

# Fertilización *post mortem*

Henry J. MARTÍNEZ S.\*  
RVLJ, N.º 11, 2018, pp. 367-396.

## Sumario

**Introducción** **1. Concepto** **2. El consentimiento para la realización de la inseminación *post mortem*** *2.1. Fecundación post mortem, con consentimiento del esposo* *2.2. Fecundación post mortem, sin consentimiento del esposo* **3. Regulación de la fecundación *post mortem* en el Derecho comparado** **4. Fecundación *post mortem* en Venezuela. ¿Con consentimiento o sin consentimiento del cónyuge o pareja? Sentencia N.º 1456/2006 de la Sala Constitucional** *4.1. Fecundación post mortem ¿con consentimiento?* *4.2. Fertilización post mortem con hurto de semen* **5. Filiación del concebido** **6. Sucesión** **7. El derecho del niño a tener un padre y una madre.** **Conclusiones**

## Introducción

Uno de los fines –quizá el más importante– en cuanto a la unión de un hombre y una mujer ha sido el de la propagación de la prole –la procreación–, con el fin de resguardar la raza humana. El tema de la reproducción entendida como hecho natural, como proceso biológico que se realiza a través de las relaciones sexuales entre parejas heterosexuales, con el fin de fecundar el producto de su unión, se ha visto alterado por los avances de la ciencia, trayendo como consecuencia cambios profundos tanto en la realidad social como jurídica de los diferentes ordenamientos a nivel mundial. Referimos

---

\* **Universidad Central de Venezuela**, Abogado; Especialista en Derecho Penal y en Derechos Humanos; Profesor en Práctica Jurídica y Seminario.

a parejas heterosexuales, puesto que en el caso de la fecundación *post mortem* se trata de la aplicación de una técnica de reproducción asistida en la cual la mujer es inseminada con el semen del marido o compañero, que está por fallecer, o que ya su muerte ocurrió, práctica que viene aplicándose desde los años 1980.

Esta modalidad tiene variantes que desarrollaremos de seguida, y trataremos de plasmar una serie de inquietudes que nos surgen en relación con esta técnica y que van desde el hecho de contar o no con el consentimiento del padre, de la filiación que surge de acuerdo a las situaciones debatidas, el tiempo transcurrido para la práctica de la inseminación, los derechos sucesorios de los niños o niñas que, producto de esta situación, serán en el momento de su nacimiento huérfanos de padre.

El jurista debe dar respuesta a diversidad de situaciones que se presentan en relación con estas técnicas y, de igual modo, a una nueva gama de relaciones que de ellas se generan, que llevan implícitas expectativas, que de materializarse serán positivas, pero que de ser lo contrario se convierten en abusos injustificables contra los derechos de las personas involucradas en ellas, así como la existencia de dilemas éticos, puesto que el necesitar la intervención de otros a efectos de procrear, se convierte en un verdadero problema.

Las relaciones familiares constituyen el fundamento del Derecho de Familia y es precisamente allí, donde nos encontramos con todo lo referente a la filiación, específicamente en los casos de duda con respecto a la misma, en supuestos en que se presentase dificultad con razón al establecimiento de la paternidad, que conllevaron al desarrollo de teorías, pruebas y la aplicación de presunciones, que a *posteriori* con la implementación de pruebas biológicas –en nuestro caso venezolano la experticia heredobiológica–, lograron determinar de manera irrefutable la paternidad, pero siempre partiendo de la base cierta de la existencia de una relación sexual.

El término *post mortem* es el vocablo mayormente aceptado en relación con esta técnica, que aplica siempre en el caso de la mujer como miembro superviviente

de la pareja y que será inseminada con el líquido seminal de su cónyuge o compañero que falleció o que se encuentra por fallecer y que presenta distintas variantes, como son, en primer lugar, el caso de la fecundación del óvulo de la mujer con el esperma del marido, extraído de este último con anterioridad al fallecimiento o posteriormente a este, bien sea con o sin consentimiento y que ha sido conservado a través de bancos de semen; en segundo lugar, puede ubicarse la posibilidad de concebir con un óvulo fecundado –fertilización *in vitro*– antes de la muerte del marido, y que será implantado luego del fallecimiento del cónyuge lo que también sucede a menudo y, en último lugar, la fertilización *post mortem* como producto del hurto de semen, considerada por el Tribunal Supremo de Justicia –en fallo que se comentará *infra*<sup>1</sup>–.

Son situaciones estas que afectan tanto en el Derecho como en los aspectos éticos, sociales y morales, en los que deben valorarse los intereses de las partes involucradas en ello, entre los que se encuentran los del *de cuius*, los del hijo que nacerá huérfano, los de la mujer que quiere ser madre y también los intereses del entorno familiar que puede sentirse lesionado ante el nacimiento de un nuevo ser, cuya filiación deberá ser demostrada jurídicamente y decidir si se establecerá en relación a ambos padres, o solamente en relación con la madre que se insemina con el material seminal de su cónyuge o pareja. En el mismo orden de ideas, nos encontramos ante la dificultad de que el niño o niña nace de un padre fallecido, que puede ser tiempo después, sin establecer un *quantum*, lo que incide en su identidad, fomenta la inseguridad jurídica ante la situación de actos referidos a terceros, cargas hereditarias, negocios jurídicos realizados sin contar con su existencia; es por ello que consideramos que es un tema álgido, puesto que, si bien se sabe quién es el padre, el nacido no podrá disfrutar de su afecto, de sus cuidados y protección.

En Venezuela, no contamos con una regulación expresa en la materia; ha sido a través de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela que se ha avanzado un poco en relación

<sup>1</sup> TSJ/SC, sent. N.º 1456, del 27-07-06, caso Yamilex Coromoto Núñez de Godoy vs. Centro Médico de Fertilidad, C. A., del Centro Médico Docente la Trinidad, <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Julio/1456-270706-05-1471.htm>.

con estas técnicas, especialmente con la sentencia N.º 1456/2006, por lo que procederemos a trabajar con ella en lo que concierne al espacio venezolano.

## 1. Concepto

La expresión *post mortem* tiene que ver con la condición de que es «posterior a la muerte»<sup>2</sup>, se origina en función a la muerte de uno de los progenitores –en esta cuestión específica, la premoriencia recae en el hombre–, y se refiere a una de las modalidades de las técnicas de reproducción asistida en la que el marido ha fallecido y se precisa que el semen se haya mantenido congelado, puesto que a partir de allí es que se dará origen a los gametos –célula con función reproductora–. La mujer o cónyuge sobreviviente fecunda su óvulo con el esperma de su marido, compañero o pareja estable que ha fallecido, evidenciándose en este caso la fecundación homóloga –que se produce con gametos del marido o del varón con el que se convive y permite la fecundación–. Es preciso destacar que las modalidades para extraer el líquido seminal pueden realizarse en distintos espacios de tiempo y que hasta el momento se considera que son tres, entre las que tenemos:

- i. Antes de un tratamiento terapéutico como es el caso de la radioterapia o la quimioterapia, que puede ser lesivo y ocasionarle al hombre pérdida total o merma de su capacidad reproductiva –es decir se realiza de manera previa– a objeto de conservarlo con fines reproductivos *a posteriori*. Puede entonces presentarse la situación en que la cónyuge o pareja una vez que ha fallecido el hombre decida reclamar el material con el firme propósito de practicarse una fertilización *post mortem*.
- ii. Una vez que la pareja ha fallecido, la mujer hace extraer el semen del cadáver de su esposo o compañero recientemente fallecido, a través de biopsia cadavérica de testículo, lo que implicaría la disposición expresa de donación.

