en día la realidad es otra, ahora nos acompañas desde el cielo pero nos conforta saber que estas en un lugar mejor y apoyándonos desde arriba.

ÍNDICE

	Pp.
CONSTANCIA DE ACEPTACIÓN.....	iii
AGRADECIMIENTOS.....	iv
RECONOCIMIENTOS.....	v
RESUMEN.....	vii
INTRODUCCIÓN.....	1
CAPÍTULO	
I EL PROBLEMA	
Planteamiento del Problema.....	3
Formulación del Problema.....	6
Objetivos del Estudio.....	6
Objetivos General.....	6
Objetivos Específicos.....	6
Justificación del Estudio.....	7
Alcance y Limitaciones del Estudio.....	7
II MARCO TEÓRICO	
Antecedentes del Estudio.....	9
Bases Teóricas.....	12
Bases Legales.....	17
Definición de Términos Básicos.....	21
III MARCO METODOLÓGICO.....	22
IV RESULTADOS, CONCLUSION Y RECOMENDACIONES	
Resultados.....	25
Conclusiones.....	44
Recomendaciones.....	46
REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS.....	48



**REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA
UNIVERSIDAD JOSÉ ANTONIO PÁEZ
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y POLÍTICAS
ESCUELA DE DERECHO
COORDINACIÓN DE PASANTÍAS**

**CONSECUENCIAS JURIDICAS DE LA AUSENCIA DE NORMAS LEGALES
DE LA REPRODUCCION ASISITIDA EN VENEZUELA**

AUTORES: Celada Antony Rey/Dayana Cuevas

TUTOR: Olga Matos

FECHA: abril 2018

RESUMEN

El propósito de la presente investigación surgió con la finalidad de analizar desde una perspectiva socio jurídica las técnicas de reproducción asistida que existe en Venezuela, ya que hoy en día es una solución que ha aportado la medicina para aquellas parejas estériles que no pueden tener hijos de forma natural permitiéndoseles recurrir a estas prácticas, pero en la actualidad no solo demandan de estas técnicas las parejas heterosexuales, sino que también mujeres y hombres solteros y hasta parejas homosexuales exigen su aplicación inmediata, fundamentándose en el derecho de igualdad que tienen todas las personas de beneficiarse de los mismos derechos, siendo en este caso el Derecho a la reproducción. En Venezuela no existe una norma jurídica que regule la reproducción asistida. por ende, se realizó un análisis sobre las sentencias en dicha materia que existen en nuestro país y la normativa jurídica de otros países. Pocos son quienes se detienen a pensar en todos los elementos que esto podría ocasionar como por ejemplo el congelamiento de gametos y embriones y las posibilidades de experimentación y fecundación que ello pueda generar. Por la insuficiencia de precedentes sobre esta práctica en el país, se trató de una investigación jurídico-descriptiva que emplea al análisis documental para el esclarecimiento del problema planteado. La presente investigación podría servir como fundamento y referencia de futuras investigaciones en el área jurídico y médico que se relacionen temáticamente con ella.

Descriptor: reproducción asistida, sentencias, derecho comparado, derecho a la reproducción, derecho a procrear, fecundación heteróloga, fecundación homóloga.

INTRODUCCION

La vida del hombre está marcada por dos grandes sucesos. La vida y la muerte, siendo la primera el tema al que los científicos le han dado mayor énfasis en los últimos años, especialmente a la concepción artificial, tópico que ha generado un problema en los conceptos jurídicos existentes respecto a los temas que surgen del inicio de la vida.

Fácilmente se puede pensar que lo que no está expresamente prohibido, se entiende permitido, concretamente el código penal venezolano en su primer artículo señala que; “nadie podrá ser castigado por un hecho que no estuviese expresamente previsto como punible por la ley”; lo que puede traducirse en que lo que no está regulado por la norma es porque no ha sido necesario regularlo, pero aún bajo este principio se puede caer en el relajamiento de las normas jurídicas por parte de los particulares.

Si el ordenamiento jurídico no regula este tipo de procedimientos en las que se encuentran involucrados los médicos que las aplican, el donante, las personas receptoras de la donación, los padres biológicos y el hijo, entre otros, entonces habría que definir si dichas relaciones y las demás situaciones que acrecientan el vacío jurídico existente en la materia son lícitas o no, si atentan contra la moral y el orden público y si realmente están enmarcadas en la existencia de un derecho a procrear.

La gama de temas a los que se puede hacer referencia por medio de estas técnicas es casi infinita, tanto que hay que recordar que la concepción artificial no es una materia que se pueda aislar, ya que se relaciona con el Derecho de Familia, el Derecho Sucesorio, el Derecho de personas, el Derecho de las Obligaciones y el Derecho Penal; por lo que no solo se tendría que definir si las relaciones que de esta se desprenden son actos lícitos, o si no atentan contra el orden público y la moral,

sino también que habría que definir y regular aspectos importantes como: los requisitos para la realización de la reproducción asistida, los requisitos del donante, si existen deberes o derechos de los donantes, y demás aspectos e interrogantes que surgen del desarrollo y aplicación de las técnicas de reproducción asistida, que por los momentos no tienen una respuesta concreta en el ordenamiento jurídico venezolano, pues no existen principios ni leyes que las ofrezcan.

El presente Trabajo de Grado, se orienta a analizar “las consecuencias jurídicas de la ausencia de normas legales de la reproducción asistida en Venezuela”. Para ello se estructuró la investigación con el desarrollo de cuatro capítulos, los cuales son descritos a continuación:

Capítulo I: Denominado el problema, se expone todo lo relacionado con el Planteamiento del Problema, los Objetivos que intervienen en la investigación y la Justificación y limitaciones de la investigación.

Capítulo II: Comprende lo referente al Marco Teórico, se ubica acá los Antecedentes de la Investigación, que sirvieron de fundamento a este trabajo, las bases teóricas basadas en las teorías y modelos que fundamentan la investigación, las bases legales y la definición de términos básicos.

Capítulo III: Es el Marco Metodológico, planteando el Tipo de Investigación, el método y técnicas de investigación aplicadas, las fases metodológicas de la investigación y las fuentes de conocimiento.

Capítulo IV: Resultados, conclusiones y recomendaciones de la investigación e Interpretación.

Finalmente se presentan las referencias bibliográficas consultadas en la investigación.

CAPÍTULO I

EL PROBLEMA

Planteamiento del Problema

La historia de en la humanidad ha ido evolucionando a través de los tiempos y uno de esos grandes avances que se ha obtenido son las técnicas de reproducción asistida, las cuales son aquellos procedimientos médicos que se utilizan para favorecer a todas aquellas personas que no han podido procrear hijos de manera natural, obteniendo así la fecundación de los óvulos por los espermatozoides sin la necesidad de acudir a las relaciones sexuales.

Asimismo, a través de los años la reproducción del ser humano ha causado fascinación a lo largo de la historia, posiblemente porque en ningún otro campo de la ciencia se percibe con tal claridad la perfección de la naturaleza humana, sin embargo, hoy en día este hecho no deja de plantear profundas inquietudes en cuanto a los métodos utilizados y sus consecuencias éticas y jurídicas para las mujeres, hombres y los futuros individuos de esta sociedad.

Actualmente en Venezuela al igual que en otros países, ya no existen limitantes para la reproducción asistida ya que la mayoría de las clínicas o centros asistenciales reconocidos en cada nación poseen una unidad destinada al estudio y tratamiento de la fertilidad humana y sus problemas, contando con el aval de médicos especialistas reconocidos en ayudar a la investigaciones sobre este tema, trayendo como consecuencia que el uso de la reproducción asistida sea cada vez más accesible y frecuente, por lo que hasta hace algunos años era inalcanzable para muchas personas someterse a un tratamiento de fertilidad, bien sea desde el punto de vista económico, o inaccesible, en cuanto a la oportunidad de ser tratado por un médico especialista.

En efecto el tema elegido es importante y trascendental, especialmente desde el aspecto humano y jurídico frente a la imposibilidad de muchas parejas que por algunas deficiencias o anomalías orgánicas no puedan concebir de modo natural, teniendo presente que la común intención del hombre y la mujer como pareja generalmente expresan su deseo de ser padres.

También, resulta importante el tema elegido por los problemas, interrogantes y consecuencias jurídicas que conllevan y se plantean en la legislación civil nacional como resultado de las prácticas de las técnicas de reproducción asistida, siendo complejos los problemas que soportan y plantean el desarrollo tecnológico, las mismas que afectan cuestiones de orden técnico y jurídico lo cual se hace imperativo abordar este problema enfatizando la tutela jurídica y la protección prioritaria de las personas desde el momento de la concepción, tratando en lo posible de que no se desnaturalicen “los principios esenciales de la paternidad, de los derechos concebidos, de las personas y la familia”.

Desde otra perspectiva, el artículo 197 del Código Civil venezolano (1982), consagra lo siguiente: “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”. De este artículo se desprende muy claro y preciso la presunción indicando que los derechos de filiación materna se encuentran directamente relacionados y dependientes a la acción de dar a luz.

Es de destacar que, en cuanto a la práctica de maternidad subrogada, no está prohibida en la legislación venezolana, por lo que mientras no esté expresamente prohibido y no afecte el orden público podría ubicarse en el margen de la ley para la realización de su práctica. Además, la filiación materna ha sido un problema desde el inicio de la práctica de la maternidad subrogada en Venezuela, ya que es un dilema atribuir la filiación materna del niño nacido bajo estas condiciones a una u otra mujer de las que intervienen en este proceso.

En este sentido, donde se involucran, médicos, centros asistenciales, padres biológicos y madre sustituta, por el hecho del vacío legal, se ven obligados a tomar alternativas, como la de colocar en la constancia de nacimiento los datos de la madre biológica en sustitución de la madre que gesta al niño y lo da a luz, no obstante, esta aparente solución es totalmente ilícita, dado que una de las intervinientes usurpa la identidad de la otra.

Es por ello, que este procedimiento de reproducción asistida, se presenta la conjunción de dos posibles madres para un mismo niño, y es lógico pensar que la filiación materna le corresponde a solo una de ellas, bien sea, a una solo porque apporto el ovulo, sino porque manifiesta su deseo y consentimiento a la procreación, o a la otra porque lo gesto y lo trajo al mundo.

