

CAPÍTULO V.

COMIENZO DE LA PERSONA HUMANA¹

1. TEORÍAS

El estudio de la persona humana o natural, comienza por su existencia jurídica. Es decir, uno de los aspectos fundamentales del Derecho de la Persona lo marca la discusión relativa al momento en que comienza la subjetividad jurídica del ser humano. Al efecto se ha reseñado diversas teorías algunas recogidas por los distintos textos del Código Civil a lo largo de la historia. De seguidas, un resumen de las mismas:

1.1. *Teoría de la concepción*². Como su denominación lo indica, tal teoría pretende sostener que la personalidad humana comienza con la concepción, esto es, con la fusión de las células sexuales masculinas y femenina que origina un nuevo ser. Se argumenta en su apoyo que la ley protege al concebido, pero a ello se le critica que la protección al concebido no supone la adopción de la teoría de la concepción, en aquellas legislaciones que asumen alguna modalidad de la teoría del nacimiento, por lo que se indica que la presente teoría confunde la denominada “existencia natural” (concepción) con la “existencia legal” (nacimiento con vida). Consagrar la protección de la vida desde la concepción pero atribuir la condición de persona con el nacimiento no constituye en modo alguno la adopción de una pretendida teoría de la concepción; su consagración precisaría que acreditado el hecho de la concepción al margen del nacimiento con vida se tuviere personalidad³.

1.2. *Teoría del nacimiento*⁴. La presente teoría se apoya en la idea –también como lo denota su denominación– que la subjetividad humana comienza al nacer, esto es, el nacimiento es el hecho que determina la personalidad. Entendiéndose por “nacimiento” el desprendimiento o la separación del feto del claustro materno ya sea por medios naturales o artificiales. Pero amén del nacimiento las distintas legislaciones han exigido otros requisitos adicionales para la adquisición de personalidad, lo que origina a su vez las distintas vertientes o modalidades que puede asumir la presente teoría.

¹ DOMÍNGUEZ GUILLÉN, María Candelaria: *Inicio y extinción de la personalidad jurídica del ser humano (nacimiento y muerte)*. Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, Colección Estudios Jurídicos N° 17, 2007, pp. 45-149; AGUILAR GORRONDONA, ob. cit., pp. 49-63; HUNG VAILLANT, *Derecho...*, pp. 83-97; GRATERÓN GARRIDO, ob. cit., pp. 55-71; LA ROCHE, ob. cit., pp. 55-59; CONTRERAS BRICEÑO, ob. cit., pp. 85-116; OCHOA GÓMEZ, *Derecho...*, pp. 181-187; MARÍN ECHEVERRÍA, ob. cit., pp. 15-24; ZERPA, *Derecho...*, pp. 15-23; PEÑARANDA QUINTERO, *Derecho...*, pp. 85-119; RODRÍGUEZ, ob. cit., pp. 101-124; POLES DE GRACIOTTI y otros, ob. cit., pp. 69-83. Véase también: OYÁRZABAL, Mario J.A.: *El inicio y el fin de la existencia de las personas humanas en el Derecho Internacional Privado*, www.uca.edu.ar/uca/common/.../el_in_y_fin_d_la_exist_d_las_pers_hu.pdf; GETE-ALONSO y CALERA, ob. cit., pp. 76-88.

² Véase: DOMÍNGUEZ GUILLÉN, *Inicio y extinción...*, pp. 46-54; DOMÍNGUEZ GUILLÉN, *Ensayos...*, pp. 644-646; CONTRERAS, ob. cit., p. 87.

³ Solo el tiempo dirá si el orden jurídico pueda adoptar tal teoría pero ciertamente las consecuencias serían radicalmente distintas pues no se precisaría el nacimiento con vida para la atribución de subjetividad; DOMÍNGUEZ GUILLÉN, *Inicio y extinción...*, pp. 50-54.

⁴ Véase: *ibid.*, pp. 54-57.

Y así por ejemplo, desde el punto de vista jurídico es válida la afirmación relativa a que el ser nacido muerto no llegó a tener personalidad jurídica. Cabe observar que a los efectos de considerar consumado el nacimiento *no* se precisa el corte del cordón umbilical⁵, si efectivamente el ser atravesó el umbral entre la madre y el exterior, porque lo contrario permitiría a los terceros decidir sobre el inicio de la existencia humana no obstante la existencia de vida⁶. Y vale recordar que la existencia humana que incluye su inicio está sustraída de la autonomía de los particulares⁷.

Ahora bien, dentro de la presente a su vez han surgido varias teorías:

1.2.1. *La vitalidad*⁸: Además de nacer, la presente teoría simplemente exige “*la vida*”, esto es, para ser persona natural se debe nacer con vida. Se adquiere la condición de persona aunque se haya vivido un instante siquiera. Un feto nacido muerto no es persona pero la vida de un instante es suficiente para que el niño adquiriera derechos incluso patrimoniales⁹.

La presente teoría es la adoptada actualmente por la legislación venezolana, según se evidencia del artículo 17 del Código Civil que prevé “*El feto se tendrá como nacido cuando se trate de su bien; y para que sea reputado como persona, basta que haya nacido vivo*”¹⁰. No creemos que nuestro sistema adopte una posición ecléctica¹¹, por consagrar la obvia protección al concebido¹². Fue adoptada por primera vez en nuestro primer Código Civil de 1.862¹³ inspirado en el Código Civil Chileno de 1.855 y vigente a partir de 1.857 redactado por Andrés Bello. Sin embargo, fue sustituida en los Códigos siguientes hasta que es retomada nuevamente en el Código Civil de 1.916¹⁴ a propuesta de Emilio Constantino Guerrero, quien criticó la teoría existente en los códigos anteriores, a saber, la viabilidad¹⁵.

⁵ Véase: *ibid.*, pp. 56 y 57; LA ROCHE, *ob. cit.*, pp. 56 y 57; BORDA, *Principio...*, p. 7.

⁶ Véase: DOMÍNGUEZ GUILLÉN, *Inicio y extinción...*, pp. 56 y 57; ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo y Manuel SOMARRIVA UNDURRAGA: *Curso de Derecho Civil*. Santiago de Chile, edit. Nascimento, 3^a edic., 1962, T. II, Parte General, p. 132.; ORGAZ, *ob. cit.*, p. 39.

⁷ DE FREITAS DE GOUVEIA, *ob. cit.*, p. 130.

⁸ Véase: DOMÍNGUEZ GUILLÉN, *Inicio y extinción...*, pp. 57-74.

⁹ TRABUCCHI, *ob. cit.*, p. 80.

¹⁰ Destacado nuestro. Véase: SPÓSITO CONTRERAS, Emilio: *La cláusula in dubio pro... y la fórmula “el concebido se tendrá como nacido cuando se trate de su bien”*. En: Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia N^o 2. Caracas, 2013, pp. 153-171.

¹¹ Véase *infra* V.1.3.

¹² Pues la ley protege al concebido aun cuando éste no sea persona dada su existencia natural. Véase igualmente señalando que nuestro Derecho no acoge una posición ecléctica: GRATERÓN GARRIDO, *ob. cit.*, p. 57.

¹³ Libro Primero, Título II, Lei I, art. 1: “*La existencia legal de toda persona principia al nacer, esto es al separarse completamente de su madre. La criatura que muere en el vientre materno, o que perece antes de estar completamente separada de su madre, o que no haya sobrevivido a la separación un momento siquiera, se reputa no haber existido jamás.*”.

¹⁴ Véase *infra* V.1.2.2.

¹⁵ Véase: CONSTANTINO GUERRERO, Emilio: *Apuntaciones sobre el Código Civil Venezolano*. En: Revista del Ministerio de Justicia N^o 47. Caracas, Año XII, octubre-noviembre-diciembre de 1963, pp. 85 y 86. Véase también: *Código Civil de Venezuela, Arts. 1 al 18*. Caracas, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Instituto de Derecho Privado, 1989, pp. 559-577.

Ciertamente, la vitalidad, se presenta como la teoría más consecuente con la dignidad de la persona humana pues no exige otro requisito adicional a la simple vida para conceder la personalidad jurídica. Por otra parte, la teoría bajo análisis elimina discusiones y conflictos innecesarios característicos de otras teorías que se estudian dentro del nacimiento, a saber, la viabilidad y la figura humana¹⁶. Así pues, la vitalidad como su nombre lo indica se refiere a “*vida*”¹⁷, la cual como indicamos es suficiente aunque sea un instante. Ciertamente, para tal determinación habrá que acudir a la ayuda de la ciencia médica¹⁸. En caso de duda tiene lugar la comprobación médica que se traduce generalmente en que se haya alcanzado a respirar.¹⁹ La prueba de la vida supone la respiración y de allí que se afirme “*vivir es respirar*”²⁰. Por ello la doctrina afirma que para determinar si la criatura ha vivido, se investiga si ha penetrado aire en sus pulmones²¹. La carga de la prueba de que un niño nació vivo corresponde a quien lo afirma.

En este sentido, se hacen particularmente importantes en el ámbito de la medicina legal, la *docimasia*²², que está dirigida a la realización de pruebas a fin de comprobar signos de vida manifestados en la función respiratoria, digestiva y circulatoria.²³ Podemos distinguir al respecto varias especies de docimasia, a saber *pulmonar, digestiva o circulatoria*, según el órgano o función que se analice a fin de diagnosticar los correspondientes signos vitales. Respecto de la primera, esto es la docimasia *pulmonar* –denominada también “*respiratoria*”– se puede distinguir a su vez la *hidrostática*²⁴, *óptica* o *vi-*

¹⁶ Véase *infra* V.1.2.2. y V.1.2.3.

¹⁷ Véase: *Diccionario de la Lengua Española*, ob. cit., p. 2099, señala que la expresión “vitalidad” proviene del latín “*vitalitas, -atis*” y alude a la cualidad de tener vida. La expresión “vital” que proviene del latín “*vitalis*” y también denota perteneciente o relativo a la vida; dotado de energía o impulso para actuar o vivir; en otro sentido puede aludir también a algo importante (ej. cuestión vital).

¹⁸ DE RUGGIERO, ob. cit., pp. 344 y 345.

¹⁹ DUCCI CLARO, ob. cit., p. 98.

²⁰ GAJARDO, Samuel: *Medicina Legal*. Chile, edit. Nascimento, 1952, p. 105, la respiración es uno de los signos más ostensibles de la vida aunque no es un signo patognómico.

²¹ Véase: PLANIOL y RIPERT, *Tratado...*, pp. 6 y 7; MAZEUD, ob. cit., Parte Primera, Vol. II, p. 8, “para nacer viva, basta que la criatura haya respirado”, la prueba se hace por la presencia de aire en los pulmones.

²² Véase sobre éstas explicación y bibliografía citada en: DOMÍNGUEZ GUILLÉN, *Inicio y extinción...*, pp. 61-68.

²³ Véase: GIUGNI, Humberto: *Lecciones de Medicina Legal*. Valencia-Venezuela-Caracas, Vadell Hermanos Editores, 9ª edic., 2004, pp. 343 y 344, el problema de si el feto nació vivo se resuelve con la prueba de la vida o docimasia, las cuales no consisten en la verificación de una fenomenología en acto, sino en la constatación de modificaciones, persistentes en el cadáver, que son como el efecto y el testimonio de aquella fenomenología extinguida con la muerte. La vida extrauterina se manifiesta por medio de hechos de diversa naturaleza, como la respiración pulmonar, la fonación, la circulación autónoma, es decir no ya conexas con el aparato placentario, la alimentación por vía gástrica, la eliminación de excrementos por vía intestinal, la actividad del emuntorio renal; CONTRERAS, ob. cit., p. 91.