---

<sup>2</sup> Véase aunque con referencia a la filiación en general, en la que también incluye la fertilización artificial: DOMÍNGUEZ GUILLÉN, María Candelaria: «Breve referencia a la filiación *post mortem*». En: *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*. N.º 134. UCV, Caracas, 2009, pp. 195-217.

iii. En el momento en que se encuentra la persona en coma irreversible o muerte encefálica, de una vez se le extrae el semen y se le somete al procedimiento de congelación o crio-preservación.

Estas tres variantes indefectiblemente conllevan a la concepción de un hijo póstumo, es decir, procreado después de la muerte del padre, por lo que su práctica genera cuestionamientos en lo ético y lo jurídico.

No obstante, existe otra aplicación de la inseminación *post mortem* que tiene que ver con la transferencia de embriones *post mortem*, mediante la cual un embrión concebido *in vitro* en vida de ambos progenitores, es implantado en el útero materno después del fallecimiento de su progenitor.

Este es quizás el supuesto que genera menos rechazo en relación con las variantes anteriores de la técnica, puesto que procede de una fecundación anterior a la muerte y en la que existe la presunción de la manifestación de la voluntad de ambas partes, puesto que se encontraban ante la realización de un tratamiento basado en técnicas de reproducción asistida.

Asimismo, queda descartada, o no es procedente, este tipo de reproducción en el caso de ser la mujer quien fallezca y el esposo o pareja sobreviviente extraiga los óvulos de ella con el fin de tener un hijo de ambos, no se podría hablar entonces de fertilización *post mortem*, pues en este caso se requeriría de algo más, como lo es un vientre o útero de otra mujer en el que se implantaría el embrión y se convertiría entonces en un caso de maternidad subrogada o gestación por sustitución<sup>3</sup>.

---

<sup>3</sup> Véase: DOMÍNGUEZ GUILLÉN, María Candelaria: «Gestación subrogada». En: *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*. N.º 1. Caracas, 2013, pp. 183-227; MARTÍNEZ S., Henry: «Maternidad subrogada». En: *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*. N.º 10-1 (Edición homenaje a María Candelaria Domínguez Guillén). Caracas, 2018, pp. 269-284, [www.rvlj.com.ve](http://www.rvlj.com.ve).

## 2. El consentimiento para la realización de la inseminación *post mortem*

El consentimiento es un elemento fundamental en el Derecho, y sobre todo en la formación del derecho de los contratos, representa la adhesión o sujeción por una de las partes, a una propuesta determinada realizada por la otra parte. Esa manifestación se encuentra enmarcada dentro de lo que en el Derecho Civil denominamos «autonomía de la voluntad», es decir, la libertad de decisión de un sujeto que se encuentra en plenitud de facultades. En relación con el consentimiento, DOMÍNGUEZ GUILLÉN señala que es: «Uno de los elementos esenciales para la existencia del contrato (artículo 1141.1 del Código Civil). Consenso o acuerdo de voluntades, expresado en forma libre y consciente a los fines de constituir, regular o extinguir una obligación»<sup>4</sup>.

En este sentido refiere DE FREITAS, siguiendo a Miguel REALE, que: «una de las conquistas irrenunciables de la civilización es la autonomía de la voluntad, esto es, el poder que, dentro de los límites previstos por las leyes, tiene cada hombre de ser, obrar y de abstenerse, para obtener algo que entra en la escena de su interés»<sup>5</sup>. Añade la autora:

Queremos advertir que este principio –autonomía de la voluntad– del Derecho Civil al permitir a los sujetos ejecutar actos jurídicos o negocios jurídicos es reconocido tanto en el campo extrapatrimonial (familia y personas) –afirmación que trataremos de explicar en esta investigación en el ámbito del derecho de la persona natural– como patrimonial, sin desconocer una mayor injerencia de la voluntad en este último, debido a las características propias de sus normas<sup>6</sup>.

<sup>4</sup> DOMÍNGUEZ GUILLÉN, María Candelaria: *Diccionario de Derecho Civil*. Editorial Panapo. Caracas, 2009, pp. 44 y 45; DOMÍNGUEZ GUILLÉN, María Candelaria: *Curso de Derecho Civil III Obligaciones*. Editorial RVLJ. Caracas, 2017, pp. 490-494.

<sup>5</sup> DE FREITAS DE GOUVEIA, Edilia: «La autonomía de la voluntad en el derecho de la persona natural». En: *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*. N.º 1. Caracas, 2013, p. 42.

<sup>6</sup> Ídem.

Esa autonomía de la voluntad se encuentra íntimamente vinculada con la libertad individual de cada sujeto, reconocida por la ley y que permitirá al individuo ejercer los derechos de los que es titular y así poder realizar negocios jurídicos, llegando en algunos casos a denominarse el principio de la autonomía de la voluntad como libertad jurídica. En nuestro ordenamiento jurídico el principio de autonomía de la libertad se encuentra fundamentado o instituido en nuestro texto constitucional, especialmente sus limitaciones en su artículo 20 cuando establece que: «Toda persona tiene derecho al libre desenvolvimiento de su personalidad, sin más limitaciones que las que derivan del derecho de las demás y del orden público y social»<sup>7</sup>.

El desarrollo de la personalidad se encuentra garantizado dentro del marco normativo de nuestra Constitución y como tal permite el libre albedrío de los seres humanos en relación con su elección, poder de decisión y disposición que tiene el sujeto, entendidos en un ámbito de libertad y en sentido amplio.

Lo anteriormente expuesto, nos hace asociar que, si bien tanto el consentimiento como la voluntad tienen preponderancia en lo que atañe al varón en relación con la utilización que se pueda hacer de su líquido seminal –semen–, entendemos que no podemos seguir la rigurosidad de la teoría de los contratos, flexibilizándose entonces un poco, pero no podemos dejar de acotar que la autorización debe ser exteriorizada y personalísima, de manera expresa y con un fin específico, de la que no escapa en igualdad de condiciones la voluntad y el consentimiento de la mujer, por lo que se entiende entonces que debería ser una voluntad concurrente de la pareja, sobre todo ya que el hecho de traer al mundo a un niño o niña en condiciones distintas, en la que su procreación deviene de un padre premuerto que no podrá brindarle la protección, amor y seguridad que merece para su sano y cabal desenvolvimiento. Y que, por lo demás, ese consentimiento o autorización producirá efectos hasta más allá de la muerte, pues a partir de este se pueden transmitir,

<sup>7</sup> Vid. *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N.º 5453 extraordinario, del 24-03-00. Véase: DOMÍNGUEZ GUILLÉN, María Candelaria: «Alcance del artículo 20 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (libre desenvolvimiento de la personalidad)». En: *Revista de Derecho*. N.º 13. TSJ. Caracas, 2004, pp. 13-40.

además de derechos o relaciones de contenido patrimonial, una serie de relaciones jurídicas que, dependiendo de la manera en que sean tratadas, producirán los efectos esperados.

Así como la existencia del consentimiento o afirmación positiva es determinante para realizar la fecundación *post mortem*, no podemos dejar de mencionar que esa manifestación de voluntad puede perfectamente ser revocada, lo que puede suceder en cualquier momento –previo a la aplicación de la técnica de reproducción asistida– y que deberá hacerse de manera similar en que se produjo la autorización de la misma. En el Derecho comparado se aprecian leyes que establecen que la declaración de voluntad acerca de la utilización que debe darse a la muestra seminal o material reproductor, se realice a través de un testamento, o escritura pública, situación que en la sentencia N.º 1456/2006, emanada de la Sala Constitucional, no resulta aclarado.

### 2.1. *Fecundación post mortem, con consentimiento del esposo*

Si bien algunas legislaciones rechazan la inseminación *post mortem* basándose en la necesidad del niño de contar con ambos progenitores<sup>8</sup>, no es menos cierto que las que sí la permiten son mayoritariamente contestes en afirmar que el requisito quizás más importante, es la manifestación de voluntad, o consentimiento del esposo o pareja estable cuyo fallecimiento está próximo o ya ha ocurrido.