Así que debido a que no existe un cuerpo normativo que regule la reproducción asistida, salvo lo establecido, en la Ley de Protección de las familias, la Maternidad y la Paternidad en su artículo 20 donde establece la competencia que en materia de salud tiene el estado venezolano de incluir en las unidades asistenciales el servicio de reproducción asistida muy someramente, en los artículos 201, 204 del Código Civil Venezolano (1982) y 127 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (1999); donde este último dispone que el Estado protegerá el ambiente, la diversidad biológica, los recursos genéticos, los procesos ecológicos, los parques nacionales y monumentos naturales y demás áreas de especial importancia ecológica.

Pero a la vez, la mencionada carta magna establece específicamente en su artículo 56 el derecho que tienen toda persona a un nombre propio, al apellido del padre y al de la madre, y a conocer la identidad de los mismos. De esta forma, el Estado garantizará el derecho a investigar la maternidad y la paternidad, y en el artículo 75 de la referida Constitución, el derecho que tienen los niños, niñas y

adolescentes a vivir, ser criados o criadas y a desarrollarse en el seno de su familia de origen a menos que sea contrario a su interés superior

Sin embargo, las implicaciones de la reproducción asistida se rigen en definitiva por los criterios de los centros médicos que las realizan. Por lo tanto, los individuos que recurren a las técnicas de reproducción asistida, no se encuentran amparadas por ningún tipo de protección legal, en consecuencia, sus derechos como usuarios no están debidamente garantizados. Por tal razón, se realiza este análisis con la finalidad de proponer que se fomente una base legal para abordar las problemáticas que existen a la hora de recurrir a este tipo de métodos, debido a que no existe una norma legal que las regule.

Formulación del Problema

¿Cuáles son las consecuencias jurídicas sobre la ausencia de normas legales de la reproducción asistida en Venezuela?

Objetivos del Estudio

Objetivo General

Analizar las consecuencias jurídicas de la ausencia de normativa que regula la reproducción asistida en Venezuela.

Objetivos Específicos

1. Evaluar las sentencias sobre reproducción asistida en Venezuela.
2. Estudiar las bases legales de la reproducción asistida en otros países.
3. Determinar la filiación como producto de la reproducción asistida en Venezuela.

Justificación del Estudio

La presente investigación tiene como análisis las consecuencias jurídicas de la ausencia de normativa que regula la reproducción asistida en Venezuela, ya que representa una realidad social actual y por ello amerita todo el estudio posible, pues, a pesar de que las técnicas de reproducción asistida, aún no han sido reguladas y en su práctica se recurre a métodos no previstos en la ley para lograr el fin perseguido, se requiere de una ley que regule y permita estudiar la maternidad subrogada a través de un contrato para que no se vulneren los derechos y garantías tanto de los padres como el del niño

Cabe destacar que, la inquietud de investigar a fondo sobre éste particular, es con la finalidad de pretender cubrir el vacío legal que existe en el área laboral. Por otro lado, es un aporte académico para la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad José Antonio Páez, siendo por ello una contribución meritoria para su producción intelectual y prestigio institucional. Así mismo, se estima que el estudio es un significativo aporte teórico-metodológico pues, además de servir como fuente de consulta y referente para quienes en se interesen por investigar el tema de la reproducción asistida, logrando que los aportes que se derivan del mismo, se constituyan en una fuente de información para investigaciones futuras.

Alcance y Limitaciones de la Investigación

El alcance de la presente investigación tipo documental jurídica descriptivo muestra la ausencia de una ley que regule las técnicas de reproducción asistida en Venezuela mediante el avance de la misma.

La limitante de este trabajo de grado fue reunir los antecedentes necesarios para cumplir con la formalidad metodológica requerida, además, se considera que el tiempo es corto para la entrega de este trabajo de grado, por lo que es una limitante ya que esta investigación para darle más efectividad y profundidad tendría que realizarse

con un poco más de tiempo, sin embargo se hizo el mayor esfuerzo para así exponer un trabajo efectivo y excelente y poder así responder a todas las incógnitas que se presentan.

CAPÍTULO II

MARCO TEÓRICO

Antecedentes del Estudio

Propone Arias (2006), que los antecedentes se convierten en punto central para relacionar la investigación con estudios ya construidos a fin de establecer conectivos o similitudes que preceden al que se está realizando. Por lo que, se exponen algunos estudios que han analizado la problemática de la reproducción asistidas en Venezuela, las cuales sirven de referencia para comprender la situación jurídica. En tal sentido, se menciona:

En primer lugar se menciona a Fuenmayor y Polo (2014), quien realizó un trabajo de grado titulado: **El Derecho a Conocer la Identidad Paterno-Biológica en los Niños, Niñas y Adolescentes Concebidos Mediante Inseminación Artificial con Donante Anónimo**, para optar al título de abogados en la Universidad Rafael Urdaneta. Los autores plantearon como objetivo general: analizar el derecho a conocer la identidad paterno-biológica en los niños, niñas y adolescentes concebidos mediante inseminación artificial con donante anónimo.

En cuanto la estructura metodológica fue de tipo cualitativa-descriptiva con un diseño de tipo bibliográfico. Los autores concluyeron que, en la República Bolivariana de Venezuela, constitucionalmente existe el derecho a conocer la identidad biológica y el Estado garantizará por todos los medios, la investigación que constate la identidad y la posible filiación paterna del donante anónimo, sin establecer límite de edad para investigar y sin diferenciar el tipo de fecundación utilizada.

La relación de éste antecedente con el presente trabajo de grado se basa en que es necesario considerar que efectivamente, existe una ponderación de derechos pero que en lo que respecta al abordaje legal existe un vacío.

También se menciona a Bracho y Medina (2013), quien realizó un trabajo de grado titulado: **Análisis del Derecho Comparado Sobre la Regulación de la Maternidad Subrogada en el Ordenamiento Jurídico Argentino y Venezolano**, para optar al título de Abogados en la Universidad Rafael Urdaneta. La autora presentó como objetivo general analizar a través del derecho comparado la regulación de la maternidad subrogada en el ordenamiento jurídico argentino y venezolano.

En cuanto a la estructura metodológica, fue de tipo jurídico-documental y descriptiva, practicaron el uso de técnicas de recolección de datos y análisis de datos, así como también implementaron la hermenéutica jurídica a fines de esclarecer lo referente a la maternidad subrogada en ambos ordenamientos, el argentino y el venezolano, logrando ofrecer un estudio comprensible.

La relación de ambas investigaciones se basa en que representa un aporte en cuanto al tema de la reproducción asistida que ha tenido más auge en los últimos años, generando situaciones inestables jurídicamente.

En tercer lugar se menciona a Gonzalez y Rodríguez (2013), quienes realizaron un trabajo de investigación en la Universidad de el Salvador, para obtener el título de Licenciado en Ciencias Jurídicas, el cual titularon: **Fecundación in Vitro. Límites, Alcance y Consecuencias Jurídicas**. Los autores plantearon como objetivo general: Aportar una posible solución a la carencia de normativa que posee el Ordenamiento Jurídico salvadoreño, generado por las Técnicas de Reproducción Humana Asistida, y que traen como consecuencia la falta de regulación en instituciones tan importantes como la familia, y de manera específica en lo relacionado a la Filiación, lo cual no debe estar exento de regulación por parte del Derecho.

La relación de éste antecedente con el presente trabajo de grado se basa en la ausencia de un instrumento legal que regule la reproducción asistida en el Salvador tal como ocurre en Venezuela, para determinar el vínculo jurídico de filiación que el menor procreado bajo estas técnicas tendría respecto a sus padres o respecto de algún tercero interesado, y que tuvo participación en el procedimiento de fecundación.

En cuarto lugar, Fuenmayor (2012), quien realizó un trabajo de grado en la Universidad Rafael Beloso Chacín para optar al título de abogado, el cual fue titulado: **Análisis del Status de la Filiación de los Nacidos Mediante Técnicas de Reproducción Humana Asistida Conforme a la Ley Sustantiva Civil Venezolana**. El autor planteó como objetivo general: analizar el estatus de la filiación de los nacidos mediante técnicas de reproducción humana asistida conforme a la ley sustantiva civil venezolana.

En cuanto al tipo de investigación fue documental - cualitativo e interpretado. Concluyendo que los nacidos mediante estas técnicas tienen los mismos derechos que los nacidos de forma natural, cuando la persona ha autorizado en vida la reproducción asistida, para que pueda realizarse post mortem, con persona señalada o señalable, hay una clara voluntad de que nazca alguien con la condición de hijo, por tanto existe la filiación.

La reseñada investigación se relaciona con el presente trabajo de grado, en virtud de que permite observar que los nacidos bajo la técnica de inseminación artificial poseen los mismos derechos en cuanto a filiación se refiere, siempre y cuando exista una voluntad expresa por parte del donante, sin embargo, surge una interrogante para los autores... en dónde queda el derecho del niño, niña y adolescente de ejercer su derecho a conocer a sus padres biológicos, goza éste del mismo derecho de conocer sus padres que no son más que donantes de material genético.

Y por último se menciona a Moreno (2010), presentó un trabajo como requisito para optar al título de abogado en la Universidad Rafael, titulado, **Consecuencias Ético-Jurídicas Derivadas de la Procreación Medicamente Asistida en el Procedimiento de Fertilización In Vitro**. La autora tuvo como propósito para su trabajo determinar las consecuencias ético-jurídicas derivadas de la procreación médicamente asistida en el procedimiento de fertilización in Vitro.

En cuanto a la estructura metodológica fue de tipo descriptivo, documental, jurídico, con diseño bibliográfico, utilizándose como técnica la observación y como instrumento de recolección de datos la guía de observación. Los resultados arrojaron que el embrión huérfano tiene un estatus jurídico de persona y por lo tanto, es objeto de protección desde su concepción. Asimismo que al permanecer crioconservados o al ser desechados se atenta contra su derecho a la vida y dignidad humana y por último que la crioconservación de embriones huérfanos incumple con los principios fundamentales de la bioética.