²⁴ Véase sobre ésta entre otros: ROJAS, Nerio: *Medicina Legal*. Argentina, El Ateneo Editorial, Duodécima edición, 2ª reimpresión, 1984, pp. 208-210; GIUGNI, ob. cit., pp. 346-348; VÁZQUEZ FANEGO, Héctor: *Autopsias médico-legales*. Buenos Aires, Ediciones Desalma, 2000, pp. 106 y 107; CONTRERAS BRICEÑO, ob. cit., pp. 91 y 92; GRATERÓN GARRIDO, ob. cit., pp. 57 y 58; NAVAS DE MOTTA, Teresa y Joaquín Fernando MOTTA NAVAS: *Incidencia de la medicina legal en el Derecho Civil colombiano*. Bogotá D.E., Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas y Económicas, 1990, pp. 25 y 26.

*sual*²⁵ e *histológica*²⁶. Efectivamente, la determinación de la condición de persona será vital a nivel civil en el ámbito sucesoral²⁷, así como en materia penal a los fines de la distinción entre aborto y homicidio²⁸, por la sutil diferencia de la vida o respiración. Sin lugar, a dudas se trata de una discusión que puede presentar indudable trascendencia práctica.

La prueba del nacimiento con vida es la respectiva *partida o acta de nacimiento*²⁹ que precisa previamente del certificado de nacimiento³⁰. La LORC en

Esta prueba se describe en medicina legal de la siguiente manera: se abre el tórax de la criatura, se extraen los pulmones y se cortan o seccionan estos por los bronquios, sumergiéndose luego en agua. En caso de existir aire en aquellos, flotarán e irán a la superficie; si se quedaren en el medio, se dirá que hubo respiración, pero insuficiente. De no ocurrir lo uno o lo otro, no hubo aire ni respiración y en principio se concluirá que no sobrevivió a la separación del vientre. En el supuesto de flotar, se dirá lo contrario y en esta hipótesis, si se exprimen las partículas, saldrán burbujas que formarán una espuma. Esta prueba tiene varias causas de error, por ejemplo: putrefacción (genera gases), insuflación (respiración artificial), la congelación de los pulmones (por la cual flotan). Ello puede generar “*falsos positivos*”. Contrariamente pueden no flotar no obstante la respiración en caso de “*atelectasia*” (afección que impide entre aire a los pulmones) o el sometimiento de éstos al alcohol (caso en que no flotan, aunque se haya respirado) propiciando “*falsos negativos*”.

²⁵ Véase: DOMÍNGUEZ GUILLÉN, *Inicio y extinción...*, pp. 64 y 65, consiste en examinar el aspecto de los pulmones con apreciación de las características macroscópicas y físicas del pulmón, para diferenciar el pulmón que ha respirado del fetal, tales como aspecto, color, consistencia, estructura, ubicación, distensión.

²⁶ Véase: *ibid.*, pp. 65 y 66, consiste en el estudio microscópico del pulmón.

²⁷ Véase: *ibid.*, p. 69, “...en materia sucesoral podrá ser esencial la determinación de la condición de sujeto de derecho, porque para suceder se debe sobrevivir al causante y la adquisición de derechos en razón de haber tenido la condición de persona afectaría el orden de suceder. Así por ejemplo, una madre embarazada que no tiene más hijos y cuyo esposo muere antes del parto, vería variar la porción de la herencia a su favor si su hijo nació muerto o si contrariamente llegó a ser persona porque respiró aunque sea un instante. Si el nuevo ser no llegó a ser persona porque nació muerto, a falta de otros descendientes, la herencia se dividirá entre la esposa y los ascendientes del *de cuius*, pero si contrariamente el hijo llegó a respirar aunque muriera inmediatamente, fue persona o sujeto de derecho y en consecuencia toma parte en la sucesión, al hijo entonces, a falta de cónyuge y descendientes, le suceden sus ascendientes, esto es su madre. Es decir, la parte correspondiente al hijo que fue persona le corresponde a su progenitora, quedando así excluidos –en virtud de la breve atribución de personalidad– los padres del difunto esposo porque los descendientes excluyen a los ascendientes”.

²⁸ Véase: *ibid.*, pp. 70-72, “En materia penal igualmente la distinción entre el *homicidio* y el *aborto*, vendría marcada precisamente por el nacimiento o no con vida del nuevo ser. Si se propició la muerte de un ser que no era persona y se le impidió nacer con vida, estamos en presencia del delito de “*aborto*” pero si la muerte se provocó al ser nacido con vida estamos en presencia de un “*homicidio*”. La vida o respiración del ser luego del nacimiento podría denotar la existencia de homicidio; Tribunal Tercero de Control del Circuito Judicial Penal de la Circunscripción Judicial del Estado Miranda con sede en la ciudad de Los Teques, Sent. 10-08-05, Exp. 3C37042-04, en: <http://amazonas.tsj.gov.ve/decisiones/2005/agosto/61-10-3C-37042-04-3C-37042-04.html>, se declara sin lugar la solicitud de sobreesimiento por la presunta comisión de homicidio culposo en recién nacido; Tribunal Mixto de Juicio N° 01 del Circuito Judicial Penal del Estado Sucre, Extensión Carúpano, Sent. 30-06-05, Exp. RJ11-P-2002-000005: <http://sucre.tsj.gov.ve/decisiones/2005/junio/1214-30-RJ11-P-2002-000005.html> “...el Ministerio Público quiere dejar constancia que no se inició investigación penal con relación a la muerte del feto porque para que un feto se tenga por nacido basta con que haya nacido vivo... por lo tanto mal puede el Ministerio Público abrir una investigación ya que el niño nació muerto...”; TSJ/SCP, Sent. 312 del 14-6-07, “al recién nacido, que dio a luz de manera extra hospitalaria la ciudadana...en su casa de habitación, no existe la menor duda que efectivamente nació vivo; ello lo demuestra la declaración del doctor ...quien con ocasión a la autopsia realizada al bebé, manifestó que la prueba de **Docimasia Pulmonar Hidroestática** efectuada a éste es 100% segura...”.

²⁹ Véase: DOMÍNGUEZ GUILLÉN, *Inicio y extinción...*, pp.141-149; *infra* XII.6.1.

³⁰ Véase: LORC, art. 92.

su artículo 86 dispone algo obvio: “*Sólo se hará una inscripción en el Registro Civil por nacimiento y se inscribirán sólo los nacidos vivos, aunque fallezcan instantes después*”. Solventando con ello la impropia redacción del derogado artículo 466 del CC que refería que no se tomaría en cuenta la declaración relativa al niño de haber “nacido vivo o muerto” siendo que obviamente de nacer muerto no era persona y por tal no era pertinente levantar o extender la respectiva acta de “nacimiento”³¹.

1.2.2. *La viabilidad*³²: Tal teoría no se conforma con la vida sino que precisa ser “*viable*”, esto es, “*apto para la vida*”, que el ser tenga condiciones para vivir fuera del claustro materno. De tal suerte, que si el ser cuenta con afecciones orgánicas o físicas que permitan pronosticar que morirá, no es viable. La presente teoría presenta dos grandes inconvenientes: primero como es común en la medicina sería muy difícil y controversial precisar en la generalidad de los casos un pronóstico de vida y segundo, jurídicamente en nuestro sistema vigente su adopción iría en contra de la dignidad del ser humano, porque llevaría al absurdo de un ser con vida por tiempo indefinido³³ que no tendría la condición de sujeto de derecho. De allí que acertadamente en el seno de la discusión parlamentaria del CC de 1916 se hicieron interesantes consideraciones que abogaban por desestimar la presente teoría en aras de la vitalidad³⁴. La teoría en comentarios fue adoptada por los CC venezolanos de 1873, 1880, 1896 y 1904 (todos en su artículo 14). Por inspiración del Código de Napoleón de 1804 (art. 725) y el Código Italiano de 1865 (art. 724). El superar las 24 horas de nacido, no suponía la adopción de la presente teoría según refería la generalidad de la doctrina española³⁵.

³¹ Véase: *ibid.*, pp. 142-144; LORC, art. 86; *Reglamento de la Ley Orgánica de Registro Civil*, art. 70: ... En el caso de los no nacidos se expedirá permiso de enterramiento o cremación sin que proceda registro del acta”.

³² Véase: DOMÍNGUEZ GUILLÉN, *Inicio y extinción...*, pp.74-86.

³³ Véase: GAJARDO, *ob. cit.*, p. 115, refiere acertadamente que la viabilidad se basa en un pronóstico; supone predecir si se vivirá y no siempre ese pronóstico será exacto. Surge la pregunta ¿*Después de cuánto de vida se declararía la viabilidad?*. De allí lo incierto de la presente teoría.

³⁴ *Código Civil de Venezuela, Artículos 1 a 18*, *ob. cit.*, pp. 566 y 567. Véase: *ibid.*, pp. 576 y 577, palabras de Crespo Vivas en apoyo a la teoría de la vitalidad: ... Si a algún artículo del proyecto le voy a dar el voto con mucho gusto es precisamente éste... el individuo de la especie humana, separado del vientre materno natural o artificialmente, que vive, ha de considerarse como persona, y por tanto capaz de derechos y obligaciones. Que pueda continuar viviendo o no es punto que nada tiene que ver con la personalidad.... “*Nace un niño vivo pero no viable, es decir, nace para morir pocos instantes después y a veces seis meses después como ha apuntado el doctor Ochoa, porque puede nacer sin condiciones de viabilidad, pero vivir seis meses. La madre que ha perdido su marido ha quedado embarazada y abraza la hermosa esperanza del hijo que lleva en su seno. El niño ha nacido vivo solamente, por tanto, nunca ha sido persona jurídica capaz de derechos y obligaciones, según nuestro derecho actual y por consiguiente no ha heredado. La herencia pues, que le hubiera correspondido y que habría pasado a su madre pertenece a otros herederos. ¿Será justo señores, que esa madre que ha tenido el profundo dolor de perder a su hijo, se le inflija además el castigo, por nuestras leyes, de arrebatarle una herencia que ha debido corresponderle?* (Aplausos); DOMÍNGUEZ GUILLÉN, *Inicio y extinción...*, pp. 98-102.

³⁵ Véase: DOMÍNGUEZ GUILLÉN, *Inicio y extinción...*, pp. 84 y 85, especialmente doctrina citada en notas 302 y 303; MÁRQUEZ RUIZ, José Manuel: *Comienzo y fin de la personalidad*. Abril 2004, <http://noticias.juridicas.com/articulos/45-Derecho%20Civil/200404-265513131044911.html> .

1.2.3. *La figura humana*³⁶: La presente teoría como también sugiere su denominación, pretende exigir la “figura o forma” humana para la concesión de personalidad jurídica al ser humano. Los inconvenientes de la misma, al igual que la de la teoría anterior saltan a la vista; primero, la dificultad de precisar que se entiende por figura humana³⁷ y segunda, constituye una franca violación a la dignidad del ser humano. La consagraba hasta 2011 como producto de una tradición histórica el artículo 30 del CC español que disponía: “*Para los efectos civiles, sólo se reputara nacido el feto que tuviere figura humana y viviere veinticuatro horas enteramente desprendido del seno materno*”³⁸. Esta disposición del Código Civil español se observó en el Código Civil venezolano de 1867 en su art. 122 en los siguientes términos: “*Para los efectos legales solo se reputa nacido el feto, que desprendido enteramente del seno materno, nace con figura humana y vive veinticuatro horas naturales.*” Recordemos que éste último se inspiró a su vez en el proyecto de Código Civil para España de Florencio García Goyena de 1851³⁹.