En el caso que nos atañe, en cuanto a la utilización de este tipo de fertilización *post mortem*, la declaración del consentimiento debe ser libre de vicios, concreto y específico, a una mujer determinada –su pareja– y que pudiera

---

<sup>8</sup> BERNAD MAINAR, Rafael: «La regulación de la reproducción asistida en el Derecho comparado». En: *Estudios de Derecho Civil. Libro homenaje a José Luis Aguilar Gorrondona*. Tomo 1. TSJ. Caracas, 2002, pp. 272, cita en tal sentido la legislación alemana. Véase también sobre la fertilización *post mortem* del citado autor: *Efectos jurídicos de las nuevas técnicas de reproducción humana*. UCAB. Caracas, 2000. pp. 115-124. Véase igualmente: AGUILAR GORRONDONA, Jorge: «Reflexiones sobre los efectos jurídicos en materia de Derecho de Familia de la reproducción asistida». En: *Estudios de Derecho Civil. Libro homenaje a José Luis Aguilar Gorrondona*. Tomo 1. TSJ. Caracas, 2002, p. 53, la fecundación *post mortem* es un caso de reproducción asistida monoparental contrario al interés del hijo.



ser revocado cuando aún no se hubiese iniciado un procedimiento de reproducción asistida previo a la muerte del cónyuge cuya implantación sería *post mortem*, o bien porque el donante cambió de parecer y revocó su consentimiento en relación con la utilización de su semen para procrear después de su fallecimiento, para lo que deja instrucciones precisas, prohibiendo su utilización. El consentimiento del padre es fundamental y generaría mayor seguridad que fuese el de ambos miembros de la pareja, en procura de impedir a futuro cualquier situación en relación con la pretensión de impugnación de paternidad que pudieran implementar los terceros interesados, ante el nacimiento de un hijo o hija cuya condición es distinta a la de los demás por el hecho de ser concebido de un padre premuerto y que en algunas oportunidades puede exceder el período de tiempo establecido en la mayoría de las legislaciones, para establecer la filiación.

## 2.2. *Fecundación post mortem, sin consentimiento del esposo*

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

Dos días antes de fallecer, ocurrida en diciembre de 1983, contrajo matrimonio con Corinne, en la habitación del hospital. La viuda Parpalaix de acuerdo con los padres del esposo fallecido, demandan por vía judicial al Centro de Conservación de Esperma, con la pretensión de que les fuese devuelto el semen depositado por Alain Parpalaix en su momento. Es menester acotar que no se demandaba la licitud o no de la inseminación *post mortem*, sino la devolución de un producto o de un fluido dejado en depósito en dicho Centro y que por vía de consecuencia consideraban que como herederos les pertenecía.

El asunto que se debía resolver versaba sobre la restitución de las cánulas que contenían el espermatozoides del marido y a quién debían ser entregadas, si a la viuda o a los padres como herederos del *de cuius*. Para decidir el Tribunal esgrimió varios puntos en su argumentación, entre ellos el hecho de no constar de manera expresa la voluntad del difunto Alain, en relación con querer procrear bien fuera en vida o después de muerto, lo cual fue desvirtuado a través de pruebas de testigos y presunciones, logrando así establecer la voluntad tácita del fallecido de procrear *post mortem*. Para ello se comprobó que el banco de semen nunca preguntó al paciente sobre su oposición o asentimiento en relación a devolver su espermatozoides a sus herederos, ante la inminente posibilidad de su fallecimiento.

El Centro de Conservación de Esperma argumentó que el semen se guardaba bajo estrictas condiciones de anonimato, por lo que no podía devolverse a los familiares en caso de fallecimiento del donante.

En relación con el depósito de semen realizado por el paciente, mal puede considerarse un contrato de depósito al que puedan aplicarse normas contenidas en el Derecho común, puesto que el semen es un fluido corporal y no es una cosa mueble que pueda entrar en el ámbito del comercio; y que por su importancia en la procreación de seres humanos, reviste un contrato de características particulares en las cuales el banco de semen, no es más que el custodio del producto, que debe ser manejado con las mejores técnicas de conservación y crio-preservación, con el fin de devolverlo en el momento que así sea requerido al paciente donante o a la persona a quien haya sido destinado<sup>9</sup>.

De igual modo, otro de los argumentos se ubicaba en que no estando prohibidas, pero tampoco reguladas en ninguna norma legal las condiciones de conservación del semen del esposo fallecido, y menos la posibilidad de inseminación de la viuda, no podía impedirse el derecho a la procreación que es

<sup>9</sup> Vid. VALVERDE MORANTE, Ricardo: «¿Debería permitir la futura ley peruana sobre técnicas de reproducción humana asistida la figura del ‘embarazo *post mortem*’?». En: *Vox Juris*. N.º 28-2. Universidad de San Martín de Porres. Lima, 2014, pp. 161 y ss., <http://www.repositorioacademico.usmp.edu.pe/bitstream/usmp/990/3/articulo%209.pdf>.

uno de los fines primigenios del matrimonio, por lo que de hacerlo se estarían violando principios del Derecho natural. El Tribunal de Creteil ordenó entonces la devolución del esperma por parte del Centro de Conservación de Esperma y la consecuente inseminación de Corinne Parpalaix.

La viuda fue sometida al tratamiento de inseminación artificial *post mortem*, el cual resultó fallido en función de la poca cantidad y la baja calidad del esperma disponible, por lo que los médicos decidieron utilizar todo el contenido en una sola inseminación, resultando frustrado el procedimiento y no lográndose el embarazo.

No obstante, surgen inquietudes en relación con esta decisión que aún no han sido resueltas, como son: ¿quién o quiénes podrán hacer uso del semen de un hombre fallecido?, ¿cuál es el tiempo establecido para realizarse una inseminación *post mortem*?, ¿surgen derechos del fluido seminal a favor de los familiares más cercanos del *de cuius*? Son muchos los vacíos legales que giran en torno a estos casos y que contribuyen a generar inseguridad jurídica.

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

Verificado el tratamiento con el semen preservado se produjo así el embarazo y posterior nacimiento del primer hijo póstumo y tiempo después un segundo embarazo, con lo que resultaron dos hijos del esposo fallecido, presentándose entonces el problema de que en Gran Bretaña existía una Ley de Fertilización Humana y Embriología promulgada en el año de 1990, bajo la cual no se consideraba padre legal de un niño, si este era concebido y fecundado a partir

del espermatozoides congelado del padre muerto<sup>10</sup>. Bajo esa premisa, los niños no podían ser reconocidos como hijos del cónyuge muerto, situación que derivó en una serie de procesos judiciales llegando inclusive a la Alta Corte, con el fin de solventar lo relativo al establecimiento de la filiación de los niños nacidos como producto de la aplicación de esta técnica de reproducción asistida<sup>11</sup>.

### 3. Regulación de la fecundación *post mortem* en el Derecho comparado

Las legislaciones no son uniformes en relación con la regulación de la práctica de la fertilización *post mortem*, encontramos diversas posiciones en el entorno global, desde las que la prohíben radicalmente, las que permiten con ciertas condiciones y las que no han regulado acerca de la materia.

Entre los países que prohíben totalmente la fertilización *post mortem* se ubican: Francia, Alemania, Suecia, Italia, Dinamarca<sup>12</sup>, Bulgaria, República Checa, Hong Kong, Japón, Noruega, Singapur, Eslovenia, Suiza y Taiwán<sup>13</sup>.

En el caso de Alemania, la inseminación artificial solo se permite en el supuesto de que la mujer esté casada o cohabite con un hombre en condiciones similares al matrimonio y para ello debe contarse con el consentimiento por escrito del marido. Francia y Suecia rechazan la modalidad porque el concebido debe contar con ambos padres y conocer su identidad biológica<sup>14</sup>.