La relación de ambas investigaciones se basa en que no se trata de impedir los avances tecnológicos, sino de asegurar a través de un marco legal apropiado, que los mismos sirvan al hombre, y no al contrario, que se transformen en un arma en contra de la especie humana ya que en el análisis de la hipótesis de la fecundación uno de los aspectos que más llama la atención, es la falta de preocupación por las consecuencias que ello produciría.

Bases Teóricas

Las bases teóricas representan orientaciones conceptuales seleccionadas por el investigador para sustentar la categoría objeto de estudio y sus respectivas sub categorías y unidades de análisis. Según Tamayo y Tamayo (2007), toda investigación requiere un conocimiento presente de la teoría que explica el área de

fenómenos de estudio, por ello, recurre a un “conjunto de proposiciones lógicamente articuladas que tiene como fin la explicación y predicción de las conductas de un área determinada”. En este sentido, y en función a garantizar la comprensión del presente trabajo de grado, precisa del desarrollo de nociones básicas y relevantes sobre el tema en cuestión, describiendo como punto de partida los siguientes conceptos:

La Filiación

Para iniciar, es menester traer a colación lo que Piña (2006) asevera sobre la definición de filiación. Al respecto, determina que en sentido lato, significa la procedencia de los hijos respecto de los padres, la descendencia de padres a hijos y, en sentido estricto, el vínculo jurídico o de derecho que une al hijo con su padre, y consiste en la relación de parentesco establecida por la ley entre un ascendiente y su descendiente de primer grado. De esta forma, el referido autor asegura que

La filiación está relacionada con la procreación, entendiendo esta como el acto de engendrar, de multiplicar la especie. Ambas pueden coincidir o no. Si la filiación y la procreación corresponden entre sí significa que los que aparecen como padres legales lo son también en sentido biológico. Pero existe la situación en que un hijo carezca de filiación, por ejemplo, paterna, por lo cual se habla de procreación sin filiación (p. 53)

Además, es necesario diferenciar la tendencia de escindir padre y progenitor, entendiendo como padre a quien funge así ante la Ley, es decir el padre legal y, progenitor a quien aporta el gameto para la procreación, o padre biológico (Piña, 2006).

En este mismo orden de ideas, Peñaranda (2010) afirma que la filiación es la relación que se da entre padres e hijos, y establece que la relación inmediata de parentesco por consanguinidad, se produce por vínculos de consanguinidad

recta en primer grado ascendente o descendente, y junto con el patrimonio la fuente del parentesco es por afinidad.

Por su parte, Rodríguez (2008), alude a la filiación, como el “nexo natural y jurídico entre el hijo y sus progenitores” (p. 18) e indica que si ese vínculo se establece entre el hijo y su madre se refiere a la filiación materna y si se establece entre el hijo y su padre, se habla de filiación paterna. De igual forma, López (2007) la define de la siguiente manera:

La filiación en sentido Lato Sensu, como la relación de parentesco que existe entre personas que descienden las una de las otras. Así mismo expresa, que la filiación es el parentesco consanguíneo en línea recta, sea descendente o ascendente. En sentido Stricto Sensu, la filiación constituye la fuente normal y principal del estado de parientes consanguíneos, puesto que el vínculo natural de sangre entre las personas, solo puede resultar de la procreación. Pero además y por ficción legal, la consanguinidad puede derivar de la adopción. (p. 34)

Siguiendo al mencionado autor, de la filiación se deriva, además, el derecho del hijo a usar como suyos los apellidos de sus padres, y surgen de ella los deberes y los derechos inherentes a la patria potestad el derecho-deber de alimentos, y la vocación hereditaria ad intestato que existe entre las personas unidas entre sí por vínculos de sangre.

Tipos de Filiación

Peñaranda (2010) clasifica la filiación de la siguiente manera:

- a) Filiación biológica, que es el vínculo natural que existe entre generante y generado, y tiene que ver con la relación de consanguinidad y genética.
- b) Filiación jurídica, deviene de la filiación biológica, pero a diferencia de ésta, no existe, siendo necesaria su comprobación.

c) Filiación materna y paterna, relación de parentesco del padre con el hijo o la que existe entre la madre y el hijo.

d) Filiación matrimonial o extramatrimonial, que tienen como presupuesto que la misma provenga o no del matrimonio, pues a los efectos probatorios la partida de matrimonio origina algunas presunciones (Peñaranda, 2010)

La Reproducción Asistida

Piña (2006) define a la concepción artificial o reproducción asistida como:

El conjunto de técnicas mediante las cuales se logra la fusión de los núcleos de las células germinales masculina y femenina a través de procesos quirúrgicos o no quirúrgicos que permiten obtener un embrión que luego será implantado en el útero materno para su posterior desarrollo hasta la formación de un nuevo ser humano. En el campo de la medicina también se le conoce como procreación medicamente asistida (PMA) y se les define como todas aquellas técnicas mediante las cuales los médicos tratan de aproximar los gametos masculinos y femeninos con el objeto de incrementar los chaces de embarazo.” (p. 63)

En este orden de ideas, Peñaranda (2010), señala que la fecundación o procreación artificial son los procedimientos técnicos que tienen el propósito de lograr la concepción de un ser humano por una vía diferente a la unión sexual del hombre con la mujer. Este procedimiento consiste en la instrucción del óvulo en una probeta (fecundación in vitro) y la inseminación artificial por medio de la transferencia del esperma previamente recogido a las vías genitales de la mujer.

Modalidades de la Reproducción Asistida

Como consecuencia de lo anterior, Peñaranda (2010), indica que hay dos modalidades de la reproducción asistida; la fertilización in vitro o en probeta y la inseminación artificial; y estas modalidades las subclasifica en:

- a) Inseminación artificial homóloga: el semen del compañero se hace llegar al óvulo por medios artificiales y el óvulo es fecundado dentro del útero materno.
- b) Inseminación artificial heteróloga: semen de donante; como en el anterior el semen se lleva artificialmente hasta el óvulo y lo fecunda en el interior del útero.
- c) Fecundación “in vitro” homóloga: consiste en la fecundación del óvulo en el laboratorio, en un medio artificialmente creado; con posterior transferencia al útero, (con semen de persona conocida).
- d) Fecundación “in vitro” con semen de donante: es indiferente la situación de la mujer (casada o soltera); su óvulo es fecundado con semen de donante anónimo y luego transferido a su útero.
- e) Fecundación “in vitro” con donación de óvulos: el semen puede ser del marido o de un donante anónimo, lo fundamental es que también el óvulo es de otra mujer distinta de aquella en quien se implanta después de la fecundación; se da a luz un ser al que únicamente se ha gestado.
- f) Transferencia intratubárica de gametos en mujeres con obstrucción de trompas, se realiza en vivo, introduciendo los gametos más allá de la obstrucción, para que se realice la fecundación y el cigoto continúe su ulterior desarrollo en su medio natural.
- g) Transferencia nuclear: en mujeres con defectos citoplasmáticos de óvulos; es muy parecida a la técnica utilizada en la clonación animal y consiste en introducir el núcleo celular de ovocitos de la mujer en los óvulos de las donantes, a los que se les ha quitado el núcleo. El óvulo ya puede ser fertilizado bien de forma natural si se introduce de nuevo en el útero o in Vitro

Reproducción Asistida en Venezuela

Este tema se presenta muy difícil en Venezuela, debido a que existe una gran distancia entre el avance de la ciencia y el derecho, en efecto, la legislación sólo

contiene dos artículos que contemplen la reproducción asistida y ambos se encuentran en el Código Civil (artículo 210 y 204)

Artículo 210: A falta de reconocimiento voluntario, la filiación del hijo concebido y nacido fuera del matrimonio puede ser establecida judicialmente con todo género de pruebas, incluido los exámenes o las experticias hematológicas y heredo-biológicas que hayan sido consentidos por el demandado. La negativa de éste a someterse a dichas pruebas se considerará como una presunción en su contra.

Queda establecida la paternidad cuando se prueba la posesión de estado de hijo o se demuestre la cohabitación del padre y de la madre durante el periodo de la concepción y la identidad del hijo con el concebido en dicho periodo, salvo que la madre haya tenido relaciones sexuales con otros hombres, durante el periodo de la concepción del hijo o haya practicado la prostitución durante el mismo periodo; pero esto no impide al hijo la prueba, por otros medios, de la paternidad que demanda.

Artículo 204: 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.

Bases Legales

Para una mejor comprensión de la presente investigación, ha sido necesario realizar una revisión de las principales fuentes legales como la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, Código Civil y la Ley Orgánica de Seguridad de la Nación

En esta parte de la investigación se hace referencia a los fundamentos legales, que justifican el desarrollo y la importancia que esta tiene en el derecho civil, derecho de personas, derecho de la familia, presentándose un extracto de los artículos, comenzando por la Carta Magna de la República Bolivariana de Venezuela establece

importantes disposiciones en los artículos 44 que dispone que la libertad personal es inviolable, pero esta es una disposición que regula la libertad de manera restrictiva y no se mencionan allí los supuestos en los que el sujeto puede actuar en uso de su libertad. Entendiendo la libertad en sentido no restrictivo puede esta ser la base para el ejercicio del derecho a la procreación.

La Constitución también reconoce el derecho a la intimidad y a la vida privada y al libre desarrollo de la personalidad. Los artículos 60 y 20 de la Carta Magna consagran respectivamente dichos derechos. El artículo 60 establece que “Toda persona tiene derecho a la protección de su honor, vida privada, intimidad, propia imagen, confidencialidad y reputación”.

Por su parte el artículo 20 consagra que “Toda persona tiene derecho al libre desenvolvimiento de su personalidad limitaciones que las derivan del derecho de las demás y del orden público y social”. Es decir, han de respetar los derechos ajenos: por una parte, nadie está obligado a hacer lo que la ley no impone, ni por otra, a nadie se le puede impedir hacer lo que la ley no prohíba.

Aspecto especialmente relacionado con el desarrollo de la personalidad es el de la dignidad, que se relaciona con algunos problemas concretos afines al área de la reproducción humana asistida, problemas todos ellos en cuya defensa y justificación se alegaría un pretendido derecho a la maternidad o reproducción, encuadrado en el más amplio y genérico al libre desarrollo de la personalidad de la mujer.