Sin embargo, la doctrina española señalaba acertadamente que tan incomprendible reminiscencia⁴⁰ o inexplicable anomalía era contraria al principio de la dignidad de la persona que consagra el artículo 10 de la Constitución Española. Lo más acorde es que la personalidad se haga depender del hecho del nacimiento⁴¹. Por lo que debía concluirse que la antigua norma era inconstitucional por vulnerar el principio fundamental relativo a la dignidad de la persona humana⁴².

No está de más recalcar que si la teoría de la viabilidad vulnera la dignidad del ser humano, con mayor razón la teoría de la figura humana, la cual toca

³⁶ Véase: DOMÍNGUEZ GUILLÉN, *Inicio y extinción...*, pp. 86-91.

³⁷ Véase: FERNÁNDEZ DE BUJÁN, ob. cit., p. 228, nota 205; DOMÍNGUEZ GUILLÉN, *Inicio y extinción...*, p. 87.

³⁸ Véase sobre la modificación a la teoría de la vitalidad en España: Véase: FLORENSA I TOMAS, Carles Enric: *La modificación del criterio de la adquisición de la personalidad civil: una análisis desde el Derecho Civil Catalán*. En: Indret 4/2014, Barcelona, Octubre 2012, pp. 2-42, www.indret.com/pdf/930.es.pdf fue derogada por la Ley de Registro Civil publicada el 22-7-11; GETE-ALONSO y CALERA, ob. cit., pp. 77 y 78, hasta la Reforma de la Ley 20/2011 del Registro Civil se requería tener figura humana y vivir veinticuatro horas. Ambos requisitos ampliamente discutidos fueron sustituidos: “La personalidad se adquiere en el momento del nacimiento con vida, una vez producido el entero desprendimiento del seno materno”. La norma catalana expresa: “La personalidad civil es inherente a la persona física desde su nacimiento”.

³⁹ Cuyo artículo 107 disponía: “*Para los efectos legales, solo se reputa nacido el feto que, desprendido enteramente del seno materno, nace con figura humana y vive cuarenta y ocho horas naturales.*” Véase Proyecto de Código Civil para España de Florencio García Goyena, 1.851, Artículo 107, p. 69, se comenta que, a decir verdad, debía parecer suficiente el de veinte y cuatro horas señalados en la Ley del Toro que formaba el último estado; pero había en el seno de la comisión sujetos respetables que miraban como un despojo hecho a la familia del padre o madre difuntos esta súbita transmisión de bienes por la sola circunstancia de sobrevivir la criatura 24 horas, y pretendían prolongarla mucho más allá de los diez días del Fuero Juzgo; el término de cuarenta y ocho horas fue como una especie de transacción; de todos modos si es conveniente señalar tiempo, el señalamiento siempre será arbitrario.

⁴⁰ LETE DEL RÍO, ob. cit., pp. 43 y 44.

⁴¹ CARRASCO PERERA, ob. cit., p. 63. Adicionalmente indica el autor que tampoco tiene mucho sentido que la persona sea una “para los efectos civiles” y otra para los penales; esa diferencia valorativa no tiene, ninguna explicación plausible.

⁴² DOMÍNGUEZ GUILLÉN, *Inicio y extinción...*, p. 89.

el límite del absurdo, por lo que vale la misma consideración, esto es por vulnerar la dignidad de la persona humana y en razón del carácter progresivo de los derechos, no sería posible jurídicamente retroceder a la consagración de la figura humana o de la viabilidad. La única teoría del nacimiento consecuente con la dignidad de la persona humana, es la vitalidad. La subjetividad jurídica humana ha de ser paralela al nacimiento con vida, la exigencia de requisitos adicionales que suponen la posibilidad de vida humana posterior al nacimiento sin personalidad jurídica contrarían los principios según los cuales todo ser humano es persona y toda ser humano tiene dignidad⁴³.

1.3. *Teoría ecléctica*⁴⁴: El calificativo de ecléctico surge de la combinación de algunas de las teorías ya referidas. Algunos pretender combinar las teorías de la “concepción” y del nacimiento⁴⁵, lo cual es irreconciliable porque la protección al concebido no desvirtúa la adopción de la teoría del nacimiento (vitalidad en el caso vigente), y por ende ello no constituye una tercera teoría. Por lo que compartimos la opinión de que nuestro ordenamiento no consagra una pretendida teoría ecléctica sino la ya referida de la vitalidad en el CC art. 17⁴⁶.

Sin embargo, la referencia a “ecléctica” podría considerarse en el sentido de admitir una suerte de combinación de alguna de las referidas teorías del nacimiento con otros requisitos impuestos por determinada legislación, como sería el caso o la mexicana (art. 337; vive 24 horas o es presentado al Registro Civil)⁴⁷.

Refiere Aguilar Gorrondona acertadamente que conviene aclarar que no obstante las expresiones equívocas de algunos autores, *nadie*, ha sostenido que la personalidad del ser humano comienza con la inscripción en el Registro Civil.⁴⁸ Aunque parezca obvio, hemos reiterado que el inicio de la personalidad humana es enteramente ajeno a la formalidad registral, aunque increíblemente se afirmen impropiedades en este sentido⁴⁹.

⁴³ Ibid., p. 91.

⁴⁴ Ibid., pp. 91-96.

⁴⁵ Véase: AGUILAR GORRONDONA, ob. cit., p. 52, el autor agrega que el CC adopta la teoría de la vitalidad a lo que se agrega la aceptación de la tesis ecléctica con relación al concebido; HUNG VAILLANT, *Derecho...*, p. 87, la personalidad comienza con el nacimiento pero se reconoce ciertos derechos al concebido.

⁴⁶ Véase: GRATERÓN GARRIDO, ob. cit., p. 57; DOMÍNGUEZ GUILLÉN, *Inicio y extinción...*, p. 93.

⁴⁷ DOMÍNGUEZ GUILLÉN, *Inicio y extinción...*, pp. 93 y 94; BAQUEIRO ROJAS y BUENROSTRO, *Derecho Civil...*, p. 150.

⁴⁸ AGUILAR GORRONDONA, ob. cit., p. 52.

⁴⁹ DOMÍNGUEZ GUILLÉN, *Inicio y extinción...*, pp. 95 y 96; No se puede sostener el absurdo lógico y jurídico de que la personalidad del ser humano depende de su inscripción en el Registro del Estado Civil, y ello lo manifestamos ante ciertas afirmaciones que increíblemente parecieran dejar entrever lo contrario. No obstante, resulta insólita una sentencia del 11 de febrero de 1994 del Juzgado Superior Primero de Familia y Menores (J.R.G., T. 129, p. 73) que indica que de la inserción en el Registro Civil de Nacimiento “*dependerá su existencia civil como persona.*” Curiosamente, la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente (particularmente el penúltimo párrafo, a saber, el tercero comenzando por el final:) presenta igualmente una grave impropiedad en este sentido (“*El artículo 681 cuyo contenido pudiera lucir drástico, tiene por finalidad proveer de identidad a más de cuatrocientos mil niños venezolanos que en estos momentos formalmente no existen. Por carecer de identidad no tienen acceso al disfrute de derechos tan fundamentales como la educación y la salud. En tal sentido, sería contradictorio, inconcebible, consagrar para los niños adolescentes derechos y garantías que luego no podrán*”).

2. EL NASCITURUS⁵⁰

El *nasciturus* es el por nacer, tanto el que ya está concebido (*conceptus*) como el que habrá de ser concebido (*concepturus*).⁵¹ Generalmente el término “*nasciturus*” o “*por nacer*” se asocia al ser que ya está concebido⁵², sin embargo desde una perspectiva más amplia la expresión “*nasciturus*” abarca igualmente al ser que será concebido en un futuro. La doctrina civil ha distinguido así entre *conceptus* y *concepturus*, para referirse al *concebido* y al *por concebir*, respectivamente.⁵³ En el lenguaje común, cuando se alude a ser “que está por nacer”, se asocia a un nacimiento próximo, sin embargo, la expresión *por nacer*, desde una perspectiva más extensa, incluye tanto a los que están por nacer inmediatamente como a los que nacerán en un futuro lejano. Aunque entre uno y otro medie una diferencia sustancial, toda vez que uno ya es un ser con vida y el otro una mera expectativa.

No consideramos acertada la expresión “persona por nacer o persona por concebir”⁵⁴, porque en nuestro ordenamiento vigente sólo el nacimiento con vida otorga la condición de persona. Por lo que resulta una impropiedad referirse a persona por nacer si el nacimiento (con vida) es el que propicia tal

hacer valer porque no pueden demostrar que son personas, a la luz de la legislación.”). Ante tales confusiones, que no tienen asidero jurídico ni lógico, solo cabe aclarar que por más importante que sea la institución del Registro del Estado Civil, la misma en modo alguno afecta la existencia jurídica del ser humano, ésta depende de dos hechos jurídicos trascendentales: el nacimiento con vida y la muerte. El inicio de la personalidad humana no depende del Registro Civil, de la misma forma que no se pierde la personalidad porque se proceda en forma errada al levantamiento de una partida de defunción.

⁵⁰ DOMÍNGUEZ GUILLÉN, *Inicio y extinción...*, pp. 102-104; DOMÍNGUEZ GUILLÉN, María Candelaria: *Situación del nasciturus en la Constitución de 1999*. En: Libro Homenaje a Enrique Tejera París. Caracas, Universidad Central de Venezuela, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, 2008, pp. 133-156; PLAZA MARTÍNEZ, Fanny: *Situación jurídica del nasciturus: especial referencia al derecho a la identidad*. Tesis para optar al título de Doctora en Ciencias, Mención Derecho. Universidad Central de Venezuela, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Centro de Estudios de Postgrado, Septiembre 2016 (tutora: María C. Domínguez G.).

⁵¹ Véase: CATALANO, Pierangelo: *Observaciones sobre la “Persona” del concebido a la luz del derecho romano. (De Juliano a Teixeira De Freitas)*. En: La Persona en el sistema jurídico latinoamericano. Colombia, Universidad de Externado de Colombia, agosto de 1995, Traducción de Lucas Reyes González y Fabio Espitia Garzón, pp. 144 y 151; FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos: *Tratamiento Jurídico del Concebido*. En: La Persona en el sistema jurídico latinoamericano. Colombia, Universidad de Externado de Colombia, agosto de 1995, p. 197, “Dentro del concepto de *nasciturus* se admite tanto el que se denomina *conceptus* o concebido como al *concepturus*, al que habrá de ser concebido. La doctrina dominante, desacertadamente a nuestro parecer, pretende equipararlos cuando presenta a ambos como “esperanza” de vida. En verdad, en el caso del *conceptus*, estamos instalados frente a un ser humano en el primer estadio de su vida, mientras que en el caso del *concepturus* se trata de un ser inexistente y sólo posible si es que se produce la fecundación de un óvulo por un espermatozoide. La diferencia ontológica entre ambos es radical”.

⁵² Véase en este sentido, refiriéndose fundamentalmente al concebido como sinónimo de *nasciturus* (no obstante que el autor admite según indicamos que el término incluye tanto al *conceptus* como al *concepturus*): FERNÁNDEZ SESSAREGO, *Tratamiento...*, p. 189 (se refiere a diferencia del resto de los textos a “*nascituro*”), Veloso de Franca, Genival: *Intervenciones fetales. Aspectos médico-legales*. <http://www.sideme.org/doctrina/articulos/arto30602-br.htm>, indica que “Por nascituro, por tanto, se entiende aquel que fue concebido y todavía no ha nacido. Es el ser humano que está por nacer, ya concebido en el vientre materno”; HUNG VAILLANT, *Derecho...*, pp. 91 y 92, quien alude a “*situación del concebido o por nacer*” y “*situación del no concebido o por concebir*”.