<sup>10</sup> Vid. *Código de leyes sobre genética*. Tomo I. UNAM. Ingrid Brena Sesma y Carlos María Romeo Casabona, comps. México, D. F., 2006, <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/5/2292/81.pdf>.

<sup>11</sup> Ídem.

<sup>12</sup> Vid. [https://www.abc.es/sociedad/abci-fecundacion-despues-muerte-paises-europa-permiten-y-prohiben-201606211951\\_noticia.html](https://www.abc.es/sociedad/abci-fecundacion-despues-muerte-paises-europa-permiten-y-prohiben-201606211951_noticia.html).

<sup>13</sup> Vid. HERRERA, Marisa: «Filiación *post mortem* y voces jurisprudenciales comparadas pseudo progresistas. Los problemas de los consentimientos informados prestados desde y para el más allá». En: *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*. N.º 1. Barcelona, 2017, <https://www.raco.cat/index.php/InDret/article/download/318311/408365>.

<sup>14</sup> Vid. [https://www.abc.es/sociedad/abci-fecundacion-despues-muerte-paises-europa-permiten-y-prohiben-201606211951\\_noticia.html](https://www.abc.es/sociedad/abci-fecundacion-despues-muerte-paises-europa-permiten-y-prohiben-201606211951_noticia.html).

Países que permiten bajo ciertas condiciones la fertilización *post mortem*: en España, esta regulada en la Ley 14/2006 de 26 de mayo sobre técnicas de reproducción humana asistida, permitida bajo ciertos requisitos, entre ellos que debe realizarse en un período de seis meses del fallecimiento del marido o pareja, y que este lo haya consentido por testamento o escritura pública. El hijo podrá usar el apellido del padre fallecido y heredar siempre que se haya cumplido con los requisitos. En Inglaterra, se permite bajo ciertos requisitos –*Human Fertilization and Embriology Act (1990)*–, no obstante que el niño nacido bajo esta figura en Inglaterra no tiene derecho a heredar, ni a usar el apellido de su padre pre-muerto. Los Estados Unidos permite la realización de cualquier tipo de técnica de reproducción asistida, ya que de no hacerlo se estaría vulnerando el derecho de los padres a constituir familia, derecho de índole constitucional<sup>15</sup>. Finalmente, en Bélgica, está regulada en la *Loi relative à la procréation médicalement assistée et à la destination des embryons surnuméraires et des gamètes*, del 6 de julio de 2007.

Países que, si bien no han regulado la materia, cuentan con proyectos de ley: Argentina, México y Chile<sup>16</sup>.

#### **4. Fecundación *post mortem* en Venezuela. ¿Con consentimiento o sin consentimiento del cónyuge o pareja? Sentencia N.º 1456/2006 de la Sala Constitucional**

Nuestro ordenamiento jurídico se ha quedado rezagado en relación con los avances científicos, tal como se evidencia en los casos referentes a las técnicas de reproducción asistida, métodos cuya implementación data de los años 1980, por lo que tenemos apenas una breve mención en nuestro Código Civil que es del año 1982, en el cual se señala en el artículo 204 de manera muy superficial la imposibilidad del desconocimiento de paternidad en los casos de concepción por inseminación artificial con autorización del marido<sup>17</sup>, así como en la

<sup>15</sup> Vid. <https://www.ultimahora.com/fecundacion-post-mortem-n121656.html>.

<sup>16</sup> Vid. [https://www.abc.es/sociedad/abci-fecundacion-despues-muerte-paises-europa-permiten-y-prohiben-201606211951\\_noticia.html](https://www.abc.es/sociedad/abci-fecundacion-despues-muerte-paises-europa-permiten-y-prohiben-201606211951_noticia.html).

<sup>17</sup> Véase: RIBEIRO SOUSA, Dilia María: «Situación jurídica del concebido ante los avances de la ciencia (especial referencia al tratamiento del concebido en la Constitución

Ley para la Protección de las Familias, la Maternidad y la Paternidad, en cuyo artículo 20<sup>18</sup> menciona el establecimiento de unidades asistenciales de reproducción asistida. Vale citar previamente el artículo 76 de la Constitución que está redactado en términos tan amplios que –a decir de la doctrina– incluye la obligación del Estado de mediar a los efectos de la reproducción asistida<sup>19</sup>. Asimismo, véase el artículo 127 de la Constitución, cuyo texto se reproduce:

---

de la República Bolivariana de Venezuela, y sus diferencias con la Constitución de 1961)». En: *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*. N.º 118. UCV. Caracas, 2000, p. 277, esta única norma –a decir de la autora– hace posible concluir «su licitud».

<sup>18</sup> *Vid. Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N.º 38773, del 20-09-07, «Artículo 20.- El ministerio del poder popular con competencia en materia de salud, incluirá dentro de sus unidades asistenciales el servicio de reproducción asistida, dotado de 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». Véase: DOMÍNGUEZ GUILLÉN, María Candelaria: *Manual de Derecho de Familia*. Ediciones Paredes. Caracas, 2014, p. 214, ello dada la importancia incidencia de la infertilidad que se calcula entre un 10 y 20 % de las parejas según SOMMER. Cita igualmente el artículo 18 de dicha Ley especial que consagra que el Estado desarrollará programas en protección de la maternidad y paternidad.

<sup>19</sup> «Artículo 76.- 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 e 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...». Véase: DOMÍNGUEZ GUILLÉN, María Candelaria: *Derecho Civil Constitucional (La constitucionalización del Derecho Civil)*. Eitorial Jurídica Venezolana-CIDEP. Caracas, 2018, p. 90, Dicha norma protege la maternidad y la paternidad en términos tan claramente amplios que incluye expresamente la asistencia del Estado en los métodos científicos para el ejercicio de ese derecho, lo que supone el auxilio de la fertilización artificial; DOMÍNGUEZ GUILLÉN, María Candelaria: «Acerca del artículo 76 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela». En: *Libro homenaje al profesor Alfredo Arismendi A.* Ediciones Paredes-UCV. Caracas, 2008, pp. 322 y 323, que incluye expresamente la asistencia del Estado en los métodos científicos para el ejercicio de ese derecho, lo que supone el auxilio de la fertilización artificial.

Es un derecho y un deber de cada generación proteger y mantener el ambiente en beneficio de sí misma y del mundo futuro. Toda persona tiene derecho individual y colectivamente a disfrutar de una vida y de un ambiente seguro, sano y ecológicamente equilibrado. 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. El genoma de los seres vivos no podrá ser patentado y la ley que se refiera a los principios bioéticos regulará la materia...

Haciendo una interpretación extensiva del texto de la norma antes transcrita, debemos decir que dentro del genoma de los seres vivos podemos incluir el de los seres humanos –es decir el ADN que contiene la información genética más compleja del reino animal–, que amerita de estudios e investigación científica, pero que no puede entrar dentro del mundo del comercio y que, estando presente la norma en el texto constitucional, no ha tenido desarrollo legislativo, hallándose en mora todo lo referente al campo de la bioética en nuestro país.

Es por ello que, ante un retraso tan evidente con respecto al desarrollo legislativo de las técnicas de reproducción asistida, constituyó un hito importante la sentencia N.º 1456/2006 de la Sala Constitucional. En el mencionado caso, la Sala entra a configurar y trata de normar una cantidad de situaciones dentro del contexto de las técnicas de reproducción asistida, que si bien se practican continuamente en nuestro país, no cuentan con regulación legal al respecto y dejan en indefensión a todas aquellas personas que se ven obligadas a acudir o utilizar estos métodos reproductivos en aras de materializar el deseo de tener descendencia, lo que les ha sido negado en algunas condiciones por la propia naturaleza.