El artículo 75 establece que “El Estado protegerá a las familias como asociación natural de la sociedad y como el espacio fundamental para el desarrollo integral de las personas. 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. El Estado garantizará protección a la madre, al padre o a quienes ejerzan la jefatura de la familia. Los niños, niñas y adolescentes tienen 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. 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.”

Por último el artículo 76 establece que “La maternidad y la paternidad son protegidas integralmente, sea cual fuere el estado civil de la madre o del padre. Las parejas tienen derecho a decidir libre y responsablemente el número de hijos o hijas que deseen concebir y a disponer de la información y de los medios que les aseguren el ejercicio de este derecho. El Estado garantizará asistencia y protección integral a la maternidad, en general a partir del momento de la concepción, durante el embarazo, el parto y el puerperio, y asegurará servicios de planificación familiar integral basados en valores éticos y científicos. El padre y la madre tienen el deber compartido e irrenunciable de criar, formar, educar, mantener y asistir a sus hijos o hijas, y éstos o éstas tienen el deber de asistirlos o asistirlas cuando aquel o aquella no puedan hacerlo por sí mismos o por sí mismas. La ley establecerá las medidas necesarias y adecuadas para garantizar la efectividad de la obligación alimentaria.

Código Civil Venezolano

Artículo 37: El parentesco puede ser por consanguinidad o por afinidad. El parentesco por consanguinidad es la relación que existe entre las personas unidas por los vínculos de la sangre. La proximidad del parentesco se determina por el número de generaciones. Cada generación forma un grado.

Artículo 197: La filiación materna resulta del nacimiento, y se prueba con el acta de declaración de nacimiento inscrita en los libros del registro civil, con identificación de la madre.

Artículo 198: en defecto de la partida de nacimiento, son también pruebas de filiación materna:

1. La declaración que hiciera la madre o después de su muerte, sus ascendientes, con el fin de reconocer la filiación, en las condiciones y con las formalidades que se señalan en el capítulo III de este título.

2. La posesión de estado del hijo, establecida de conformidad con las reglas contempladas en ese mismo capítulo.

Artículo 204: solo en este artículo se contempla la inseminación artificial. Dicha norma impide al marido desconocer al hijo, si ha autorizado la inseminación artificial de la mujer, este tema representa muy difícil en Venezuela, debido a que existe una gran distancia entre el avance de la ciencia y el derecho venezolano, en efecto solo en el mencionado artículo se hace mención a la reproducción asistida y específicamente en esta modalidad.

Artículo 1155: El objeto del contrato debe ser posible, lícito, determinado o determinable.

Artículo 1157: La obligación sin causa, o fundada en una causa falsa o ilícita, no tiene ningún efecto.

La causa es ilícita cuando es contraria a la ley, a las buenas costumbres o al orden público.

Quien haya pagado una obligación contraria a las buenas costumbres, no puede ejercer la acción en repetición sino cuando de su parte no haya habido violación de aquellas.

Ley Orgánica de Seguridad de la Nación

Artículo 13: el estado se reserva el derecho de supervisión y control a toda actividad científica destinada a realizar investigaciones con el material genético de los seres humanos, las cuales deberán realizarse dentro de los límites establecidos en la

constitución y las leyes nacionales, tratados, convenios y acuerdos internacionales vigentes y no viciados de nulidad suscritos por la república.

Definición de Términos Básicos

Concepción: inicio del embarazo, cuando un espermatozoide fecunda un ovulo y se forma un cigoto viable.

Contrato: Acuerdo, generalmente escrito, por el que dos o más partes se comprometen recíprocamente a respetar y cumplir una serie de condiciones.

Deberes: son entendidos como obligaciones que las personas tienen para la construcción del bien común.

Derechos: son entendidos como el resultado de leyes que protegen a la persona, le dan beneficios y prestaciones.

Derecho a procrear: se entienden aquellos derechos que buscan proteger la libertad y autonomía de todas las personas para decidir con responsabilidad si tener hijos o no, cuántos, en qué momento y con quién.

Filiación: comprende el vínculo jurídico que existe entre los sujetos llamados ascendientes y descendientes, sin limitaciones de grados; es decir, entre personas que descienden las unas de las otras.

Genética: es el área de estudio de la biología que busca comprender y explicar cómo se transmite la herencia biológica de generación en generación.

Ilícito: que no está permitido por la ley o no es conforme a la moral.

CAPÍTULO III

MARCO METODOLÓGICO

Tipo de investigación.

En relación al tipo de investigación, Sánchez (2007) dice “se trata de estudios en los cuales se registra con precisión una amplia variedad de características de una situación referida a un fenómeno o a una situación determinada”. A esto puede agregarse lo expresado por Navas (2006) quien afirma que en la investigación descriptiva, el objetivo principal es:

Señalar de forma rigurosa y sistemática las características, funciones, frecuencia, relaciones de asociación de determinado fenómeno o hecho a nivel interno o externo, por cuanto comprende, además de la descripción señalada, el registro, el análisis e interpretación y la composición o procesos, relaciones internas y externas de los hechos o fenómenos objetos de estudio.

Siguiendo a Sánchez (2007), la presente investigación se encuentra enmarcada, en investigación de tipo jurídico descriptivo, por medio del cual se tiene como objetivo lograr la descripción del tema que se estudia, interpretando lo que es, usando el método de análisis, y de esta forma el problema jurídico se discriminara en sus diversos aspectos, permitiendo ofrecer una imagen del funcionamiento de una norma o institución jurídica tal y como es. En el caso específico de la presente investigación, el objeto estudio versa sobre el análisis jurídico de la reproducción asistida en Venezuela.

Métodos y Técnicas de Investigación Jurídica

En este trabajo de grado se combinan desde su iniciación dos tipos de investigación; en primer lugar, tenemos la investigación documental que como

técnica de trabajo intelectual, es aplicable a todas las composiciones de este género. Y en segundo lugar tenemos la investigación jurídica ya que expone los problemas cuyo planteamiento brota en el ámbito de la ciencia del derecho, ofreciendo así una gran variedad de formas y métodos de estudio, que sirven para el desarrollo y la aplicación de una investigación jurídica.

En la presente investigación, las técnicas de conocimientos utilizadas principalmente es la realidad socio-jurídica concatenada con las normas que regula la problemática planteada. Ello partiendo de que los hechos sociales que son los factores o aspectos que originan las normas jurídicas no pueden dissociarse dogmáticamente y volverse entes muertos por el contrario, el dinamismo social impacta y afecta al orden jurídico interpretándose en forma dialéctica por lo que requiere que esas normas sean eficaces y logren resolver los problemas sociales.

Fases Metodológicas

En la presente investigación se identificaron y desarrollaron las siguientes fases metodológicas.

Fase I. Evaluar la jurisprudencia sobre reproducción asistida en Venezuela.

En el estudio de la siguiente fase se analiza la Jurisprudencia N° 1456 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de fecha 26 de julio de 2006 en la cual da referencia a la fecundación in vitro post morte la cual declaró parcialmente con lugar la acción de amparo constitucional ejercida por Yamilex Coromoto Nuñez de Godoy contra el grupo medico de fertilidad C.A. del centro médico la trinidad y la decisión PJ0552013000004 del Tribunal tercero de 1er Instancia de Juicio de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes del 9 de enero de 2013.

Fase II. Estudiar las bases legales de la reproducción asistida en otros países.

En esta fase se realiza la revisión de la normativa legal de otros países que regulan el funcionamiento de las técnicas de reproducción asistida y sus alcances jurídicos, se pudo determinar que es factible el desarrollo de un programa cuyo objeto sea para crear nuevas normas en el ámbito legal que ayuden a regular jurídicamente este método.

Fase III. Determinar la filiación como producto de la reproducción asistida en Venezuela.

En la presente fase fue necesario recabar toda la información necesaria para la evaluación de bases legales que determinan la filiación como producto de la reproducción asistida en Venezuela, cabe destacar que toda persona tiene acción para reclamar el reconocimiento de su filiación ya sea materna o paterna según lo previsto en el artículo 226 del código civil.

Fuentes de Conocimiento Jurídico

En este trabajo se utilizó la investigación como una herramienta sobre el apoyo de fuentes bibliográficas y documentales, ya que se revisó la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, el Código Civil, textos legales fundamentales, la jurisprudencia N° 1456 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de fecha 26 de julio de 2006 y la decisión PJ0552013000004 del Tribunal tercero de 1er Instancia de Juicio de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes del 9 de enero de 2013, ya que regula la materia investigada sobre el tema que se analiza en el presente trabajo de grado.

CAPITULO IV

RESULTADOS, CONCLUSION Y RECOMENDACIONES

Resultados

Dentro del presente capítulo se analizan los resultados obtenidos relacionados con los objetivos específicos de la presente investigación, la cual están directamente relacionados con cada uno de los aspectos de relevancia del tema, luego se presentan las conclusiones y las recomendaciones, los mismos se presentan a continuación:

Fase I. Evaluar la jurisprudencia sobre reproducción asistida en Venezuela.

Sala constitucional, Magistrado ponente Jesús Eduardo Cabrera Romero. Sentencia 1456 de fecha 26 de julio de 2006, expediente N° 05- 1451.

La sentencia que se analiza a continuación posee una gran importancia, a constituir a juicio de la propia sala constitucional un caso sin precedente judicial en el país no solo por la expectativa de la actora de que se realice a su favor una fecundación in vitro, sino por la circunstancia de la muerte de su cónyuge antes de la realización de esta.

Efectivamente esta sentencia es de suma importancia porque viene a plantear el origen que se presenta ante el origen de la vida humana por mecanismos que surgen del avance médico- tecnológico, como es la reproducción asistida y todos los interrogantes que de ese nacimiento se derivan de origen ético, religioso, moral y jurídico, este último ante la ausencia de normas específicas que regulan la materia y la interpretación que de las existentes hay que hacer antes el caso concreto.