⁵³ Véase: AGUILAR GORRONDONA, ob. cit., pp. 54-60.

⁵⁴ Véase utilizando ésta: *ibid.*, pp. 54 y 58.

condición, a tenor del artículo 17 del Código Civil. Por tal, el *nasciturus*, ya sea concebido o por concebir, por definición NO es persona⁵⁵.

La protección al *nasciturus* data del derecho romano ⁵⁶ y se extendió posteriormente a las codificaciones iberoamericanas⁵⁷. El Derecho venezolano vigente toma en cuenta tanto al *conceptus* como al *concepturus* según veremos de seguidas.

2.1. Situación de *conceptus*⁵⁸

El “*conceptus*” es el ser concebido, esto es, en quien ya ha operado el fenómeno de la concepción o fecundación. Nuestra legislación, no obstante consagrar la teoría de la vitalidad, se apresura a proteger al concebido, en homenaje a una existencia natural, pues se admite claramente que con la concepción comienza la vida humana en su fase inicial o primaria, aunque la condición de persona comience con el nacimiento. Así pues se protege al feto en homenaje a una incipiente vida y una personalidad futura.

La ley no discute la existencia anterior al nacimiento, puesto que protege la vida en gestación, pero como lo que no existe no puede ser sujeto de derechos, la ley le reconoce para ciertos aspectos existencia. La existencia real comienza antes de nacer, la existencia legal comienza al nacer. El concebido tiene una existencia que si bien no goza de todos los atributos de la personalidad merece una consideración especial. Su protección se deriva del derecho natural.⁵⁹

Tal protección se aprecia en nuestro ordenamiento jurídico. Ello se refleja en el artículo 76 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela que alude a la protección a partir del momento de la concepción con ocasión de la maternidad⁶⁰. La protección que concede la Carta Fundamental al concebido,

⁵⁵ Véase: MARÍN ECHEVERRÍA, ob. cit., p. 18, el no nacido no alcanza el rango de persona.

⁵⁶ Véase: CASTÁN VÁZQUEZ, José María: *La recepción en las codificaciones americanas de la tradición romana justiniana sobre el comienzo de la existencia humana*. En: La Persona en el sistema jurídico latinoamericano. Colombia, Universidad de Externado de Colombia, agosto de 1995, pp. 168-171; ALVARADO CHACÓN, ob. cit., pp. 21-55, <http://servicio.cid.uc.edu.ve/derecho/revista/idc26/26-1.pdf>.

⁵⁷ CASTÁN VÁZQUEZ, ob. cit., pp. 178-183.

⁵⁸ DOMÍNGUEZ GUILLÉN, *Inicio y extinción...*, pp. 104-137. Véase: FLORES, Alfredo, ob. cit., pp. 15 y 157, El status jurídico del “*nasciturus*” se convierte en talón de Aquiles de la experiencia jurídica actual; el concepto de persona dado las líneas o posturas personistas se ha convertido en la negativa del estatuto jurídico del *nasciturus*.

⁵⁹ LEONGOMEZ, Enrique: *Del Principio de las Personas Naturales*. Bogotá, edit. Patria, 1926, p. 13.

⁶⁰ “La maternidad y la paternidad son protegidas íntegramente, 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 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 tiene el deber compartido e irrenunciable de criar, formar, educar, mantener y asistir a sus hijos e hijas, y éstos tienen el deber de asistirlos cuando aquél o aquella no puedan hacerlo por sí mismos. La ley establecerá las medidas necesarias y adecuadas para garantizar la efectividad de la obligación alimentaria.” (destacado nuestro). Por su parte, el artículo 74 de la Constitución de 1961 indicaba “La maternidad será protegida, sea cual fuere el estado civil de la madre. Se dictarán las medidas necesarias para asegurar a todo niño, sin discriminación alguna, protección integral, desde su concepción hasta su completo desarrollo, para que éste se realice en condiciones materiales y morales favorables.” (destacado nuestro). El cambio de redacción para algunos ha sido

es ajena a la problemática del aborto⁶¹ pues el Estado por cuestiones de política legislativa podría ampliar los supuestos que le quitan al aborto el carácter de delito⁶² como en efecto lo consideró el Proyecto de Código Penal elaborado por el TSJ⁶³. Actualmente nuestra legislación sólo admite el aborto terapéutico⁶⁴ y el Código de Deontología Médica contiene normas en este sentido⁶⁵.

Ahora bien, la protección del concebido a nivel general, se aprecia desde la perspectiva laboral, penal y civil. En el ámbito laboral se protege a la mujer embarazada e inclusive al padre del concebido⁶⁶; en materia penal al sancionar

regresivo (Véase: BREWER-CARIAS, Allan: *Debate Constituyente (Aportes a la Asamblea Constituyente)*. Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 1999, T. III, p. 165) pero tal redacción es indiferente dado el carácter progresivo de los derechos (Véase: RIBEIRO SOUSA, Dilia Maria: *Situación Jurídica del concebido ante los avances de la ciencia (Especial referencia al tratamiento del concebido en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, y sus diferencias con la Constitución de 1961)*. En: Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas N^o 118, Caracas, Universidad Central de Venezuela, 2.000, p. 290, que la desmejora a la protección del concebido en la nueva Constitución es solo aparente pues nuestro ordenamiento jurídico protege la vida humana desde el momento de la concepción; DOMÍNGUEZ GUILLÉN, *Ensayos...*, p. 468; DOMÍNGUEZ GUILLÉN, *Inicio y extinción...*, p. 108.

⁶¹ Sobre el tema del aborto véase: MAZZINGHI, Jorge Adolfo: *La interrupción del embarazo: el aborto*. En: La Persona Humana. Argentina, edit. La Ley, 2001, pp. 63-79; ARTEAGA SÁNCHEZ, Alberto: *Nuevas tendencias en el tratamiento jurídico del aborto*. En: Memoria del VIII Congreso Mundial de Derecho de Familia, Caracas, 1994. Publicidad Gráficas León SRL, 1996, Tomo II, pp. 527-533; DE VOLLMER, Christine: *Aspectos legales del aborto y su penalización en América Latina*. En: Memoria del VIII Congreso Mundial de Derecho de Familia, Caracas, 1994. Publicidad Gráficas León SRL, 1996, Tomo II, pp. 603-611; VALDÉS, Margarita: *El problema del aborto: tres enfoques*. En: Bioética y Derecho. Fundamentos y problemas. Rodolfo Vázquez (compilador). México, Instituto Tecnológico Autónomo de México, Fondo de Cultura Económica, 1999, pp. 129-150; SGAMBATTI, Sonia: *El aborto. Aspectos historiográficos, legales, éticos y científicos*. Caracas, Universidad Central de Venezuela, Ediciones de la Biblioteca, 3^a edic., 1999; TAMAYO RODRÍGUEZ, José Luis: *El aborto. Su problemática. Razones jurídicas y factores que imponen su despenalización*. Serie Trabajos Jurídicos. Caracas, edit. Tamhy, 2005.

⁶² Véase en este sentido: FAÚNDEZ LEDESMA, Héctor: *Administración de Justicia y Derecho Internacional de los Derechos Humanos. (El Derecho a un juicio justo)*. Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1992, p. 46: la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha indicado que puede haber excepciones legítimas contempladas en la legislación interna de los Estados y que en los hechos permiten el aborto.

⁶³ Véase al efecto: *Proyecto Código Penal*. Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, 2004, pp. 189-191. Los artículos 240 al 245 del Proyecto de Código Penal dan cabida a distintos tipos de abortos, a saber, el artículo 240 permite el aborto ético (en caso de violación o inseminación artificial no autorizada); el artículo 241 permite el aborto eugenésico cuando se diagnosticó médicamente que el hijo nacerá con graves taras físicas o psíquicas; el artículo 242 permite el aborto por angustiosa necesidad social cuando la mujer se hallare en una situación de apremio por la pobreza y dificultades económicas consiguientes siempre que desde la concepción no hayan transcurrido doce semanas; el artículo 243 consagra el aborto libre cuando se practique a solicitud de la mujer siempre que la gestación no pase de tres meses; ANGULO FONTIVEROS, Alejandro: *El aborto*. En: Revista de Derecho de la Defensa Pública N^o 2, 2016, pp. 127-182, http://www.ulpiano.org.ve/revistas/bases/artic/texto/RDEF PUB/2/rdefpub_2016_2_127-182.pdf.

⁶⁴ Véase artículo 433 parte final del Código Penal: "... no incurrirá en pena alguna el facultativo que provoque el aborto como medio indispensable para salvar la vida de la parturienta."

⁶⁵ Véase artículo 59: "Al médico le es permitido indicar la interrupción del embarazo con un fin terapéutico, y en todo caso, siguiendo las normas establecidas por la ciencia y las disposiciones legales vigentes". Véase también artículos 58, 60 y 61 *eiusdem*. (Aprobado en LXXVI Asamblea de la Federación Médica Venezolana del 29-3-85).

⁶⁶ Véase: TSJ/SConst., Sent. 609 del 10-6-10, el artículo 8 de la *Ley para la Protección de las Familias, la Maternidad y la Paternidad relativo a la inamovilidad del padre debe aplicarse a partir de la concepción porque lo que se pretende es la protección de la familia y del concebido*.

el aborto⁶⁷ y las lesiones que lo provoquen⁶⁸, y en desde la perspectiva civil se aprecia su consideración siempre que a tenor del artículo 17 del CC “se trate de su bien”, lo que tiene lugar precisamente en situaciones como la adquisición gratuita de derechos patrimoniales ya sea por vía de *herencia*⁶⁹, *legado*⁷⁰, *donación*⁷¹, *constitución de hogar*⁷² así como el *reconocimiento de la filiación extramatrimonial*.⁷³

El feto no puede quedar obligado cuando le sea desfavorable por lo que podrá obligarse cuando le favorezca, por ejemplo en el caso de una herencia donde su activo sea superior al pasivo.⁷⁴

La situación jurídica del concebido⁷⁵, es de difícil explicación jurídica, toda vez que se trata de un caso excepcional donde un ser que no es persona puede figurar temporalmente en una situación jurídica (y recordemos que tal potencialidad solo la tienen las personas). Pero luego de pasarse por múltiples teorías que pretenden explicar tal fenómeno, siendo quizás la mayormente acertada la relativa a que los derechos del concebido están en una suerte de condición suspensiva que viene dada por el nacimiento con vida (pero inclusive en tal caso no existe persona antes de verificarse el nacimiento), por

⁶⁷ Véase artículos 430 al 434 del Código Penal.

⁶⁸ Véase artículo 414 del Código Penal, al aludir al delito de “lesiones personales” indica que *si habiéndose cometido el delito contra una mujer en cinta le hubiere ocasionado el aborto, será castigado con presidio de tres a seis años*. El artículo 415 *eiusdem* prevé que si el delito se ha cometido contra una mujer en cinta, causa un parto prematuro, la pena será de prisión de uno a cuatro años.

⁶⁹ La posibilidad del concebido de suceder *ab intestato* viene dada por el artículo 809 del Código Civil que prevé: “*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*”. (Destacado nuestro).

⁷⁰ Véase artículo 840 del Código Civil: “*Son incapaces para recibir por testamento los que son incapaces para suceder ab-intestato...*” De lo que se deduce que el concebido que de conformidad con el artículo 809 *eiusdem* puede suceder *ab intestato* o sin testamento puede también recibir legados, esto es suceder por vía testamentaria.