Como bien dijimos, esta sentencia se convierte así en un referente –al margen de compartir o no su enfoque– en relación con la fertilización *post mortem*, pues explana una serie de argumentos que derivan precisamente de un conflicto de intereses entre la pareja –mujer– superviviente de un paciente con una enfermedad terminal, que antes de someterse a un tratamiento terapéutico de

radioterapia, que como daño colateral le podía generar infertilidad, decidió entonces preservar una muestra de su semen en el Grupo Médico de Fertilidad, C. A., del Centro Médico Docente la Trinidad, con el fin de poder procrear a futuro, lo que realizó siguiendo las indicaciones de su médico tratante.

El paciente fallece y comienza la polémica entre la pareja superviviente, Yamilex Coromoto Núñez de Godoy contra el Grupo Médico de Fertilidad, C. A., con motivo de la solicitud efectuada por ella de que le fuese realizada una inseminación artificial utilizando para ello el líquido seminal –esperma– dejado por su pareja en custodia de ese Centro. Ante la negativa reiterada del Centro se presentó una pretensión de amparo, que luego de una serie de incidencias culminó siendo conocida en avocamiento por la Sala Constitucional.

La Sala en relación con el punto que nos atañe atemperó el criterio en relación con necesitar la autorización del donante, para así facilitar el ejercicio de los derechos del niño o niña producto de la inseminación, en este caso que será producto de una fertilización *post mortem*, es decir, con el producto seminal que había sido obtenido con anterioridad a la muerte del padre.

#### 4.1. *Fecundación post mortem ¿con consentimiento?*

Al respecto, la Sala en el punto en que se refiere a la «fecundación no consentida» establece dos criterios, en los cuales el primero tiene que ver con la existencia de un matrimonio o relación concubinaria y la segunda en cuanto al hurto o apropiación del semen –sin el conocimiento del hombre–.

Bajo la óptica del primero, señala que, independientemente de contar o no con una autorización o manifestación del consentimiento por parte del varón fallecido, la obtención del material genético ha sido realizada entonces de manera legítima, lo que implica que el hijo nacido como producto de la utilización de esa técnica reproductiva podrá de manera irrefutable reclamar la filiación que por ley le corresponde.

No obstante, y por tratarse de un hecho distinto pero cierto, como lo es la concepción por parte de un padre premuerto, se garantizan los derechos del niño



póstumo nacido en las condiciones anteriormente expresadas, entendiéndose a este como el débil jurídico y procurando la aplicación del principio del interés superior del niño que se encuentra establecido en el artículo 78 de la Constitución al señalar que: «... El Estado, las familias y la sociedad asegurarán, con prioridad absoluta, protección integral, para lo cual se tomará en cuenta su interés superior en las decisiones y acciones que les conciernan...».

Principio que, por demás, es reconocido como un «concepto indeterminado» y que da margen a múltiples interpretaciones tanto en los entornos jurídico, psicológico y social dentro de un marco amplio de discrecionalidad. En la línea que orienta este trabajo, debemos verlo como la satisfacción de los derechos del niño, especialmente en relación con el hecho de disfrutar de los que le corresponden y sobre todo el gozar de la asistencia y cuidados que requiere para su sano y cabal desenvolvimiento como persona; en correlación con el artículo 76 *eiusdem*, que consagra la protección a la maternidad y a la paternidad.

#### 4.2. *Fertilización post mortem con hurto de semen*

El hurto es un delito tipificado en el Código Penal, de la manera siguiente: «artículo 451.- Todo el que se apodere de algún objeto mueble, perteneciente a otro para aprovecharse de él, quitándolo, sin el consentimiento de su dueño, del lugar donde se hallaba, será penado con prisión de un año a cinco años...»<sup>20</sup>.

Requiere del apoderamiento de la cosa, de sustraerla del ámbito jurídico o del entorno de su dueño y llevarla a su dominio, sin que intervenga la fuerza y sin que se utilice la violencia, y que debe ser ajena.

Se relaciona en este caso con el hecho de que la inseminación artificial o la fertilización –heteróloga– sea con el semen extraído a un hombre que ha fallecido recientemente y, por supuesto, sin el consentimiento del sujeto, con el fin de practicarse una inseminación *post mortem*. A lo que la Sala señala que el líquido seminal no puede ser dispuesto o utilizado por la mujer sin el consentimiento del hombre, con el fin de practicarse una inseminación artificial.

<sup>20</sup> Vid. *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N.º 5768 extraordinario, del 13-04-05.

Es preciso destacar que, en este caso, el semen se obtiene como producto de un acto ilícito –delito–, de la apropiación fraudulenta de un líquido o fluido corporal contentivo de las células reproductivas masculinas, con el fin predefinido del sujeto activo –mujer– de procurarse una inseminación o en el caso del hombre fallecido una inseminación *post mortem*.

Estamos en presencia de un hurto y por vía de consecuencia de un acto antijurídico y culpable, que reviste una condena penal para el sujeto activo, prevista en nuestro Código Penal y que, en este caso, no existe de ninguna manera consentimiento de la víctima, puesto que ha muerto.

Es más, observamos que la Sala invoca el artículo 76 de la Constitución con el fin de ponderar los derechos del padre –víctima del hurto–, padre que por demás ha fallecido, con los del niño que nacerá bajo esta modalidad, que lo hacen un hijo póstumo o huérfano.

Se olvida de la carga de la obligación alimentaria y hace énfasis en cuanto a no lesionar derechos del niño por nacer, en cierta medida protege al concebido, el cual debe ser asistido y protegido por sus padres, en este caso, padre pre-muerto –recordemos entonces el principio del interés superior del niño–, pero también contrapone la dignidad de los padres que han sido sorprendidos en su buena fe y que deberán entonces velar por un hijo no deseado, de lo cual se desprende la violación a su derecho a decidir en relación con su paternidad y con respecto al número de hijos que desearía tener, lo que no supondría mayor problema en el caso de que ambos progenitores estuviesen con vida. Por lo que trata de armonizar o ponderar entre intereses contrapuestos y decide que, si bien el hijo tiene derecho de conocer a su progenitor biológico –padre fallecido en este caso–, saber de su carga genética, establecer su filiación e identidad, y limita otros derechos consagrados en la Carta Magna. Creemos que el atemperamiento de la norma en este caso no es procedente, no existen derechos que ponderar, el progenitor está muerto y los derechos que indefectiblemente deben ser protegidos son los del niño.

En relación con el hecho de carecer de derechos alimentarios –vitales para su desenvolvimiento y crecimiento– y sucesorales en correspondencia con su progenitor, creemos que es una sanción innecesaria con respecto al débil jurídico en esta relación, que es el niño procreado a través de la técnica de reproducción asistida, que no pidió ser concebido y mucho menos venir al mundo, y que realmente es la víctima dentro de una situación anómala o ilícita, que no conocerá a su padre, sufrirá la carga de ser un hijo póstumo, cuyo padre no pensó nunca tenerlo, ni consintió jamás que su semen fuese utilizado para procrear después de muerto. Es más, fomenta la discriminación, se le conculcan derechos, que le corresponden *per se* y que están garantizados tanto en la Convención sobre los Derechos del Niño como en la propia Constitución y que, en nuestro criterio, vulneran tanto el artículo 76, como el principio de igualdad, previsto en el texto constitucional, a saber:

Artículo 21.- Todas las personas son iguales ante la ley; en consecuencia:

1. No se permitirán discriminaciones fundadas en la raza, el sexo, el credo, la condición social o aquellas que, en general, tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio en condiciones de igualdad, de los derechos y libertades de toda persona.
2. La ley garantizará las condiciones jurídicas y administrativas para que la igualdad ante la ley sea real y efectiva; adoptará medidas positivas a favor de personas o grupos que puedan ser discriminados, marginados o vulnerables; protegerá especialmente a aquéllas personas que por alguna de las condiciones antes especificadas, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan...