La misma emana del Tribunal Supremo de Justicia, en fecha 27 de Julio de 2006, con ponencia del Magistrado Jesus Eduardo Cabrera, en virtud de la solicitud que hiciera la ciudadana Yamilex Coromoto Nuñez de Godoy, asistida por los abogado Irma Gomez y Eduardo Meier, para que en sala constitucional se avocara al conocimiento de la acción de amparo que cursaba ante el Juzgado Tercero de Primera Instancia en lo Civil, mercantil y de transito de la circunscripción Judicial del área metropolitana de Caracas, que había dictado sentencia el 17 de Junio de 2005, declarando sin lugar la acción interpuesta contra el Grupo Medico de fertilidad C.A. del centro médico docente la Trinidad.

El caso es que la ciudadana Yamilex Coromoto Núñez de Godoy había contraído matrimonio con el ciudadano Dilmar José Godoy Mendoza, quien por padecer de una enfermedad conocida como sarcoma de Ewing extra – esquelético se vio obligado a someterse medico consistente de radio terapia, que afecto su fertilidad, por lo que siguiendo recomendaciones de su médico tratante procedió a preservar sus líquidos seminales por el lapso de dos años desde el 9 de junio del 2003 a cargo del grupo medico de fertilidad del centro médico docente la Trinidad acordando previamente con su esposa, someterse a un proceso de inseminación artificial o asistida a fin de procrear un hijo, con la utilización de esa muestra espermática, no siendo esto posible, dado su fallecimiento antes de la realización del referido procedimiento de inseminación ante esas circunstancias el grupo médico de fertilidad del centro médico la Trinidad se niega a la realización del procedimiento de inseminación artificial con la muestra seminal crio-conservada, alegando la inexistencia de la manifestación de voluntad del ciudadano Dilmar José Godoy Mendoza para que fuera realizada Post Morte, todo lo cual motivo la interposición de recurso de amparo constitucional por la ciudadana Yamilex Coromoto Nuñez de Godoy ante el Juzgado antes mencionado.

La sentencia reconoce ante la negatividad del grupo medico antes mencionado a practicar la fecundación in vitro, que existe la violación de tres derechos

fundamentales, como son el derecho a procrear, el del libre desenvolvimiento de la personalidad y el de la maternidad sin discriminación alguna, todo los cuales están íntimamente relacionados por cuantos son derechos inherentes a la persona humana y citando a Dominguez considera que “ no dependen de ninguna conducta o adquisición especial del sujeto, sino que nacen con este porque implica la protección de la esfera moral y corporal del ser”.

Considera que si bien en principio la reproducción asistida se conceptualizo como técnica de apoyo de fertilidad a las parejas infértiles, hoy en día ha alcanzado nuevas aplicaciones como por ejemplo el uso de embriones para la ciencia o la selección de embriones antes de su implantación pensando en futuros trasplantes entre hermanos o la donación de embriones congelados por terceras personas, las cuales retan al derecho, por no estar prohibida y a la vez no existir leyes que la rijan.

Consideran que aun ante la inexistencias del país de normas que la regulen, es posible aplicar la reproducción asistida postmortem, tanto la conocida como procreación artificial homologa, es decir, la que se lleva a cabo con el semen del marido o la heteróloga, que se efectúa con semen de un donante; por lo general anónimo. Admite que la fecundación in vitro homologa no presenta problemas en la determinación de la fijación del hijo nacido por dicho método toda vez que es utilizada por dos personas capaces y con su consentimiento, donde consta la existencia del semen, así como de quien emana y el estado civil de los involucrados en la inseminación, más sin embargo por razones de seguridad jurídica señala que se hace necesario una orden judicial al respecto (así no provenga de un proceso contencioso) de manera que constatados esos extremos se declare la filiación paterna del concebido estas circunstancias y se ordene su inscripción en el registro con tal filiación, ajustado a lo dispuesto en el artículo 235 del Código Civil a menos que tal paternidad sea desconocida por sus herederos mediante juicio al respecto. A diferencia de la heteróloga, en la cual se tiende a tribuir una paternidad distinta a la

biológica, pues como ya se apuntó interviene un donante anónimo y tendrá importancia en caso de que la mujer este soltera o casada; pues en este último supuesto la paternidad debe atribuírsele al marido y la filiación es matrimonial (artículo 204 del código civil), pero en el caso de la soltera el hijo tiene carácter de extramatrimonial y, en principio nadie puede ser legalmente su padre a menos que lo haga por adopción en este punto cabe mencionar que en voto salvado el magistrado Pedro Rondon Haaz, dicente al considerar que es ajeno a la causa de autos (como también lo son otros puntos referidos a la fecundación no consentida, la capacidad para suceder, entre otros) y en consecuencias, “ las afirmaciones a su respecto no constituye precedentes en el marco de una decisión de justicia constitucional”, llegando a calificarlo de “ultrapetita” y de “ impertinentes para el juzgamiento del caso concreto” pero en todo caso discrepa de la declaratoria de la sala acerca de “la forma en que debería reconocerse la filiación de los hijos concebidos mediante inseminación artificial que se practique después de la muerte de uno de los padres a juicio del salvante, la clave del asunto de autos: siempre debe constatar “la manifestación de voluntad que de ese semen se utilice para fecundar (...). Al ovulo de persona determinada que acepto”. Esa manifestación de voluntad debe ser especifica en cuanto a la fecundación post mortem y realmente a eso debio limitarse la sala , a determinar si efectivamente el esposo de la accionante había manifestado expresamente esa voluntad.

Así mismo, cuestiona las fuentes citadas en apoyo a los conceptos técnicos aquí contenidos, al considerar que muchas emanan de páginas virtuales que carecen de credibilidad o no son especializadas, considerando que la información sobre este tema debería provenir de sitios propio de los tribunales o gobiernos o, al menos, universidades de prestigio del país de que se trate.

La sala reconoce que si bien la ley sobre trasplantes de órganos y materiales anatómicos en seres humanos no regula la inseminación o reproducción asistida,

considera que el semen y los óvulos deben equipararse y concederle el mismo estatus jurídicos de los órganos y tejidos y en consecuencia no forman parte del mundo sucesoral por mandato de dicha ley, pero que sin embargo, si pueden ser dispuestos por sus poseedores biológicos para que sean utilizados en vida y post mortem, a través de una manifestación de voluntad que consten en documentos auténticos o privados o por una combinación de estos elementos que aprueban la voluntad y sus alcances y en estas circunstancias hay una clara voluntad de que nazca alguien con la condición de hijo, a quien la constitución y las leyes le reconocen el derecho de conocer a sus padres, y el artículo 809 del código civil “ debe ceder” ante esta situación, ya que él conoce el conocer a que tiene derecho este hijo, debe ser igual al de los otros hijos.

Decisión N° PJ0552013000004 de Tribunal Tercero de Primera Instancia de Juicio de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes de Caracas, de 9 de Enero de 2013

los demandantes alegaron: que interponen Demanda de Inquisición de Maternidad, y en consecuencia la Impugnación de la Partida de Nacimiento No. 133 del Libro Cuarto (4) del Registro de Nacimientos del Municipio Baruta del Estado Miranda de fecha 11 de octubre de 2011, contra la ciudadana NEILA J.B.H., venezolana, mayor de edad, con la cédula de Identidad Número 11.560.496; supuesta madre de la menor según la partida de nacimiento lleva por nombre C.M.B.H., por considerarse ser los legítimos padres de la niña antes mencionada por ser ellos los auténticos y únicos padres BIOLÓGICOS; (sub-rayado del tribunal) por otra parte, señalaron que la accionante, padece una infertilidad primaria con más de 5 años de evolución, siendo tratada y evaluada médica y científicamente por profesionales especializados en fertilidad y ginecología tanto en el país como en el exterior; alegan que la accionante fue sometida a 4 procedimientos de fertilidad complejos sin obtener resultados, cuyo diagnóstico se debe a: Factor tubo peritoneal: síndrome adherencias severo por endometriosis; Factor ovárico: síndrome de ovarios poliquísticos; Factor metabólico:

hipotiroidismo e hiperinsulinismo; Factor uterino: mala calidad endometrial; F. inmunológico asociado a la endometriosis y Factor masculino: oligospermia; tal como lo señaló el informe de la especialista en Fertilidad y Ginecología Endoscópica de la Unidad de Reproducción Humana de Venezuela, sin embargo los especialistas le sugirieron buscar las alternativas y de forma voluntaria del procedimiento médico científico útero subrogado (madre cuna) en otra persona (en este caso de un familiar) a los fines de poder ser padres. Por otra lado, acudieron a la consulta indicada por el especialista, acompañada de la ciudadana NEILA J.B.H., la cual le ofreció voluntariamente a ser el "útero subrogado" a su persona, mediante la cual se procedió a informar a la ciudadana NEILA J.B.H., de todos los riesgos de un embarazo producto de un procedimiento de fertilidad, y al estar de acuerdo se inició todo el procedimiento que conllevó desde la estimulación ovárica a la accionante, la fertilización en el laboratorio del óvulo de la mencionada con el espermatozoide de su cónyuge ANTONIO VACCARO D'ANNA., y una vez fertilizados los embriones fueron transferidos a la ciudadana NEILA J.B.H., y en consecuencia a los 14 días de ello la prueba de embarazo dio positiva y se llevó adelante el control del embarazo de NEILA J.B.H.; dicha gestación transcurrió sin complicaciones importantes, siendo un hecho cierto el nacimiento el 10 de enero de 2011, de la niña en la Clínica L.A.; que desde el momento siguiente al parto, mediante el cual fue a través de un procedimiento quirúrgico de cesárea, la niña fue recibida y atendida por madre biológica hasta la presente fecha, es decir, la ciudadana NEILA J.B.H., tal como había aceptado en ayudar a sus familiares en ser la persona que mediante estos procedimientos subrogó su útero a los fines de que en este caso, padres que sufren de la infertilidad en uno de ellos puedan tener a su hijo y a su vez sean los verdaderos padres biológicos, por lo que accedió a entregar voluntariamente a la niña y de esa forma contribuir a la felicidad de una pareja, que son en este caso la de sus cuñados; siendo el hecho cierto también que la ciudadana NEILA J.B.H., ha consentido y aceptado que los accionantes son los únicos y verdaderos padres de la niña que aun

teniendo por nombre C.M.B.H., según la partida de nacimiento que subsidiariamente se impugnara, y es reconocida por todos como SE OMITEN DATOS CONFORME AL ART. 65 DE LOPNNA; que la experticia técnica Heredo Biológica, como la prueba fundamental y única de la filiación materna y paterna, en consecuencia la legalidad y legitimidad que tiene la madre de fundamentar su acción de inquisición de maternidad a favor de su hija ya que con la prueba heredo-biológica que se ha indicado demuestra que los accionantes son los verdaderos padres de la niña, señalaron también que la ciudadana NEILA J.B.H., no tiene ningún interés en ningún procedimiento que se ellos invoquen; solicitaron sea declarado con Lugar la presente demanda de Inquisición de maternidad contra la ciudadana NEILA J.B.H., e igualmente, sea declarada la impugnación de la partida de nacimiento.