⁷¹ Véase artículo 1.436 del Código Civil que dispone: “*No pueden adquirir por donación, ni aun bajo el nombre de personas interpuestas, los incapaces de recibir por testamento, en los casos y del modo establecido en el Capítulo que trata de las sucesiones testamentarias*”. Así pues de conformidad a su vez, con los citados artículos 809 y 840 *eiusdem* según los cuales el concebido puede recibir *ab intestato* y por vía testamentaria, se concluye que igualmente puede recibir por donación.

⁷² Véase artículo 633 del Código Civil. El objeto de tal figura de conformidad con el artículo 632 *eiusdem* es sustraer tal inmueble del alcance de los acreedores y convertirlo en inejecutable.

⁷³ Se ha indicado también que el padre extramatrimonial del concebido pudiera reconocerlo no obstante no haber nacido porque ello ciertamente se trata de su bien. Esta posibilidad se encuentra en el artículo 223 del Código Civil. No obstante tal norma indica que “*el reconocimiento del concebido sólo podrá efectuarse conjuntamente por el padre y la madre*”. Véase también artículo 120, ord. 2º del Código Civil, según el cual si la mujer que no tiene la edad mínima para contraer matrimonio *ha concebido*, no podrá impugnarse por nulidad el matrimonio correspondiente.

⁷⁴ Véase: DOMÍNICI, Aníbal: *Comentarios al Código Civil Venezolano*. Reformado en 1896. Caracas, edit. Rea, 1962, T. I, p. 57; es necesario tener presente que cuando las obligaciones son correlativas a los derechos adquiridos, el feto se considerará nacido para aquellas como para estos, pues en ese caso los provechos y las cargas forman un todo indivisible.

⁷⁵ Véase: DOMÍNGUEZ GUILLÉN, *Inicio y extinción...*, pp. 125-137; GETE-ALONSO y CALERA, ob. cit., p. 81, es claro que el concebido no es persona.

lo que se afirma acertadamente respecto al status jurídico del *conceptus* que “*en realidad, desde el punto de vista de los principios rigurosos, el asunto no tiene explicación satisfactoria*”.⁷⁶

2.2. Cálculo de la concepción⁷⁷

Según indicamos la concepción es la fusión de las células sexuales a partir de las cuales se inicia la vida del ser humano. Instante en que simultáneamente comienzan ciertos efectos relativos a la protección jurídica del concebido. De allí que desde el punto de vista del Derecho será fundamental la determinación del período en que pudo tener lugar la concepción.

El cálculo de la concepción constituye el producto de aplicar la operación aritmética que prevé el citado artículo 213 del CC, del que resulta el período aproximado dentro del cual la ley presume que en principio ha tenido lugar la fecundación. Se traduce entonces en un sencillo procedimiento matemático a los fines de acercarse a un lapso aproximado dentro del que pudo haber ocurrido la concepción de conformidad con la norma legal⁷⁸.

⁷⁶ ALESSANDRI RODRÍGUEZ y SOMARRIVA UNDURRAGA, ob. cit., p. 137 (Destacado nuestro). Refieren los autores, al preguntarse sobre ¿qué clase de derechos tiene el concebido? No es bajo condición suspensiva, porque las personas a las que les correspondían los derechos si no nace legalmente el niño tienen un derecho bajo la condición suspensiva de que el nacimiento no constituya principio de vida y si esto es así no puede serlo también para la criatura: No es resolutoria porque implica un derecho actual, no es eventual porque implica una relación entre sujeto y regla jurídica... (idem). Véase también: BERCOVITZ y RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo: *Derecho de la Persona*. Madrid, edit. Montecorvo S.A., 1976, pp. 167 y 168, la insuficiencia doctrinaria para explicar la situación del concebido no constituye sino una prueba más de que siempre se ha pensado en esta institución en relación con el nacimiento; DOMÍNGUEZ GUILLÉN, *Inicio y extinción...*, pp. 135 y 136; “Ciertamente la situación del concebido se presenta como un supuesto especial que rompe con las explicaciones derivadas de las instituciones jurídicas en juego. Por ejemplo, se afirma que sólo las personas pueden ser sujeto de derecho y que si el concebido puede figurar en una relación aun cuando sea con la condición futura de que nazca vivo, en consecuencia es persona. Pensamos que tales silogismos no son ciertos, porque precisamente estamos ante un supuesto excepcional donde un ser figura como una suerte de término subjetivo sin ser todavía propiamente persona o sujeto de derecho. Como indicamos la personalidad se tiene o no se tiene, no se puede borrar del ordenamiento jurídico con la consideración de que nunca existió porque si es así es porque precisamente no tuvo lugar la persona. El problema a nuestro criterio radica en tratar de explicar una situación única y particular que no encuentra parangón con otras instituciones de derecho. Pretender trasladar teorías que funcionan en otros ámbitos distintos al planteado, como el patrimonial, no resuelve el problema del *status* jurídico del concebido. Por lo general el jurista trata de buscar la naturaleza jurídica de algunas instituciones jurídicas en figuras análogas olvidando que a veces un punto coincidente no es suficiente para encuadrar un supuesto en una institución preexistente. Ahora bien, el hecho de que la problemática del concebido no sea fácilmente explicable a través de los institutos nombrados no significa que el feto tenga personalidad, es decir, el hecho de que ninguna teoría logre explicar a cabalidad el *status* jurídico del *conceptus* no puede llevar a la conclusión de que el feto es persona, pues lo mismo se aplicaría para el *concepturus* o por concebir, el cual se presenta como una simple expectativa”.

⁷⁷ Véase: DOMÍNGUEZ GUILLÉN, María Candelaria: *El cálculo de la concepción*. En: Revista de Derecho N° 24. Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, 2007, pp. 63-96 (también en: *Manual de Derecho de Familia...*, pp. 483-509); GRATERÓN GARRIDO, ob. cit., pp. 60-67.

⁷⁸ Tal período, en efecto representa una aproximación, dado el carácter *iuris tantum* de la citada presunción legal. Véase al efecto: CONTRERAS, ob. cit., p. 105, “el lapso en que se presume que un día cualquiera tuvo lugar la concepción o fecundación de la mujer...”; GRATERÓN GARRIDO, ob. cit., p. 61.

Al efecto dispone el artículo 213 del CC: “*Se presume, salvo prueba en contrario, que la concepción tuvo lugar en los primeros ciento veintitún (121) días de los trescientos (300) que preceden al día del nacimiento.*”

Dicha norma consagra la forma de cálculo de la concepción a través de una presunción *iuris tantum*, esto es, que admite prueba en contrario⁷⁹. Las presunciones pretenden llegar a un hecho desconocido partiendo de un hecho conocido⁸⁰: en el caso que nos ocupa el hecho *conocido* ciertamente es el *nacimiento*, y a partir de éste nos acercaremos al hecho *desconocido* de la *concepción*. En las legislaciones donde la presunción citada no admite prueba en contrario se indica que ello se opone a los avances médicos, que evidencian casos fuera de los parámetros normales⁸¹. Desde tiempos antiguos, se consideró un lapso aproximado de gestación de 9 a 10 meses⁸².

Se acota la imprecisión o dificultad que supone tratar de acercarse a una fecha específica en materia de concepción⁸³, por lo que el artículo 213 CC no pretende ofrecer un día o pocos días precisos o exactos en los que ha podido acontecer la fecundación. Contrariamente, ante la imposibilidad de precisar un día determinado en que tendría lugar la concepción, el Legislador toma un período aproximado de ciento veintitún (121) días, esto, 4 meses, en los que en cualquiera de ellos, pudo acontecer la misma. Así pues no se obtiene una fecha exacta sino el lapso dentro del cual pudo acontecer la fecundación⁸⁴.

⁷⁹ Véase: BOCARANDA E., Juan José: *Análisis y Consideraciones sobre el Nuevo Código Civil 1982*. Caracas, Tipografía Principios, 1982, p. 142; HUNG VAILLANT, *Derecho...*, p. 96. Véase también: BOCARANDA E., Juan José: *Análisis Guía Informática Derecho de Familia*. Caracas, Tipografía Principios, 1994, Tomo I, p. 55, la ubica entre las presunciones relativas a la filiación.

⁸⁰ Con relación a la presunción véase: MARÍN PÉREZ, ob. cit., p. 77: presunción es la averiguación de un hecho desconocido deduciéndolo de otro conocido. Si esta presunción la hace la ley, es legal. A su vez, si esa operación lógica admite prueba en contrario, se denomina presunción *iuris tantum*; si, por el contrario, la presunción es absoluta y no admite contradicción, se llama presunción legal *iuris et de iure*. Véase artículo 1.394 del Código Civil que prevé: “*Las presunciones son las consecuencias que la Ley o el Juez sacan de un hecho conocido para establecer otro desconocido*”.

⁸¹ Véase: COELLAR ESPINOZA, ob. cit., p. 36 y 37, lo comenta respecto de Ecuador.

⁸² VALENCIA ZEA, ob. cit., pp. 359-364. Véase igualmente en torno al antiguo Derecho Francés: LÓPEZ HERRERA, *Derecho de Familia...*, pp. 347 y 348. Véase también: AGUILAR GORRONDONA, ob. cit., p. 61, refiere que en el antiguo derecho francés se dejaba el cálculo de duración del embarazo y consecuentemente la concepción a la libre apreciación de los jueces, llegando al abuso de señalar que un embarazo había durado 17 meses. Por su parte, el CC Napoleónico estableció que la duración máxima del embarazo era 300 días y la mínima 180. El BGB (Alemania) presumió como tiempo de la concepción el comprendido entre 181 y 302 días anteriores al nacimiento, ambos inclusive pero admitió que se pudiese probar médicamente que el embarazo había durado más de 302 días en atención a que algunos ginecólogos admiten esa posibilidad. En el mismo sentido, véase: HUNG VAILLANT, *Derecho...*, pp. 95 y 96; ABELEDA, ob. cit., p. 219, reseña que en la antigua legislación española encontramos que en el Código de las Siete Partidas, con igual criterio de solucionar cuestiones relativas a paternidad y filiación, se establece como máximo de la duración del embarazo 10 meses y como mínimo 6 meses.

⁸³ Esto es, nos referimos a un día determinado.

⁸⁴ Véase: AGUILAR GORRONDONA, ob. cit., p. 60; LÓPEZ HERRERA, *Derecho de Familia...*, p. 350, normalmente resulta imposible precisar el momento o fecha exactos cuando ocurre la concepción del hijo; ZERPA, *Derecho...*, p. 17, la dificultad radica en la imposibilidad de determinar científicamente y de probar el momento exacto de la concepción. De allí que se disponga de una presunción para establecer el lapso dentro del cual ocurre la concepción; HUNG VAILLANT, *Derecho...*, p. 94 y 95, hasta ahora no es posible determinar científicamente el momento exacto de la concepción; PERERA PLANAS, ob. cit., p. 211.