En lo relativo con el derecho a la igualdad, la Sala Constitucional expresó:

Sin lugar a dudas, la norma constitucional contenida en el artículo 21 se refiere a la «discriminación», dejando dentro de la cobertura constitucional a la «distinción» como parte del desarrollo jurídico según el cual también se lesiona el derecho a la igualdad cuando se tratan por igual a relaciones desiguales (...). En atención al ideal de igualdad jurídica, ha señalado del mismo modo esta Sala, en sentencia N.º 898/2002, cuanto

sigue: «b. El referido artículo –21 de la Constitución– establece que todas las personas son iguales ante la ley, lo que explica que no se permitan discriminaciones fundadas en la raza, el sexo, el credo, la condición social o aquellas que, en general, tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio en condiciones de igualdad, de los derechos y libertades de toda persona». En este orden de ideas ha sido recurrente la jurisprudencia del Máximo Tribunal de la República en este sentido, en las que han reconocido profusamente el principio de igualdad reconocido en la Constitución...<sup>21</sup>.

Por todo lo anteriormente referido, consideramos que el niño concebido en el marco de un hurto de semen y producto de las técnicas de reproducción asistida y en este caso en especial de la fertilización *post mortem*, debe ser tratado en igualdad de condiciones<sup>22</sup>, respetando todos sus derechos constitucionales, puesto que como persona que representa una expectativa de vida y que de nacer viva adquirirá personalidad jurídica y podrá ejercer los derechos y deberes que le consagra el ordenamiento jurídico, por lo que resulta realmente injusto y discriminatorio el querer mermarle o establecerle una condición de indignidad sobrevinida para suceder en el caso de su padre, así como la disminución de su «capacidad de goce»<sup>23</sup> a través de una sentencia, por un hecho que de ninguna manera puede serle imputado a él y basado entonces en la estigmatización del ser humano al endilgarle el calificativo de «indigno», aplicable en razón de la forma en que se manipuló el semen para concebirlo.

<sup>21</sup> TSJ/SC, sent. N.º 1353, del 16-10-14. Véase igualmente sents. N.ºs 536/2000, 1197/2000, 898/2002, 2121/2003, 3242/2003, 2413/2004, 190/2008, 1342/2012 y 953/2013, que han reconocido profusamente el principio de igualdad regulado en la Constitución.

<sup>22</sup> Véase a propósito del principio de igualdad y no discriminación del niño: VARELA CÁCERES, Edison Lucio: «Introducción al Derecho de la Niñez y de la Adolescencia». En: *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*. N.º 4. Caracas, 2014, pp. 138-140.

<sup>23</sup> Véase en general: VARELA CÁCERES, Edison Lucio: *La capacidad de ejercicio en los niños y adolescentes. Especial referencia al Derecho español y venezolano*. Editorial RVLJ. Caracas, 2018, pp. 22 y ss.

No podemos concluir este punto sin hacer reseña a un tema que nos parece muy importante como lo es la dignidad humana, puesto que, si bien la sentencia se refiere a indignidad entendida esta última como vileza, ignominia o bajeza, a lo que podemos oponerle que la dignidad es una condición inherente al ser humano, el derecho que tiene cualquier ser humano de merecer respeto tanto en su ámbito individual como social, con sus características exclusivas y por el simple hecho de ser persona; es un valor intrínseco que depende de sí mismo y no de valores externos, es un término afianzado en igualdad, autonomía, seguridad y libertad, que en la doctrina de los derechos humanos es el *prius* de los valores políticos y jurídicos de los derechos que de ella derivan, lo que por vía de consecuencia al establecerlo de manera contraria al por nacer opera en menoscabo de sus derechos civiles y de sus derechos humanos.

La dignidad de la persona humana es el valor básico que fundamenta todos los derechos humanos, ya que su afirmación no solo constituye una garantía, de tipo negativo que protege a las personas contra vejámenes y ofensas de todo tipo, sino que debe también afirmar positivamente a través de los derechos el pleno desarrollo de cada ser humano y de todos los seres humanos. Cabe señalar que la dignidad humana y el derecho a una vida digna fundamenta tanto los derechos civiles y políticos como los derechos económicos, sociales y culturales<sup>24</sup>.

## 5. Filiación del concebido

La filiación es el vínculo de parentesco por consanguinidad entre los ascendientes y los descendientes de una rama familiar, que se manifiesta a través de la sangre y que posteriormente a través del Derecho se enmarca dentro de una relación jurídica que va a regular las relaciones entre los padres y los

<sup>24</sup> OLLARVES IRAZÁBAL, Jesús: «Los derechos humanos y sus implicaciones en el ordenamiento económico internacional (Algunas consideraciones sobre los derechos humanos como categoría normativa)». Véase a propósito del principio general de la dignidad humana: VARELA CÁCERES, Edison Lucio: *El Registro del Estado Civil*. Vol. I Organización y principios sectoriales. Editorial RVLJ. Caracas, 2018, pp. 40-46.

hijos, vínculo de primer grado en línea recta<sup>25</sup>; además del parentesco se derivan deberes y derechos, como la patria potestad, los derechos a la sucesión, derechos alimentarios, entre otros.

En el caso que nos ocupa, debemos diferenciar en cuanto al hecho de que se trate de una fecundación asistida de tipo homóloga –se realiza con el semen directo de la pareja de la mujer–, es decir, la fertilización es producto del semen del esposo, pareja estable o concubino, se deduce que la inseminación tiene lugar tiempo después del fallecimiento del marido y que se lleva a cabo entre dos personas que han manifestado su consentimiento para ello.

El Código Civil en su artículo 201, al referir en el «Capítulo II. De la Determinación y prueba de la filiación paterna», establece una presunción de filiación según la cual: «El marido se tiene como padre del hijo nacido durante el matrimonio o dentro de los 300 días siguientes a su disolución o anulación».

Bajo este supuesto se deberá establecer la filiación paterna del hijo que pudiera nacer, pero que no fue concebido durante el matrimonio, tal y como señala el artículo 201, puesto que al ser concebido después de la muerte del progenitor ha ocurrido la disolución del vínculo matrimonial como producto del fallecimiento del padre, por lo que surge entonces una dificultad en el Código Civil y que, de acuerdo al criterio de la Sala Constitucional, no puede o no debe ser obstáculo para que el producto de la inseminación artificial *post mortem* goce del derecho a conocer a sus padres y por vía de consecuencia llevar sus apellidos. La Sala obvia la normativa prevista en el Código Civil, sin hacer mención a su derogatoria o modificación, simplemente la deja de lado y a través de su sentencia señala una vía expedita para materializar la filiación, lo que redundaría en inseguridad jurídica ante supuestos similares que ya llevan implícito la condición de una concepción que dará origen a un hijo póstumo, en un tiempo –que no ha sido regulado– y posterior al fallecimiento del padre, por lo que nos preguntamos: ¿siguen vigentes

<sup>25</sup> Véase: VARELA CÁCERES, Edison Lucio: «El principio de la unidad de la filiación». En: *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*. N.º 2. Caracas, 2013, pp. 173-269; DOMÍNGUEZ GUILLÉN: ob. cit. (*Manual de Derecho de Familia*), pp. 211-217.

las normas del Código Civil en la materia?, ¿cómo lograr la coexistencia de estos dos enfoques tan distintos?

Otro problema se presenta en el caso de la fecundación asistida producto del hurto de semen a una persona recién fallecida, con el fin de procrear, sin que medie para ello el consentimiento del hombre –fecundación heteróloga–, derivando entonces en un acto ilícito, con el consecuente fin de lograr concebir y materializar el derecho de la mujer a ser madre. Con base en lo cual se considera que el hijo tiene derecho a conocer a su padre biológico –pre-muerto–, a utilizar los apellidos del padre o madre, pero se le conculcan sus derechos alimentarios y sucesorales en relación con el progenitor, por provenir de una manipulación que califican de indigna.