En fecha 11 de Junio de 2012, se verificó la oportunidad para que tuviera lugar el acto de contestación de la demanda, siendo que la ciudadana NEILA J.B.H. dio contestación de la demanda asistida de su apoderada judicial en los siguientes términos: reconoció como cierto y admitió el hecho que se ofreció voluntariamente a ser el "útero subrogado" de la ciudadana LYRRUTH PÉREZ GUDIÑO DE VACCARO debido del deseo que los accioantes tenían de procrear un hijo, en virtud del vínculo afín que los une y del apoyo y la solidaridad que se encuentran en los núcleos familiares; señaló también que reconoció como cierto y aceptó que tenía conocimiento de todos los riesgos de un embarazo producto de un procedimiento de fertilidad y que una vez fertilizados los embriones fueron transferidos a su persona, señala que a los 14 días de ello la prueba de embarazo dio positiva se llevó adelante el control del embrazo el cual transcurrió sin complicaciones importantes, siendo un hecho cierto al final el nacimiento el 10 de enero de 2011, de la niña de marras en la Clínica Leopoldo Aguerrevere en la ciudad de Caracas; así mismo reconoció como cierto y aceptó que desde el momento siguiente al parto, el cual fue mediante procedimiento quirúrgico de cesárea, la niña fue recibida y atendida por su madre biológica LYRRUTH PÉREZ GUDIÑO DE VACCARO hasta la presente fecha, es

decir, tal y con ella había aceptado en ayudar a sus familiares en ser la persona que mediante estos procedimientos, subrogó su útero a los fines de que en este caso son los padres que sufren de la infertilidad en uno de ellos puedan tener a su hijo y a su vez sean los verdaderos padres biológicos; en consecuencia accedió a entregar voluntariamente a la niña y de esa forma contribuir a la felicidad de una pareja, que en el presente caso son sus cuñados, el matrimonio VACCARO-PÉREZ., delata que se le presenta y lo que es totalmente cierto, es que desde el nacimiento de la niña, esta ha estado siempre en compañía y atención de sus padre biológicos, quienes han ejercido por la vía de los hechos, todos los deberes y derechos que devienen de la patria potestad, y ella voluntariamente ha consentido y aceptado el hecho cierto de que los ciudadanos ANTONIO VACCARO D'ANNA y LYRRUTH PÉREZ GUDIÑO DE VACCARO son los únicos y verdaderos padres de la niña.

Planteado el asunto en los términos expuesto, es evidente que nos encontramos ante un hecho de maternidad sub-rogada, la cual tuvo lugar cuando la ciudadana NEILA J.B.H. (cuñada de los accionantes) presta su vientre a los fines que sus cuñados puedan lograr ser padres a través de la técnica de fecundación in vitro; informada como fue de todos los riesgos médicos que ello implicaría, en fecha el 10 de enero de 2011, nace la niña de autos., producto del óvulo aportado por su madre genética y el espermatozoide aportado por su padre genético, ciudadanos, LYRRUTH PÉREZ GUDIÑO DE VACCARO y ANTONIO VACCARO D'ANNA,

Expuesto lo anterior, conviene destacar que modernamente se admite que madre no es únicamente la que da a luz, ya que el elemento genético puede considerarse determinante en situaciones como la planteada, incluso desde el punto de vista constitucional que da prioridad a la verdad biológica de la filiación; sin embargo, según nuestro Código Civil la mujer que da a luz es considerada la progenitora, según el artículo 197 ejusdem; esta afirmación puede ser desvirtuada con base en la verdad genética por parte de la ciudadana LYRRUTH PÉREZ GUDIÑO DE VACCARO,

que aportó su óvulo o su carga genética; es así como al impugnarse la maternidad basada en el parto mediante una prueba científica, como es la prueba del ADN, pudo demostrar la madre genética que efectivamente la niña nacida es su hija; lo anterior nos da una idea de la delicada situación que rodea a quienes conforman una problemática de esta naturaleza; una mujer da a luz un hijo que genéticamente no es suyo; entonces, vale preguntarse, a la luz del derecho ¿quien es la madre legal? ¿la que otorga el óvulo o la que da a luz al niño, o niña?; en este punto debemos, desde la óptica netamente taxativa el asunto estaría resuelto en el artículo 197 del CC, que dispone “la maternidad se determina por el parto”, pero ello dejaría al margen normas inclusive de rango superior como la Constitución e instrumentos internacionales; por tal razón las jurisprudencias y legislaciones más avanzadas del mundo admiten que el principio de la maternidad cierta basada en el parto, ha quedado sujeta a los supuestos de fertilización artificial; de esta forma, “la gestación” sub-rogada se configura en el caso de autos, donde la parte actora ciudadana LYRRUTH PÉREZ GUDIÑO DE VACCARO, quien dio su ovulo para que fuera implantado en el vientre de su cuñada, la ciudadana N.J.B.H., quien gestó y dio a luz a la niña de autos; es decir, la parte actora es la madre genética porque concedió el ovulo y la cuñada lo gestó en su vientre, dándole a luz; en consecuencia, lo procedente en derecho, para el caso que nos ocupa, es referirse a “vientre subrogado” o “gestación su-rogada”, porque la maternidad genética subsiste respecto de aquella madre que aportó el ovulo, que en el caso que nos ocupa fue la parte actora; y así se establece.-

Sin embargo, a todas luces podemos afirmar que ab initio la cuñada que dio a luz tiene a su favor la presunción de maternidad determinada por el parto, el cual fue por cesárea; esta presunción se desvirtúa con base en el principio del predominio de la verdad sobre las formas, con la prueba de filiación genética (ADN), aportadas en juicio por la actora; quien aportó su ovulo (carga genética); es por ello, que al impugnarse la filiación con base a la prueba de ADN, la cual reíla a los autos (FOLIOS 83 al 86), se obtiene una madre distinta a la que dio a luz, es decir a la hoy

accionante, la ciudadana LYRRUTH PÉREZ GUDIÑO DE VACCARO, y así se declara.

Siendo ello así, el Acta de Nacimiento signada bajo el N° 133, Libro Cuarto (4°) de fecha 11 de octubre de 2011 (FOLIO 10), pierde su fuerza, su valor en juicio cuando se pruebe una maternidad distinta a la reflejada en el acta de nacimiento, lo cual debe decidir esta juzgadora con base en la verdad real de la filiación que es un vínculo de sangre y genético, que trasciende el hecho del parto; por tal motivo, quien decide toma en consideración el hecho que la mujer que donó el óvulo, la ciudadana LYRRUTH PÉREZ GUDIÑO DE VACCARO ha demostrado fehacientemente en el presente juicio, que la niña nacida es su hija, y así se decide.

Fase II. Estudiar las bases legales de la reproducción asistida en otros países.

Argentina:

La Ex - Presidenta de la Nación, Cristina Fernández de Kirchner durante su mandato, reglamentó la Ley N° 26.862 de “Acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida” a través del Decreto 956/2013, que apareció publicado hoy en el Boletín Oficial. La autoridad de aplicación de la norma y de la reglamentación es el Ministerio de Salud de la Nación y, en lo que resulte materia de su competencia, la Superintendencia de Servicios de Salud. Los siguientes son los aspectos principales de la ley y su decreto reglamentario:

- La Ley 26.862 y su reglamentación cubren la necesidad de ser madres o padres a aquellas personas que no pueden procrear por medios naturales.
- Esta nueva legislación se inscribe en el marco de la ampliación de derechos que caracteriza los avances dispuestos por el Gobierno Nacional, contemplando de manera igualitaria e inclusiva los derechos de toda persona a la paternidad/maternidad

y a formar una familia, reconocidos por nuestra Constitución Nacional y Tratados Internacionales de rango constitucional.

- La Ley establece que tienen derecho a las prestaciones de reproducción médicamente asistida todas las personas, mayores de edad, sin discriminación o exclusión de acuerdo a su orientación sexual o estado civil.

- El sector público de la salud, las obras sociales reguladas y otras entidades de la seguridad social incorporarán como prestaciones obligatorias y a brindar a sus afiliados o beneficiarios, la cobertura integral de las técnicas de reproducción médicamente asistida.

- La cobertura garantizada en la reglamentación se basa en los criterios establecidos por la Organización Mundial de la Salud (OMS) con un enfoque integral e interdisciplinario del abordaje, el diagnóstico, los medicamentos, las terapias de apoyo y las técnicas de reproducción médicamente asistida de baja y de alta complejidad.

- En caso de que en la técnica de reproducción asistida se requieran gametos donados, la donación nunca tendrá carácter lucrativo o comercial.

- El Ministerio de Salud de la Nación elaborará los criterios de habilitación de los establecimientos y las normas de diagnóstico y utilización de las técnicas de reproducción asistida para su cobertura dentro del Programa Médico Obligatorio (PMO).

Así que, hoy día Argentina es uno de los países suramericanos en los que se realiza en mayor porcentaje la práctica de la maternidad subrogada. En los últimos años esta figura se ha creado su espacio en la sociedad argentina sin importar la inexistencia de regulación, hasta se podría decir que la inexistencia de regulación genera la práctica feliz de este tipo o método de reproducción asistida ya que las mujeres argentinas hoy en día utilizan esta figura en la mayoría de los casos como una opción para obtener un ingreso económico.