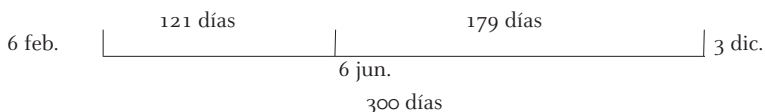
¿Cómo se obtiene dicho período aproximado de la concepción? Pues se parte del hecho conocido, esto es, el día del nacimiento⁸⁵, y de éste retrocedemos a los fines de obtener el lapso de la concepción. Así, se parte hacia atrás, esto es, se retrocede del día anterior al nacimiento trescientos (300) días, con la finalidad de incluir en el cálculo la más amplia posibilidad de que se trate de un embarazo largo de hasta casi diez (10) meses, así como una gestación breve de seis (6) o siete (7) meses. Ahora bien, una vez que se tenga el día exacto, luego de retroceder trescientos (300) del día del nacimiento, excluyendo obviamente éste día, se debe adelantar nuevamente los citados ciento veintiún (121) días que indica la norma, lo que concede un lapso aproximado de cuatro (4) meses. Dentro de ese período de cuatro (4) meses o ciento veintiún (121) días, cualquiera de ellos ha podido tener lugar la concepción⁸⁶. Así pues, la operación se traduce en retroceder trescientos (300) días, excluyendo el día del nacimiento y luego inmediatamente adelantar ciento veintiún (121) días. Éste último período denota el lapso de concepción. El ejercicio de cálculo debe tomar en cuenta tales consideraciones⁸⁷.

Se aprecian decisiones judiciales que reseñan la importancia del artículo 213 del CC a los fines de diversos efectos especialmente laborales⁸⁸, amén

⁸⁵ Véase: AZPIRI, Jorge Osvaldo: *Manual de Derecho de Personas y de Familia*. Argentina, Azmo Editores, 1976, p. 23. Para determinar la concepción hay que partir de la única fecha exacta: el nacimiento, excluyendo este día se encuentran los 300 anteriores.

⁸⁶ Véase: BOCARANDA, E., *Análisis...*, p. 142, “Los 121 días equivalen a 4 meses; 300 días equivalen a diez meses. Luego se presume que el hijo concebido por lo menos seis meses antes del nacimiento. Estos seis meses serían el límite mínimo. El máximo sería de diez meses –si tomamos en cuenta los extremos–”; HUNG VAILLANT, *Derecho...*, p. 96, para aplicar la regla del cálculo de la concepción se procede en la forma siguiente: se toma la fecha del nacimiento (hecho comprobable) y se cuentan hacia atrás (antes de dicha fecha) 300 días. Una vez que ha sido determinado en la forma antes indicada, el día número trescientos *antes del nacimiento*, se vuelven a contar a partir de dicho día y ésta vez hacia delante ciento veintiún días. El interesado que necesita probar la fecha de la concepción puede ubicar, a su conveniencia la fecha de la concepción en *uno cualquiera de estos 121 días*, es decir, en uno cualquiera de los primeros 121 de los 300 que precedieron al día de nacimiento; CONTRERAS, ob. cit., p. 105.

⁸⁷ Al efecto, podemos colocar un ejemplo y preguntarnos cuál sería el período de concepción de una persona nacida el **3 de diciembre de 2006**, correspondiente a un año no bisiesto. Al efecto, comenzamos por excluir el día de nacimiento o día *a quo* y comenzamos a contar hacia atrás trescientos (300) días desde el 2 de diciembre inclusive. El día número trescientos viene dado por el **6 de febrero**. De esta fecha nos devolvemos o adelantamos, a fin de contar o considerar los primeros ciento veintiún (121) días de dicho período, los cuales se ubican en el **6 junio**. Esto significa que la concepción en el caso concreto ha tenido lugar entre el 6 de febrero y el 6 de junio; la generación ha podido acontecer cualquiera de los días incluidos en dicho período y cualquiera de los días indicados inclusive. Ello según el esquema que se aprecia a continuación:



De la misma manera, en otro ejemplo similar, llegaríamos a la conclusión, esto es que una persona nacida el **7 de noviembre de 2006**, correspondiente a un año no bisiesto, tendría un lapso de concepción ubicado entre el **11 de enero y el 11 mayo**.

⁸⁸ Corte Primera de lo Contencioso Administrativo. Exp. 03-1877. Sent. N° 2003-3151 del 18-09-03. En: http://www.tsj.gov.ve/tsj_regiones/decisiones/2003/septiembre/025-18-03-1877-2003-3151.html. Véase además referencia al cálculo de la concepción: Juzgado Superior Civil y Contencioso Administrativo de la Región Centro Occidental, con sede en Barquisimeto, Sent. 16-09-04, Exp.

de otros supuestos de interés⁸⁹ como el reconocimiento del hijo concebido dentro de lapso de separación cuando el divorcio tiene lugar en razón del artículo 185-A del Código Civil⁹⁰.

Los avances científicos podrían crear excepciones a la regla de la concepción pues técnicamente es posible que un embrión concebido extrauterinamente permanezca en estado de criopreservación o congelamiento, antes de ser implantado en el vientre de la madre, pero la norma del citado artículo 213 precisa del nacimiento⁹¹.

2.3. *El concepturus o por concebir*⁹²

El concebido encierra en sí mismo un futuro ser humano y por tanto es digno de protección, en cambio, el ni siquiera concebido no es nada. No obstante, la semejanza entre ambas figuras existe, aunque sólo sea superficialmente.⁹³

El *concepturus* o por concebir es solo una mera expectativa. Mal puede hablarse de protección a éste⁹⁴, porque tal vez jamás se concrete como sujeto. Sin

KP02-O-2004-000186, en <http://lara.tsj.gov.ve/decisiones/2004/septiembre/648-16-KP02-O-2004-000186-KP02-O-2004-000186.html>, ...no obstante que según la fecha del cálculo de la concepción, que conforme pauta el Código Civil, el niño se presume concebido, dentro de los 121 días de los trescientos (300) que anteceden al nacimiento... por lo que bien pudo suceder, que la trabajadora quedara embarazada durante su relación laboral...; Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo Accidental "B", Sent. N° 2005-B-07 del 22-06-05, Exp. AP42-O-2004-000332, <http://jca.tsj.gov.ve/decisiones/2005/junio/1467-22-AP42-O-2004-000332-2005-B-07.html>.

⁸⁹ Véase también referencia a dicha norma o cálculo en: Juzgado Superior en lo Civil, Mercantil, del Tránsito y Menores de la Circunscripción Judicial del Estado Nueva Esparta, Sent. 20-09-04, Exp. N° 06524/04, en <http://nueva-esparta.tsj.gov.ve/decisiones/2004/septiembre/295-20-06524-04.html>; Juzgado Unipersonal N° 1, de la Sala de Juicio del Tribunal de Protección del Niño y del Adolescente de la Circunscripción Judicial del Estado Zulia, Sent. 15-05-06, Exp. 05766, en <http://falcon.tsj.gov.ve/decisiones/2006/mayo/521-15-5766-276.html>.

⁹⁰ Véase con ocasión de separación en base al artículo 185-A CC: Juzgado de Protección del Niño y del Adolescente de la Circunscripción Judicial del Estado Apure, Sent. 12-07-05, Exp. N° 11.969 en <http://amazonas.tsj.gov.ve/decisiones/2005/julio/443-12-11.969-hm>, "...Con base en ello y en el entendido de que el nacimiento del niño ...ocurrió el día 2 de febrero de 2001 y en virtud de la presunción contenida en el artículo 213 del Código Civil que se, "presume que la concepción tuvo lugar en los ciento veintinueve (121) días de los trescientos que preceden al nacimiento", es decir, que la concepción en el caso bajo análisis ocurrió entre los días 9-04-2.000 y 7-08-2.000. Es por ello forzoso concluir que la separación de hecho no ocurrió en el mes de marzo de 2000, como afirman los solicitantes..."; Sala de Juicios N° 3 del Tribunal de Protección de Niños y Adolescentes de la Circunscripción Judicial del Estado Lara, Sent. 20-09-04, Exp. KP02-Z-2004-002623, en <http://lara.tsj.gov.ve/decisiones/2004/septiembre/645-20-KP02-Z-2004-002623.html>.

⁹¹ Así en caso de fecundación *in vitro*, la aplicación de la presunción establecida en el artículo 213 CC precisaría necesariamente del "nacimiento" para su aplicación y la aproximación del período de concepción giraría en torno a la implantación del embrión en el vientre materno y no de la fecha precisa de fusión de las células sexuales –realizadas extracorpóreamente– pues el embrión podría pasar un tiempo considerable en estado de criopreservación.

⁹² Véase: DOMÍNGUEZ GUILLÉN, *Inicio y extinción...*, pp. 137-141.

⁹³ LETE DEL RÍO, ob. cit., p. 52.

⁹⁴ Véase: CONTRERAS BRICEÑO, ob. cit., p. 100, "propriadamente la ley no puede proteger al que no existe, lo que sucede es que el legislador toma en cuenta la manifestación de voluntad de una persona que vive, encaminada a otorgar derechos patrimoniales a un futuro concebido; por ello, es más práctico que hablemos de <<tratamiento legal del no concebido>> que de <<protección legal>>"; MÁRQUEZ RUIZ, José Manuel: *Comienzo y fin de la personalidad*. Abril 2004, <http://noticias.juridicas.com/articulos/45-Derecho%20Civil/200404-265513131044911.html> "en principio, no pueden considerarse como titulares de posición jurídica alguna, ni de un derecho subjetivo concreto, pues

embargo, el Derecho lo toma en consideración en algunos casos excepcionales, básicamente en atención a la voluntad actual de una persona. La posibilidad viene dada siempre que el ser sea identificable a los fines que la adquisición se produzca al momento que comience su personalidad.⁹⁵ Puede ocurrir que nunca sea concebido ⁹⁶ El no concebido es un *nondum conceptus*, no existe y no puede adquirir derechos.⁹⁷ Pero puede disponerse de un bien a su favor, obviamente si se concreta su personalidad en un futuro.

El Código Civil venezolano considera al ser que habrá de ser concebido específicamente en materia de *donación*⁹⁸, *testamento*⁹⁹ y *constitución de hogar*¹⁰⁰. Pues se admite que además del ya concebido, el *nondum concepti* o *concepturus* a pesar de no estar protegido por la Constitución (porque no existe todavía) pueden serle asignadas atribuciones patrimoniales y ser instituido donatario o heredero, para que el caso que llegue a nacer¹⁰¹.

“Se aprecia así, que nuestro Código Sustantivo toma en cuenta la voluntad de una persona viva respecto a la posible atribución de derechos patrimoniales a un ser que todavía ni siquiera ha sido concebido. Ciertamente si la situación jurídica del concebido es difícil de explicar, con más razón la del que todavía no existe y más aún no se sabe ni siquiera si existirá. De allí que las disposiciones relativas al *concepturus* simplemente pretenden tomar en cuenta la

en puridad de conceptos representan una mera eventualidad, un futurible. Sin embargo, existen mecanismos en cuya virtud la atribución de derechos a los *nondum concepti* resulta admisible”.

⁹⁵ O'CALLAGHAN, ob. cit., p. 239.

⁹⁶ MESSINEO, Francesco: *Manual de Derecho Civil y Comercial*. Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1954, T.II, p. 91.

⁹⁷ PUIG BRUTAU, ob. cit., p. 167.

⁹⁸ Art. 1.443 CC: “Los hijos por nacer de una persona determinada pueden recibir donaciones, aunque todavía no se hayan concebido.

Para aceptar la donación los hijos no concebidos serán representados por el padre o por la madre indicados por el donante según el caso.

Por lo demás, a menos que el donante disponga otra cosa, la administración de los bienes donados la ejercerá él, y en su defecto, sus herederos, quienes pueden ser obligados a prestar caución.” Una disposición muy parecida a la anterior se observa en el art. 763 del CC italiano, según refiere De Ruggiero (DE RUGGIERO, ob. cit., p. 344).

⁹⁹ Art. 840, CC: “Son incapaces para recibir por testamento los que son incapaces para suceder ab intestato.