Nos encontramos ante una situación muy particular en la cual el niño tiene derecho a conocer a su padre biológico –lo que a todas luces será imposible por estar fallecido–, a utilizar los apellidos del padre o la madre, con el consiguiente establecimiento de la filiación, pero esto se traduce en una variante o en una filiación –filiación incompleta– distinta a la que establece nuestro ordenamiento jurídico en el Código Civil. Esta peculiar forma de reconocer la filiación restringe de manera expresa derechos amparados en nuestra Carta Magna como son los derechos alimentarios y los derechos sucesorales, creando entonces una disminución a la capacidad de goce del sujeto. Para hacer esta interpretación se fundamenta en que la inseminación así producida no debe lesionar los derechos de la víctima; en este caso, el objeto de esta protección resulta ser el hombre que ha sido perjudicado por el acto fraudulento –el que por demás está muerto– y en aras de esa defensa crea una especie de filiación atenuada en la cual se le niegan de inicio derechos al concebido desde antes de nacer.

## 6. Sucesión

La sucesión es entendida como la transmisión de derechos de una persona fallecida a otra u otras que se encuentran vivas, se denomina sucesión *mortis*

*causa*, o sucesión por causa de muerte<sup>26</sup>. En lo atinente a la capacidad para suceder, en referencia con bienes biológicos –células reproductivas tanto masculinas como femeninas–, puesto que se trata de utilización de los mismos para procrear y en este caso específico nos enfocaremos en el semen, se establece que: «Tanto el semen del hombre como los óvulos de las mujeres, son bienes biológicos no susceptibles de formar parte de los bienes sucesorales de las personas»<sup>27</sup>.

Puesto que nos referimos a inseminación *post mortem*, el semen entra en la calificación de bienes no heredables, ni apropiables por parte de la cónyuge o pareja estable del hombre pre-muerto, lo que aplica en la generalidad de los casos, salvo que medie autorización expresa realizada con anterioridad en relación a su disposición, bien sea en vida o *post mortem*. La inexistencia de autorización para la extracción del líquido seminal de un difunto, se considerará un acto ilegal –ilícito– en contravención a nuestro ordenamiento jurídico, inclusive si fuese ordenada por la cónyuge supérstite o pareja estable, independientemente de que sea con el fin de practicarse una inseminación *post mortem*, a través de un método de reproducción asistida, la que por demás requeriría de la manifestación expresa de voluntad del hombre de utilizar su semen con el fin de procrear después de muerto.

La derogada Ley sobre Trasplantes de Órganos y Materiales Anatómicos en Seres Humanos<sup>28</sup>, si bien no regulaba lo tocante a la inseminación artificial o reproducción asistida, si enunciaba o hacía referencia al esperma y los óvulos, no obstante hacerlo a modo de exclusión, y estableciendo que en estos casos debía contarse con la manifestación de voluntad, tanto del donante como del receptor, equiparándosele en cierta medida a la donación de órganos. Esta situación ha cambiado, ya que con motivo de la nueva Ley sobre Donación y Trasplante de Órganos, Tejidos y Células en Seres Humanos, el artículo 1 establece: «Se excluyen del objeto de esta Ley, las células madre

<sup>26</sup> Véase: DOMÍNGUEZ GUILLÉN, María Candelaria: *Manual de Derecho Sucesorio*. Editorial Texto. Caracas, 2010, pp. 25 y ss.

<sup>27</sup> TSJ/SC, sent. N.º 2483, del 05-08-05, [www.historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/agosto/2483-050805-05147HTM](http://www.historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/agosto/2483-050805-05147HTM).

<sup>28</sup> *Vid. Gaceta Oficial de la República de Venezuela* N.º 4497, del 03-12-92.



embrionarias, ovarios, óvulos y esperma, así como la sangre y sus componentes, excepto células progenitora hematopoyéticas»<sup>29</sup>.

No se regula en absoluto el tema de inseminación artificial o reproducción asistida, silencia lo relativo a óvulos y esperma, ya que habla específicamente de «órganos, tejidos y células», además de incluir la definición de Bancos y Tejidos de Células, de manera genérica<sup>30</sup>. Existe, por ende, un vacío jurídico en lo atinente a este tipo de materiales y su disposición a efectos del tema inseminación artificial o reproducción asistida, que pensamos debió resolverse y desarrollarse de acuerdo a lo previsto en la Ley sobre Trasplantes de Órganos y Materiales Anatómicos en Seres Humanos, en la que se establecía la obligatoriedad de manifestar la voluntad tanto del donante como del receptor en materia de disposición de semen y óvulos. Por lo que en el caso de la sentencia, el esperma o semen, así como los óvulos, pueden ser dispuestos con autorización o manifestación de voluntad expresa, por sus poseedores biológicos, bien para ser aprovechados o utilizados en vida o posteriormente al fallecimiento del donante *—post mortem—*.

En lo relativo a la sucesión resuelve aplicando para ello las disposiciones contenidas en los artículos 201 y 202 del Código Civil, y como en este caso se trata de los nacidos producto de reproducción asistida *post mortem*, es decir fuera de los plazos establecidos por el articulado anterior, y sin autorización del donante, que tienen obviamente como consecuencia jurídica una disminución en sus derechos sucesorales, de acuerdo con el artículo 809 del Código Civil»<sup>31</sup>. Por lo tanto, de llevarse a cabo la liquidación y partición de la

<sup>29</sup> Vid. *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N.º 39 808, del 25-11-11.

<sup>30</sup> Vid. PELLEGRINO PACERA, Cosimina y NIÑO GAMBOA, Ana Julia: «Breves comentarios a la nueva Ley sobre Donación y Trasplante de Órganos, Tejidos y Células en Seres Humanos». En: *Anuario de Derecho de Derecho Público*. N.ºs IV-V. Universidad Monteávila. Caracas, 2012, pp. 202-218, <http://www.uma.edu.ve/regalo/Anuario-DerechoPublico.pdf>.

<sup>31</sup> «Artículo 809.- Son incapaces de suceder los que en el momento de la apertura de la sucesión no estén todavía concebidos. A los efectos sucesorios la época de la concepción se determinará por las presunciones legales establecidas en los artículos 201 y siguientes para la determinación de la filiación paterna».

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

Si la persona autorizó en vida la aplicación de la técnica de reproducción asistida, para ser realizada luego de su fallecimiento, evidencia la clara e inequívoca voluntad de que el producto que nazca luego de la aplicación de esas técnicas, ostente la condición de hijo y en pro de los derechos consagrados en la Constitución y demás leyes de la República, en relación a saber quiénes son sus padres, es por lo que lo preceptuado en el artículo 809 del Código Civil, debe flexibilizarse y equiparar los derechos de este hijo con los de otros hijos, en criterio de la Sala Constitucional.

## **7. El derecho del niño a tener un padre y una madre**

La sentencia en cuestión no se pasea por el derecho de todo niño de ser criado por un padre una madre, que encuentra apoyo constitucional en el citado texto del artículo 76. Aspecto que la escasa doctrina que se ha pronunciado circunstancialmente por la sentencia N.º 1456/2006 ha reseñado.