Los anuncios en la prensa argentina y la oferta y demanda en Internet muestran cómo cada vez más mujeres ofrecen su cuerpo para gestar un hijo ajeno, el modo en que están dispuestas a alquilar su vientre a cambio de dinero que les permita mantener su familia.

España:

La aparición de las técnicas de reproducción asistida en la década de los 70 supuso la apertura de nuevas posibilidades de solución del problema de la esterilidad para un amplio número de parejas aquejadas por esta patología. La novedad y utilidad de estas técnicas hicieron sentir muy pronto en los países de nuestro entorno la necesidad de abordar su regulación.

En España esta necesidad se materializó tempranamente mediante la aprobación de la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre técnicas de reproducción asistida. La Ley española fue una de las primeras en promulgarse entre las legislaciones sobre esta materia desarrolladas en países de nuestro entorno cultural y geográfico. Dicha Ley supuso un indudable avance científico y clínico en la medida en que las técnicas de reproducción asistida, además de coadyuvar a paliar los efectos de la esterilidad, se manifiestan como especialmente útiles para otros fines, tales como los diagnósticos o de investigación.

La Ley 45/2003, de 21 de noviembre, por la que se modifica la Ley 35/1988, de 22 de noviembre y posterior la Ley 14/2006 sobre Técnicas de Reproducción Humana. Así que algunas de las condiciones generales establecidas en esta ley son:

- Podrá someterse a un tratamiento de reproducción asistida toda mujer mayor de edad que haya presentado su consentimiento de forma libre y voluntaria y para la que el embarazo no suponga un riesgo para su salud.
- Una mujer casada requerirá el consentimiento de su marido para buscar el embarazo a través de un tratamiento de fertilidad.

- Se permite la donación tanto de óvulos y espermatozoides como de preembriones sobrantes de tratamientos reproductivos.
- La transferencia máxima de embriones en un ciclo es de tres.
- La paciente podrá poner fin al tratamiento en el momento que quiera antes de la transferencia.
- Se deberá respetar la confidencialidad de los pacientes así como de los donantes.
- La donación de gametos y preembriones deberá ser anónima y altruista. En el caso de óvulos y espermatozoides, los donantes podrán recibir una compensación económica por la donación.
- La elección de los donantes correrá a cargo de la clínica y en ningún caso se podrá seleccionar a petición de la receptora.
- Se podrá realizar el DGP (diagnóstico genético preimplantacional) únicamente para evitar el nacimiento de personas con una enfermedad genética que carece de tratamiento curativo posnatal.
- Los preembriones sobrantes de ciclos de fecundación in vitro podrán ser criopreservados para: uso posterior, donación con fines reproductivos, donación para investigación o destrucción. Solo se podrá optar por esta última opción cuando la mujer haya culminado su vida reproductiva.
- Se permite únicamente la selección de sexo o manipulación genética con fines terapéuticos y no reproductivos.

Además, en su artículo 10 deja constancia de tres premisas básicas en la regulación de dicho método reproductivo:

- Se declara nulo de pleno derecho el contrato de gestación subrogada por el que una mujer se ofrece a gestar el hijo de otra, ya sea con o sin transacción económica.
- La filiación del menor nacido por gestación subrogada en España queda determinada, al igual que en cualquier otro tipo de embarazo, por el parto.

- Se podrá reclamar la paternidad respecto del padre biológico en base a las reglas generales.

Francia

La gestación subrogada, a menudo llamada de forma incorrecta vientre de alquiler o maternidad subrogada, no es legal en Francia. No se reconoce como técnica de reproducción asistida y es objeto de una estricta prohibición. La ley no da pie a ambigüedades: buscar a una madre de alquiler, como se suele designar impropiamente a la gestante, está sujeto a sanciones penales.

Sin embargo, es una práctica que origina un debate a nivel social difícil de ignorar. En efecto, muchos niños se gestan ilegalmente en Francia, mientras cada vez más nacen en el extranjero, fruto del turismo reproductivo.

En Francia, la gestación subrogada es una técnica ilegal con una regulación muy estricta en todas sus modalidades (parcial o completa, altruista o comercial). El artículo 16-7 del Código Civil francés establece la nulidad de cualquier contrato de subrogación establecido entre los padres de intención y la gestante: “Todo convenio referente a la procreación o la maternidad subrogada es nulo”.

El Código Penal francés no contempla una sanción específica para la gestación subrogada. Sin embargo, el artículo 227-13 pena los casos de sustitución voluntaria, simulación u ocultación de datos que dañarían la integridad del estado civil de un niño.

De acuerdo con lo establecido en este artículo, la gestación subrogada es punible por ley, puesto que considera que la madre legal es una persona distinta a la mujer que ha dado a luz. Eso contradice el principio de derecho *mater semper certa est*, que sigue vigente en Francia.

Desde el punto de vista del derecho francés, significa ocultar un parto (el de la gestante) para fingir otro (el de la madre de intención), lo cual es un delito penado

con tres años de prisión y una multa de 45 000 euros. Estas sanciones se pueden aplicar si se sospecha que existe intención de llevarlo a cabo.

A su vez, el artículo 227-12 castiga como delito el hecho de hacer de intermediario entre una persona o una pareja con deseo de tener un hijo y una mujer dispuesta a gestarlo. Esta disposición atañe a particulares, pero también a las agencias y a los profesionales de las clínicas.

Esta infracción de la ley se sanciona con un año de cárcel y 15 000 euros de multa. Sin embargo, si los hechos se producen con una intención de lucro o de forma habitual, las penas se multiplican por dos.

Practicar técnicas de reproducción asistida no reconocidas o permitidas por el Código de Salud Pública (entre las cuales está incluida la gestación subrogada) está sancionado de acuerdo a lo establecido en el artículo 511-24 del Código Penal con cinco años de prisión y 75 000 euros de multa.

La legislación francesa se muestra más restrictiva con los profesionales del sector médico que con los padres de intención o la gestante.

En resumen, la gestación subrogada se condena en el plano ético y jurídico en base a dos cláusulas relativas al orden público:

- El cuerpo humano no puede ser objeto de un contrato privado (artículo 16-1 del Código Civil).
- La condición jurídica de una persona no puede ser objeto de un contrato privado.

Además, como no existe ninguna manera legal de recurrir a la gestación subrogada en Francia, la mayoría de los padres intencionales deciden salir del país para realizarla. Eligen destinos donde esta técnica reproductiva se beneficia de una legislación favorable.

Solo una pequeña proporción de estos padres y madres intencionales se encuentra con problemas para regresar a Francia con sus recién nacidos y conseguir el reconocimiento legal de su condición de padres.

Según el artículo 47 del Código Civil francés, cualquier certificado de registro civil establecido en un país extranjero se considera válido, a menos que figuren elementos que demuestren su irregularidad o que los hechos declarados no se correspondan con la realidad.

El certificado de nacimiento extranjero del bebé nacido por gestación subrogada fuera de Francia se debe presentar para ser aprobado por las autoridades francesas competentes y confirmar así su conformidad jurídica y civil.

Francia aprueba las sentencias emitidas por tribunales extranjeros siempre que su ejecución no implique:

- La ausencia de competencia indirecta del juez extranjero
- Un fraude de ley
- Un proceso contrario al orden público

Atendiendo a estos criterios, en Francia, el contrato de gestación subrogada realizado en el extranjero sigue considerándose nulo, mientras que el acto que establece la filiación sí se reconoce como válido.

Estados Unidos

Al ser éste un país federal, compuesto por estados independientes, existen tantas legislaciones como estados. Por ello, es que no existe un derecho de familia federal, sino que cada estado tiene el suyo propio y esto es lo que nos lleva a observar el distinto tratamiento que se le da, concretamente, a la maternidad subrogada en Estados Unidos. Por ello podemos concluir que, si bien no hay leyes que permitan expresamente la práctica de la maternidad subrogada, tampoco hay aquellas que la prohíban y por ende, existe una tendencia a la permisividad de la práctica de esta técnica.

La figura jurídica de la maternidad subrogada posee su fundamento jurídico esencial en el Derecho a la Privacidad que tienen todos y cada uno de los

ciudadanos norteamericanos, y en el derecho a la procreación, para que logren en uso de las técnicas de reproducción humana conformar y constituir una familia.

Como consecuencia surgió en los Estados Unidos la necesidad de regular las situaciones producidas por el fenómeno de la maternidad sustituta, de allí la existencia de numerosos proyectos legislativos algunos pretenden su prohibición y otros intentan vetar únicamente la llevada a cabo de modo comercial.

Fase III. Determinar la filiación como producto de la reproducción asistida en Venezuela.

La filiación en las técnicas de reproducción asistida en Venezuela, es deber primeramente, hablar de la filiación en sentido amplio. La filiación es el vínculo jurídico que existe entre dos personas las cuales una es el padre o la madre y la otra es el hijo, si la relación se contempla de la madre al hijo se le llama filiación materna, y si se contempla del padre al hijo se le llama filiación paterna, en cualquiera de las dos podría decirse que la filiación es el punto de partida del parentesco, que se encuentra contemplado en el artículo 37 del código civil venezolano, que establece, “el parentesco puede ser por consanguinidad o por afinidad. El parentesco por consanguinidad es la relación que existe entre las personas unidas por los vínculos de la sangre. La proximidad del parentesco se determine por el número de generaciones. Cada generación forma un grado”.

Peñaranda (2010: 471) en concordancia con la citada norma, añade que la filiación une a las personas q descienden unas de otras, el concepto más aceptado indica que la relación de filiación es la que se da entre padres e hijos, es decir, entre generantes y generados. También puede decirse es la relación inmediata de parentesco que existe entre la madres, padres e hijos. Es la fuente del parentesco por consanguinidad (produce vínculos de consanguinidad recta en primer grado ascendentes o descendentes).

Ahora bien, en cuanto a la determinación de la filiación como producto de la reproducción asistida, es necesario considerar varios aspectos, como lo son, la donación de óvulos, de espermias y la gestación por madre sustituta. Sin embargo es necesario tener presente, que conforme al Código Civil venezolano, en su artículo 197, la filiación materna resulta del nacimiento, y con respecto a la paternidad, según lo establecido en el artículo 201, la paternidad matrimonial se presume y la extramatrimonial debe de comprobarse a través del reconocimiento voluntario o judicial.