*Sin embargo, pueden recibir por testamento, los descendientes inmediatos, es decir, los hijos de una persona determinada que viva en el momento de la muerte del testador, aunque no estén concebidos todavía.” El no concebido es incapaz de recibir ab intestato (sin testamento), de conformidad con el artículo 809 *eiusdem*, pero por vía testamentaria tiene aplicación la norma comentada.*

¹⁰⁰ Recordemos que el citado artículo 633 del Código Civil señala que el hogar puede constituirse a favor... “de los descendientes inmediatos *por nacer de una persona determinada...*” (Destacado nuestro). Se admite en función de la última parte de la norma que puede constituirse hogar en favor del *nasciturus* (bien sea *conceptus* o *concepturus*) pues a ellos alude la expresión “*por nacer*”.

¹⁰¹ DE VERDA Y BEAMONTE, José Ramón: *La protección jurídica del concebido en el derecho español*, *Rev. Boliv. de Derecho* N° 22, Julio 2016, p. 31, con inclusión de nota 42, www.redalyc.org/pdf/4275/427545994002.pdf refiere que según el artículo 781 del Código Civil español, también puede constituirse a su favor sustitución fideicomisaria; GETE-ALONSO Y CALERA, ob. cit., p. 87, Al *nondum conceptus* se le pueden atribuir derechos patrimoniales.

voluntad del donante, del testador o quien constituye hogar, más que una eventual protección de un ser que no detenta siquiera existencia natural”¹⁰².

3. REPRODUCCIÓN ASISTIDA O TÉCNICAS CIENTÍFICAS PARA GENERAR LA VIDA¹⁰³

Con la concepción principia la existencia natural del ser: la fertilización del óvulo por el espermatozoide se inicia esa maravillosa aventura que es la vida humana¹⁰⁴. Se admite a nivel científico que ciertamente la vida del ser humano

¹⁰² DOMÍNGUEZ GUILLÉN, *Inicio y extinción...*, p. 140.

¹⁰³ Véase: LÓPEZ HERRERA, FRANCISCO: *Consideraciones sobre las nuevas formas de originar la vida humana a la luz del Código Civil de Venezuela*. En: Estudios sobre Derecho de Familia. Caracas, Universidad Católica Andrés Bello, 2001, p. 117-148; LÓPEZ HERRERA, FRANCISCO: *Consideraciones preliminares sobre las nuevas formas de generar vida humana a la luz del Código Civil de Venezuela*. En: XV Jornadas Dr. J.M. Domínguez Escovar. Derecho de Familia Barquisimeto 3 al 6 de enero de 1990. Barquisimeto, Diarios de Tribunales, 1990, pp. 17-35; LÓPEZ HERRERA, FRANCISCO: *Derecho de Familia*. Caracas, Universidad Católica “Andrés Bello” y Banco Exterior, 2ª edic., 2006, T. II, pp. 455-472; BERNAD MAINAR, Rafael: *Efectos jurídicos de las nuevas técnicas de reproducción humana*. Caracas, Universidad Católica Andrés Bello, 2000; RIBEIRO SOUSA, ob. cit., pp. 271-295; QUINTERO TIRADO, Mariolga: *Inseminación Artificial. Simientes Jurídicas en exploración*. En: Revista de Derecho Privado, Caracas, Año, N° 1-1, enero-marzo 1983, pp. 73-112; ESPARZA BRACHO, Jesús: *La Fertilización in vitro y otras aplicaciones Biomédicas: Bases éticas de su regulación legal*. En: Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas N° 70, Universidad del Zulia, Enero-julio 1993, pp. 35-45; ESPARZA BRACHO, Jesús: *Conflictos bioéticos a la luz de los derechos corporales; los derechos de los progenitores, de los receptores de gametos y embriones y del nasciturus*. En: Frónesis. Revista de Filosofía Jurídica, Social y Política Vol. 2, N° 1, Instituto de Filosofía del Derecho “Dr. José M. Delgado Ocando”, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad del Zulia, Maracaibo, Julio de 1995, pp. 9-25; ESPARZA, Jesús: *Las técnicas de reproducción asistida y la investigación embrionaria: una visión bioética pluralista para la determinación del status jurídico del nasciturus*. En: I Congreso Venezolano de Derecho de Familia. Mérida del 4 al 7 de noviembre de 1997. Mérida, Universidad de los Andes, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Asociación Venezolana de Derecho de Familia y Menores, 1999, pp. 135-142; NEZER DE LANDAETA, Isis: *Transcendencia jurídica de las nuevas tecnologías de reproducción humana y de investigación genética*. En: Memoria del VIII Congreso Mundial de Derecho de Familia. Caracas-Venezuela 1994. Caracas, Publicidad Gráfica León S.R.L., 1996, Tomo I, pp. 183-197; 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. Colección Libros Homenaje N° 5. Fernando Parra Aranguren Editor. Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, 2002, Vol. I, pp. 27-55 (en lo sucesivo las citas estarán referidas a “José Luis”; PETZOLD-PERNÍA, Hernán: *El principio “mater in iure semper certa est” frente a la transferencia de embriones humanos*. En: SUMMA, Homenaje a la Procuraduría General de la República 135º Aniversario, Caracas, 1998, pp. 655-669; LERET DE MATHEUS, María Gabriela: *La biología molecular y el régimen jurídico del embrión humano*. En: Memoria del VIII Congreso Mundial sobre Derecho de Familia, Caracas, 1994. Caracas, Publicidad Gráficas León S.R.L., 1996, Tomo I, pp. 425-437; LÓPEZ GÓMEZ, José Ramón: *Dilemas biéticos en obstetricia y ginecología*. En: Revista de Obstetricia y Ginecología de Venezuela Vol. 66, N° 3, septiembre 2006, pp. 185-190, http://www2.scielo.org.ve/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0048-77322006000300009&lng=en&nrm=iso (también en: www.scielo.org.ve/pdf/og/v66n3/art09.pdf); PIÑA VALLES, Ovelio: *Contexto Jurídico de la procreación médicamente asistida*. Venezuela, Universidad del Zulia, Ediciones del Vice Rectorado Académico, 2007. Véase también: Tribunal Supremo de Justicia/Sala Constitucional, Sent. 1.456 del 27-7-06, (a propósito de fertilización artificial *post mortem* solicitada por la viuda).

¹⁰⁴ PERRINO, Jorge y Miguel GONZÁLEZ ANDIA: *Status jurídico y protección legal de tejidos embrionarios pre-implantados*. En: Memoria del VIII Congreso Mundial sobre Derecho de Familia. Caracas, 1994. Caracas, Publicidad Gráfica León S.R.L., 1996, p. 400. Véase también en torno a la protección de la vida del embrión a partir de la concepción: DOYHARCABAL, Solange: *El Derecho a la vida en el nasciturus en la legislación chilena y comparada*. En: Revista Chilena de Derecho, Vol. 21, N° 2, mayo- agosto 1994, Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile, pp. 307-319; ANDORNO, Roberto: *El derecho frente a la nueva eugenesia: la selección de embriones in vitro*. En:

comienza en el instante de la concepción¹⁰⁵, porque la formación primaria y elemental del hombre parte precisamente de ese momento y prosigue con la división celular para luego médicamente diferenciar entre preembrión, embrión y feto. Sin embargo, jurídicamente el concebido abarca desde la concepción hasta el nacimiento.

Ahora bien, la concepción humana puede tener lugar con el auxilio de la ciencia, cuando falla la vía natural o tradicional para propiciar la misma. Surgen así las *técnicas científicas para generar la vida humana*¹⁰⁶ o la fecundación artificial, que plantean múltiples problemas jurídicos¹⁰⁷, tales como la situación de los embriones sobrantes en la fecundación *in vitro*¹⁰⁸ (previa intervención médica de la mujer¹⁰⁹), pues los no utilizados originan una población creciente de embriones cautivos¹¹⁰.

Revista Chilena de Derecho, Vol. 21, N° 2, mayo- agosto 1994, Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile, pp. 321-328.

¹⁰⁵ Véase a favor de la vida del embrión desde su concepción: PETZOLD-RODRÍGUEZ, María: *Algunas consideraciones filosófico-jurídicas sobre el estatuto del embrión humano*. En: Temas de Derecho Civil. Libro Homenaje a Andrés Aguilar Mawdsley. Colección Libros Homenaje N° 14. Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, Fernando Parra Aranguren Editor, 2004, Vol. II., pp. 245-252; OCHOA GÓMEZ, Oscar: *Derechos de la personalidad*. En: Estudios de Derecho Civil. Libro Homenaje a José Luis Aguilar Gorrondona. Colección Libros Homenaje N° 5, Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, Fernando Parra Aranguren Editor, 2002, Vol. I, p. 907.

¹⁰⁶ Véase: RIBEIRO SOUSA, ob. cit., pp. 271-295; DOMÍNGUEZ GUILLÉN, *Ensayos...*, pp. 497-499; FERNÁNDEZ BULA, María Andrea: *Fecundación asistida y manipulación genética*. En: XVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil. Buenos Aires, septiembre de 1997. <http://www.jornadas-civil.org/ponencias/c09po8.html>, señala Fernández Bula que la existencia de las personas comienza desde el momento de la concepción, ya sea dentro o fuera del seno materno.

¹⁰⁷ Véase: DOMÍNGUEZ GUILLÉN, María Candelaria: *Gestación subrogada*. En: Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia N° 1. Caracas, 2013, pp. 183-227, www.rvlj.com.ve.

¹⁰⁸ Dentro de las técnicas científicas para generar la vida humana, se distingue a falta de fecundación natural, la *inseminación artificial* y la *fertilización in vitro*. En la primera la fecundación del óvulo y del espermatozoide tiene lugar dentro del claustro materno con el auxilio de la ciencia médica; por su parte, la fertilización *in vitro* se aplica una vez que falla la anterior y consiste en la fusión de las células sexuales masculina y femenina pero fuera del claustro materno, para que una vez que ha tenido lugar la concepción le sea implantado el embrión a la mujer. La gran problemática que plantea éste último procedimiento es que generalmente se fertilizan varios embriones con los óvulos que se le extraen a la mujer mediante una intervención quirúrgica y una vez implantado exitosamente un embrión, generalmente sobran los demás embriones. Debe apreciarse que tales embriones son *conceptus* a la luz de nuestro ordenamiento jurídico, al margen de su condición extrauterina.

¹⁰⁹ Véase: LACADENA CALERO: Juan Ramón: *¿Qué hacer con los embriones sobrantes? El II informe de la Comisión Nacional de Reproducción humana asistida de España*. En http://w3.cnice.mec.es/tematicas/genetica/2001_12/2001_12_01_3.htm. "La técnica de fecundación *in vitro* (FIV) a la que acuden parejas con problemas de fertilidad implica la obtención de varios ovocitos de la mujer (en ocasiones 6, 10 o más) que ha sido sometida a un tratamiento hormonal para provocar la superovulación. Al poner dichos ovocitos en presencia de los espermatozoides se produce la fecundación con un alto rendimiento (en torno al 80% o más). De los embriones formados, solamente tres o cuatro serán transferidos al útero de la mujer puesto que los datos estadísticos muestran que con tal transferencia lo más probable es que se obtenga la gestación de uno de tales embriones. La consecuencia de todo este proceso es que, atendiendo a razones de "eficacia médica", se producen más embriones de los necesarios: son los embriones "sobrantes" que se mantienen en congelación (crioconservación)."