En efecto, la doctrina patria se muestra contraria a la posibilidad de inseminación *post mortem* referida en la citada sentencia N.º 1456/2006 por considerar que todo niño tiene derecho a un padre y a una madre. Cabe citar al respecto a VARELA CÁCERES, quien se muestra contrario a la figura<sup>32</sup> y concluye en torno a la sentencia citada que resulta difícil de admitir que existe un derecho constitucional que legitime traer al mundo un niño, que antes de su nacimiento ya tiene marcado su destino al carecer de una figura paterna

<sup>32</sup> VARELA CÁCERES, Edison Lucio: «El Derecho de Familia en el siglo XXI: Aspectos constitucionales y nuevas tendencias». En: *Revista de Derecho*. N.º 31. TSJ. Caracas, 2009, pp. 103 y 104, el derecho de las parejas a concebir está limitado a parejas matrimoniales o no, pero donde exista posibilidad real de garantizar el fruto de esa concepción que pueda ser criado por el padre y la madre que le brinden la protección que la Constitución patrocina.

biológica<sup>33</sup>. En el mismo sentido, DOMÍNGUEZ GUILLÉN: «La tecnología no debe revertirse en perjuicio del hijo, porque en la medida de lo posible la filiación *post mortem* debería responder a causas naturales y no a la mano del hombre. Nadie quiere la muerte de sus progenitores, por lo que mal podría pensarse que es indiferente nacer o peor aún ser concebido sin ellos»<sup>34</sup>. Señala la autora que una vez realizada la inseminación *post mortem* debe interpretarse a favor del hijo pero que no debe permitirse *ab initio* tal posibilidad porque vulnera un derecho fundamental del niño, a saber, el derecho a tener un padre y una madre. Y ante conflictos de interpretación debe prevalecer el interés superior del niño<sup>35</sup>. SCHMIDT y GONZÁLEZ concluyen así que es injusto e indeseable programar la venida de un niño cuando ya su progenitor no se encuentra vivo<sup>36</sup>.

La doctrina se ha mostrado contraria en general a la fertilización artificial de mujeres solas: «no obstante, la decisión del legislador español que es una de las pocas que lo permite, puede entenderse como una discriminación negativa para el propio hijo, pues está condenado de manera irremisible a no tener progenitor ni padre durante toda su vida, con las implicaciones o consecuencias que ello puede acarrear para su integridad y desarrollo armónico vital»<sup>37</sup>.

<sup>33</sup> *Ibíd.*, p. 106.

<sup>34</sup> DOMÍNGUEZ GUILLÉN: *ob. cit.* («Breve referencia...»), p. 217.

<sup>35</sup> DOMÍNGUEZ GUILLÉN: *ob. cit.* (*Manual de Derecho de Familia*), pp. 259-261, pues efectivamente, pretender sostener un derecho absoluto individual a la procreación de la mujer, inclusive por vía artificial, con prescindencia de la figura paterna, es poner por encima del interés del niño que precisa de un padre, la satisfacción individual de la madre. Como indicamos, tal derecho del menor es perfectamente predicable respecto de la adopción, colocación y pudiéramos agregar fertilización artificial de parejas homosexuales. Todo niño tiene derecho a ser criado en el seno de una familia integrada por un padre y una madre. Deben considerarse en la materia, al margen de su falta de consagración expresa, ciertos principios generales que orientarían una solución cónsona con el Derecho y la justicia; DOMÍNGUEZ GUILLÉN: *ob. cit.* («Acerca del artículo 76...»), p. 323.

<sup>36</sup> SCHMIDT H., Ludwing y GONZÁLEZ A., Vanessa: «La fecundación *post mortem* y sus implicaciones: el interés del niño por nacer». En: *Estudios sobre Derecho de la Niñez y ensayos penales. Libro homenaje a María Gracia Morais*. UCAB. Caracas, 2011, p. 290.

<sup>37</sup> BERNAD MAINAR: *ob. cit.* (*Efectos jurídicos...*), p. 99.

En nuestro criterio compartimos las expresiones manifestadas por los autores precitados anteriormente, y agregamos que la sentencia en función de proteger intereses patrimoniales del entorno familiar del *de cuius*, le quita derechos sucesorios y alimentarios al concebido, en detrimento del principio del interés superior del niño, que en este caso se concibe bajo la figura de hijo *post mortem* o póstumo, y que precisamente bajo esa premisa no tendrá un padre que le guíe y le brinde apoyo y asistencia en su etapa de crecimiento y formación y que por ende pertenecerá a una familia disfuncional, así como se privilegia el derecho de la mujer a la procreación por encima del interés del niño.

## Conclusiones

Nuestro país ha consagrado importantes derechos en el marco constitucional entre los que tenemos, la maternidad y la paternidad; igualmente, ha suscrito convenios y tratados internacionales que en el orden de los derechos humanos ostentan rango constitucional. Aunado a esto, el avance científico y tecnológico ha sido avasallante, dejando a la zaga el Derecho y se ha manifestado en un punto muy sensible como es la aplicación de técnicas de reproducción asistida o inseminación artificial, que han sido aprovechadas por gran cantidad de personas con el fin de solventar sus problemas de infertilidad y poder dar rienda suelta al anhelo de ser padres.

El simple hecho de no tener normas jurídicas que regulen la materia ha devenido en situaciones que revisten consecuencias de distinta índole, en donde la ética y la moral también han dejado su impronta. En el caso que nos ocupa la sentencia N.º 1456/2006, trata de llenar el vacío existente en la materia y fija posición en una gran cantidad de tópicos en relación con las técnicas de reproducción asistida.

En cuanto a la fecundación *post mortem*, hace una serie de acotaciones con respecto al consentimiento del sujeto de permitir el uso de su semen a su esposa o pareja, para procrear luego de su fallecimiento reconociendo la filiación del hijo nacido por esta vía como hijo del matrimonio, y en el caso de hurto del semen, a pesar de ser un acto ilícito reconoce la filiación y el derecho del hijo

a conocer de su progenitor, pero con una merma de sus derechos alimentarios y sucesorales, lo que consideramos discriminatorio y violatorio de sus derechos humanos y de sus derechos constitucionales.

En relación con la sucesión por tratarse de una inseminación *post mortem*, en este caso es un hijo póstumo y la Sala considera que el criterio establecido en Código Civil, en relación con la concurrencia a la sucesión para los no concebidos en el momento de la apertura de la sucesión, lo que significa una merma de la capacidad de goce del sujeto no nacido, la sentencia precisa que el artículo debe flexibilizarse en función de que el padre haya consentido la inseminación *post mortem*.

La sentencia fue objeto de crítica porque violaría el derecho de todo niño de tener un padre y una madre de acuerdo con la doctrina tradicional que establece la familia conformada por padre, madre e hijo, lo que se vulnera en el caso de la fertilización *post mortem*, puesto que precisamente el padre es un pre-muerto, por ello creemos que nadie tiene el derecho de privar a un hijo de su padre en función de una procreación posterior a la muerte del progenitor y menos bajo la invocación de un pretendido derecho a procrear en cabeza de la mujer. Es un tema que debe ser revisado con sumo cuidado por todas las implicaciones jurídicas, sociales, psicológicas que el mismo conlleva.

Finalmente, hay muchos puntos que aclarar en relación con la mencionada sentencia, que si bien trató de solventar una necesidad inmediata, debe servir como inicio para una regulación clara y precisa que delimite el alcance de estas técnicas y garantice la seguridad jurídica necesaria para una aplicación coherente.

\* \* \*

**Resumen:** El autor reflexiona sobre un tema envuelto en la polémica como es la denominada «fertilización *post mortem*», lo cual se agudizó con la sentencia N.º 1456/2006 de la Sala Constitucional. En tal sentido, se toma dicha sentencia para comentar varios aspectos que se deducen de la misma y añadir así

el parecer del autor, explicando su definición, la relevancia del consentimiento en los efectos jurídicos que produciría la fecundación *post mortem*, su regulación en el Derecho foráneo, así como las escasas normas venezolanas que pudieran aplicarse a la materia, finalizando con los tópicos más cuestionados de la decisión que se comenta, relacionados con la filiación, los derechos sucesorales y el derecho a tener un padre. **Palabras clave:** Fertilización *post mortem*, derecho a tener un padre, filiación. Recibido: 26-08-18. Aprobado: 22-09-18.