En el caso de la concepción artificial del hijo concebido con el ovulo y semen de los padres solicitantes y gestado por otra mujer, es decir, por la madre sustituta, al respecto Grisanti (2008, p. 402) señala que

La mujer que gesto o dio a luz a la criatura, madre sustituta, es legalmente la madre del niño. Si ella es casada, su marido se tiene como padre de la criatura, por aplicación de la presunción de paternidad matrimonial. Si es soltera deberá considerarse como su hijo extramatrimonial y carecerá legalmente de padre hasta que el hombre que se considere su padre, que puede ser quien suministro el semen lo reconozca.

De lo anterior mencionado, se infiere que la madre siempre será la que dio a luz al niño, obedeciendo al principio *mater semper certa est*, conforme al artículo 201 del Código Civil.

Ahora bien, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia venezolano, en su sentencia No. 1456-270706-05-1471, expediente 05-1471, con ponencia del magistrado Jesús Eduardo Cabrera Romero, expone que la filiación se determinara con respecto a aquellos que desde un principio tuvieron la voluntad procreacional.

Con respecto a esto, se puede afirmar que padres serán quienes tuvieron la voluntad de procrear, pues desde el punto de vista médico, si los padres solicitantes fueron los que aportaron los óvulos y espermias para dar concepción al niño,

ellos serían los padres biológicos, pues el niño llevaría su carga genética y no la de la madre sustituta por más que ella lo gestó, tal y como lo afirma Araujo(2008): Como se puede observar en este caso, la calidad jurídica de madre para el Derecho y en virtud de la aplicación del Principio Mater Semper Certa Est, madre sería la tercera mujer que llevo a cabo el proceso de gestación. Pero si se hiciera alguna prueba genética a ella y al menor, este no tendría ningún vínculo con la mujer que lo parió.

En el caso de la concepción artificial del hijo concebido con el semen del padre contratante y por el ovulo de la madre gestante, en principio resultaría claro que la filiación materna resulta de la mujer que dio a luz, según lo dispuesto en el artículo 201 del Código Civil, y aún más cuando la misma haya aportado su ovulo lo cual confirmaría la filiación existente ya que llevaría su misma carga genética, pero considerando la sentencia emitida por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia venezolano, No. 1456-270706-05-1471, expediente 05-1471, con ponencia del magistrado Jesús Eduardo Cabrera Romero, anteriormente expuesta, la filiación le correspondería a aquellos que hayan tenido la voluntad procreacional, independientemente si estos no llevaran la misma carga genética del niño.

En el supuesto de la concepción artificial del hijo concebido con el ovulo de la madre contratante y el esperma de un donante pero gestado por un tercero, que sería la madre sustituta, la filiación igualmente, según lo mencionado anteriormente, le correspondería a aquellos que hayan tenido la voluntad de procrear según lo mencionado emitida por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia venezolano, No. 1456-270706-05-1471, expediente 05-1471, con ponencia del magistrado Jesús Eduardo Cabrera Romero.

En el supuesto de la concepción artificial del hijo concebido con el ovulo y esperma donado por personas distintas a los padres contratantes, pero gestado por

un tercero que sería la madre sustituta, la filiación le corresponde igualmente a aquellos que hayan tenido la voluntad de procrear según lo expuesto en sentencia anteriormente mencionada.

De igual forma Prieta W, Troconis A (2011).La Filiación Materna en la Práctica de la Maternidad Subrogada en Venezuela. (Tesis de pregrado), Universidad Rafael Urdaneta, Maracaibo, Venezuela, establecen que:

En lo concerniente a los casos de maternidad subrogada, para atribuir correctamente la filiación materna del niño nacido en esta modalidad de reproducción asistida a la madre biológica o solicitante, se atenderá al criterio jurisprudencial en el que se toma en cuenta la voluntad de procrear.

En síntesis, con respecto a la determinación de la filiación como producto de la reproducción asistida, por no existir legislación especial al respecto, la Sala Constitucional ha establecido que se determinará por la voluntad procreacional, siendo así, en Venezuela el establecimiento del vínculo de filiación, hasta tanto no exista ley especial, estará en aquellos que desde el principio tuvieron la voluntad para procrear y por ello usaron la opción de la maternidad subrogada. Ahora bien, por no estar, la maternidad subrogada, ajustado, en su totalidad, a las normas generales en materia civil venezolana, se entenderá, respecto a la filiación, los efectos establecidos en la sentencia antes citada.

Conclusiones

Gracias a los adelantos de la ciencia, hoy en día es posible la procreación mediante el uso de técnicas de reproducción humana asistida, como lo son: la inseminación artificial, la fecundación in vitro y la gestión subrogada o alquiler de vientre. Estas técnicas se apartan del proceso natural de procreación, y es la intervención médica la

que hace posible concebir y dar a luz un niño, lo que en circunstancias normales y naturales sería imposible.

La reproducción asistida está siendo utilizada por miles de parejas que buscan en ella la solución a sus problemas de infertilidad y esterilidad. Estos procedimientos ya no son utilizados como simples experimentos sino que se han convertido en una práctica común en el mundo entero.

Si bien este tipo de fenómenos poco habían interesado al derecho, la situación actual nos obliga a replantearnos dicha actitud, hoy por hoy la ciencia jurídica esta llamada a involucrarse cada vez más en este tipo de fenómenos bio – tecno – sociales, nuestra investigación nos permite afirmar que en el momento actual, resulta inadmisibles que el derecho continúe al margen, no solo del fenómeno biotecnológico, sino de las consecuencias derivadas del mismo.

Efectivamente, en la medida en que la aplicación de dichas técnicas incide en la esfera social, es la medida en la que el derecho se ve obligado a intervenir. La investigación ha permitido comprobar que la concepción de las personas, resulta insuficiente al momento de abordar en su integridad las consecuencias derivadas de las técnicas de dichas técnicas.

Finalmente, la misión del legislador debe encaminarse a llenar los vacíos existentes que hay en materia de Reproducción Asistida, y complementar día a día las pocas leyes que actualmente existen, puesto que es fundamental que la ley evolucione al mismo tiempo y con los mismos criterios con los que progresan las ciencias médicas y científicas. Más cuando comenzamos un nuevo milenio, lleno de descubrimientos y de proyecciones científicas sumamente importantes para el desarrollo humano, con repercusiones a nivel social, económico, cultural y ecológico.

Recomendaciones

1. En cuanto a la práctica de la reproducción asistida en Venezuela cabe destacar, que en el ordenamiento jurídico se necesita con urgencia del pronunciamiento del legislador a objeto de regular estas técnicas, mediante ley especial o reformando la existente, debiendo este prestar especial consideración a lo atinente a la religión, el derecho a concebir, ya que sin ningún tipo de regulación, pues se crearía el riesgo de que su utilización y aplicación respondiera a otros fines que no fueran los de mejorar y procurar la mejor calidad de vida para todos para todos los seres humanos.
2. Debe haber responsabilidad del Estado, del Ministerio de Salud, y sumarse a la responsabilidad de estos, a manera de innovación, las universidades y facultades de medicina en lo que es el campo del desarrollo biomédico – tecnológico, para así asegurar un respaldo de estas instituciones a la idoneidad de los profesionales que aplican las técnicas, garantizar y proteger los derechos de los usuarios. Por otra parte también ayudaría a la discusión del tema que el mismo este enmarcado en una amplia participación, donde se den los debates necesarios para que la propuesta que se lleve adelante sea integral, refleje la diversidad de las opiniones, responda a la convivencia democrática y se proyecte a futuro. La ordenación jurídica de las nuevas tecnologías reproductivas se debe hacer de forma tal que en su práctica se respeten o promuevan los Derechos fundamentales.
3. Venezuela debe preocuparse en sumarse a la innovación de sus leyes con respecto a fenómenos como los ya estudiados para no permitir que se practiquen sin regulación alguna, ya que el derecho no debe ignorar este tipo de situaciones y crear marcos legales que encaminen a la solución de estas realidades.

4. Debe existir una preocupación legislativa de parte del Estado con respecto a los temas controversiales que trae consigo el derecho a procrear, tales como si es aplicable el mismo solo a parejas heterosexuales y personas individualmente consideradas, es por eso de mera importancia la existencia de una legislación en Venezuela que regule este tipo de actos y que sancionen aquellos que violen la norma establecida, pero como no hay una existencia de una norma legislativa son innumerables los actos ilegales que se realizan abierta o cerradamente con respecto a estas técnicas.

REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

- Arias, F (2006). Proyecto de investigación, para su elaboración. Editorial Pisteli Oriasis. Tercera Edición. Caracas
- Bracho y Medina (2013). Análisis del Derecho Comparado Sobre la Regulación de la Maternidad Subrogada en el Ordenamiento Jurídico Argentino y Venezolano. Universidad Rafael Urdaneta.
- Fuenmayor (2012). Análisis del Status de la Filiación de los Nacidos Mediante Técnicas de Reproducción Humana Asistida Conforme a la Ley Sustantiva Civil Venezolana. Universidad Rafael Beloso Chacín
- Fuenmayor y Polo (2014). El Derecho a Conocer la Identidad Paterno-Biológica en los Niños, Niñas y Adolescentes Concebidos Mediante Inseminación Artificial con Donante Anónimo. Universidad Rafael Urdaneta.
- Gonzalez y Rodríguez (2013). Fecundación in Vitro. Limites, Alcance y Consecuencias Jurídicas. Universidad de el Salvador
- Moreno (2010). Consecuencias Ético-Jurídicas Derivadas de la Procreación Medicamente Asistida en el Procedimiento de Fertilización In Vitro. Universidad Rafael Urdaneta.
- Peñaranda, H. (2010) Derecho de Familia, Editorial Universidad del Zulia
- Piña, O. (2006). Contexto Jurídico de la Protección Médicamente Asistida. Primera Edición. Editorial Universidad del Zulia
- Rodríguez, A. El Derecho Comparado. Puede encontrarse en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/comparado/>. Consulta en línea:(14 de enero del 2018)
- Sánchez (2007), Metodología de la Investigación. 5ta Edición. Ciudad y País Editorial Epistema