¹¹⁰ LÓPEZ GÓMEZ, ob. cit., p. 190, http://www2.scielo.org.ve/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0048-77322006000300009&lng=en&nrm=iso (también en: www.scielo.org.ve/pdf/og/v66n3/art09.pdf); ello lo refiere el autor con ocasión de "Aspectos bioéticos de la fertilización asistida"; NEZER DE LANDAETA, Isis; *Desafíos éticos en el nuevo milenio*. En: Gaceta Médica de Caracas, Vol.

Al efecto, debe admitirse que la concepción o existencia natural principia con la concepción al margen de la ubicación especial del embrión, poco importa que la fusión de las células sexuales tenga lugar fuera del claustro materno. La destrucción del embrión o la criopreservación que conlleva a su pérdida suponen atentados contra la vida del concebido.¹¹¹ De allí que se sostenga que la asistencia científica de la concepción debería garantizar el desarrollo de todos los óvulos fecundados¹¹².

En Venezuela se precisa una legislación especial que se pronuncie sobre las nuevas técnicas para generar la vida¹¹³, pues el embrión en criopreservación tiene un status difícil de precisar civilmente ya que su situación se puede prolongar indefinidamente¹¹⁴; en tanto que penalmente el delito de aborto supone necesariamente la expulsión del feto del claustro materno, circunstancia que ciertamente no tiene lugar en la fecundación artificial extracorpórea¹¹⁵. En este sentido, se presenta interesante la solución asumida por la legislación alemana que prohíbe la extracción de óvulos que no serán implantados, eliminando así

110, N^o 1, Caracas, 2002, http://www2.scielo.org.ve/scielo.php?script=sci_arttext&pid=So367-47622002000100016&lng=pt&nrm=iso; KERDEL VEGAS, FRANCISCO: *Las grandes paradojas de la medicina actual*. En: *Gaceta Médica de Caracas*, Vol. 113, N^o 2, abril 2005, http://www2.scielo.org.ve/scielo.php?script=sci_arttext&pid=So367-47622005000200001&lng=es&nrm=iso, “miles de embriones que, provenientes de tratamientos de reproducción asistida, se conservan congelados en nitrógeno líquido”.

¹¹¹ MAZZINGHI, ob. cit., p. 76.

¹¹² NAVIA ARROYO, ob. cit., p. 295; CARRANZA LATRUBESSE, Gustavo: *Fertilización asistida. Aproximaciones a su problemática jurídica*. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, www.acaderc.org.ar “los embriones son seres humanos desde su concepción, dentro o fuera del seno materno. Su ‘depósito’ viene a significar una asimilación a la entidad de ‘cosa’ que conspira contra la consideración del hombre como unidad irrepetible y asistido de la condición de dignidad”.

¹¹³ Véase en este sentido: RIBEIRO SOUSA, ob. cit., pp. 291 y 292; DOMÍNGUEZ GUILLÉN, *Ensayos...*, p. 499; 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. Colección Libros Homenaje N^o 5. Fernando Parra Aranguren Editor. Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, 2002, Vol. I, p. 303, indica que en Venezuela existe una carencia absoluta sobre la materia; ESPARZA BRACHO, *Conflictos bioéticos a la luz...*, p. 14, el status del embrión conlleva cuestiones que no pueden claramente resueltas a la luz del estado actual de nuestra legislación; VÁSQUEZ LEPE, Macarena de los Angeles: *¿Es la manipulación genética de embriones humanos un atentado contra nuestra Constitución?*. En: *Revista Chilena de Derecho* Vol. 26, N^o 4, Facultad de Derecho, octubre-diciembre 2000, p. 1.039, si bien el concebido cualquiera que sea su condición tiene protección constitucional se precisa una legislación especial en la materia orientada por el principio constitucional de protección a la vida. Véase también, alertando sobre la necesidad de normativa en la materia: RUIZ LA ROSA, Eddy F.; *El perfil jurídico del embrión humano en la legislación cubana y en Derecho Comparado*, en <http://www.monografias.com/trabajos16/embriion-humano/embriion-humano.shtml>.

¹¹⁴ Véase: MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAS y otros, ob. cit., p. 350; MORENO QUESADA, Bernardo y otros: *Curso de Derecho Civil I. Parte General y Derecho de la Persona*. Valencia, Tirant Lo Blanch, 2^a edic., 2004, pp. 94 y 95.

¹¹⁵ Véase: ORDOQUI, ob. cit., p. 276, ¿se puede incurrir en el delito de aborto cuando se desecha un embrión? no pues en la única forma posible de aborto es la referida al seno materno, siguiendo el principio *nullum crimen nulla pena sine lege* se hace necesario regular la destrucción del embrión *in vitro*; BANDA VERGARA, Alfonso: *Dignidad de la persona y reproducción humana asistida*. En: *Revista de Derecho Valdivia* Vol. 9, N^o 1, Diciembre 1998, pp. 7-42, http://mingaonline.uach.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=So718-09501998000200001&lng=es&nrm=iso; RIBEIRO SOUSA, ob. cit., p. 283.

el problema de los embriones sobrantes¹¹⁶. Lacadena comenta que la técnica de congelación de óvulos u ovocitos –aunque todavía en fase experimental– podría perfectamente sustituir con éxito la de los embriones sobrantes y con ello eliminar el problema ético.¹¹⁷ Esto es, también se podría permitir la múltiple extracción de óvulos a condición que sólo proceda la fertilización o fecundación de los que sean implantados.

La concepción, sea ésta “in vivo o in vitro” marca indefectiblemente el inicio de la existencia¹¹⁸. Negar la tutela jurídica al preembrión¹¹⁹ no se corresponde con la realidad biológica sino a una solución transaccional para habilitar la experimentación genética¹²⁰, pues es bien sabido que la vida comienza con

¹¹⁶ En Alemania la Ley de Protección al Embrión de 13-12-90 señala que en la fertilización *in vitro* a la mujer sólo se le pueden retirar el número de óvulos que van a usarse en la inseminación y con ello se elimina el problema de los embriones sobrenumerarios. (Véase: ANDORNO, ob. cit., pp. 325-327); HERNÁNDEZ-BRETÓN, Eugenio: *Anotaciones a la Ley alemana sobre protección de los embriones: genoma humano y cuestiones de responsabilidad penal*. En: Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas N° 103. Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1997, p. 188, dicha ley castiga a quien intente fecundar más óvulos de una mujer de los que a ésta le puedan ser implantados; *Ley alemana para la protección de los embriones, de 13 de diciembre de 1990*. Traducción de María José Villalobos. En: Revista Chilena de Derecho, Vol. 21, N° 2, mayo-agosto 1994, Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile, pp. 417-422; ANDORNO, Roberto: *Regulación legal de las técnicas de reproducción asistida*, <http://www.revistapersona.com.ar/Persona57/57Andorno.htm> tanto la ley alemana de protección del embrión de 1990 como la ley italiana de procreación asistida de 2004 son los mejores modelos para la elaboración de una ley. (según la última no se deben crear un número de embriones superior al estrictamente necesario para una única y simultánea transferencia y que en ningún caso debe ser superior a tres).

¹¹⁷ LACADENA CALERO, Juan Ramón: *Congelación de ovocitos humanos: aspectos científicos, éticos y legales*. En: http://w3.cnice.mec.es/tematicas/genetica/2003_01/2003_01_00.html “En principio hay que reconocer como dato positivo que la técnica de congelación de ovocitos puede paliar, o incluso llegar a sustituir, a la congelación de embriones sobrantes obtenidos en programas de FIV, evitando así un serio problema bioético. La mujer que se somete a un programa de FIV podría congelar sus ovocitos para ir utilizándolos a medida que los fuera necesitando, evitando la producción de numerosos embriones sobrantes que, por razones de eficacia médica, se acumulan en la FIV convencional. En este contexto hay que señalar que la tasa de supervivencia ovocitaria es de un 80%, semejante a la de los embriones congelados”; LACADENA CALERO, Juan Ramón: *¿Qué hacer con los embriones sobrantes? El II informe de la Comisión Nacional de Reproducción humana asistida de España*. En http://w3.cnice.mec.es/tematicas/genetica/2001_12/2001_12_02_1_2.htm, aunque se trata de una técnica todavía en fase experimental, hay que considerar la crioconservación de ovocitos.

¹¹⁸ ESPARZA BRACHO, *Conflictos bioéticos a la luz...*, p. 13.

¹¹⁹ Véase: CIFUENTES, SANTOS: *El embrión humano. Principio de existencia de la persona*. s/l, Edit. Astrea, 2002, En: www.astrea.com.ar/files/prologs/doctrina0046.pdf para algunos el preembrión es el producto de la concepción desde el momento de ésta hasta el día catorce (14); Cifuentes, *Elementos...*, pp. 94 y 95, indica que se acepta ahora la existencia del preembrión hasta los 14 días, el cual aún no ha anidado completamente, careciendo de las cualidades de estabilidad, estructuración cerebral y nerviosa autónoma, que permitan individualizar al sujeto. Pasada la etapa del preembrión, el embrión si alcanza tales condiciones; BOSSERT, Gustavo y Eduardo y ZANNONI: *Manual de Derecho Familia*. Buenos Aires, Edit. Astrea, 3ª edic., 1991, pp. 482 y 483, se discute la admisibilidad de la investigación científica a base de embriones. Se señala que la anidación definitiva del embrión se produce después de 14 días de haberse implantado en el útero materno; *El estatuto jurídico del embrión en los Convenios Internacionales y en la legislación de España, Alemania y Francia*. Santiago de Chile, Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, Año XIV, N° 297, Julio de 2004, p. 6, www.bcn.cl/bibliodigital/pbcn/estudios/estudios_pdf_estudios/nro297.pdf.

¹²⁰ FERRER, Francisco: *Procreación asistida. Panorama jurídico*. En: “La persona”. Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales N° 124. S/l, Universidad del Litoral, La Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, 1996, p. 262; CONTRERAS, Ricardo Rafael: *Bioética Reto de la Postmodernidad*. Mérida, 2005, p. 87, www.serbi.ula.ve/serbiula/libros-electronicos/Libros/bioetica/pdf/bioetica.pdf, ciertos

la concepción¹²¹; el orden legal protege al concebido al margen de las etapas médicas de su formación. Ese es sin duda el comienzo que hemos tenido todos los seres humanos¹²². La tecnología no debe desconocer la vida misma y el comienzo de ésta. No se trata de sutilezas o discusiones netamente jurídicas: debe reconocerse que la vida al margen de la personalidad comienza con la concepción y por ende ha de rechazarse la destrucción del concebido aunque no haya operado la implantación¹²³.

investigadores han llegado a afirmar que los preembriones (hasta los catorce -14- días) pueden ser utilizados en la investigación científica porque no serían propiamente embriones; sin embargo tal argumento carece de sustentación y la definición de preembrión no cabe en ninguna de las etapas de desarrollo del embrión humano.

¹²¹ Véase: DOYHARCABAL, ob. cit., pp. 309 y 310; RIBEIRO SOUSA, ob. cit., 292 y 293: “¿Será acaso que los avances tecnológicos, amén de sus innegables beneficios, han generado como efecto colateral la desensibilización de nuestra sociedad moderna, hasta el punto que nos haga incurrir en la fatal ignorancia de establecer discriminaciones, al extremo de considerar distinta y más importante la vida de un embrión que se encuentra dentro del cuerpo de una mujer, y despreciar aquella otra, que por capricho de nuestra premeditada y programada voluntad creamos y a la cual hemos supeditado su desarrollo?.”; SCHMIDT, ob. cit., pp. 615-624; CONTRERAS, Ricardo Rafael: *Bioética...*, pp. 84 y 85, la biología y la genética concuerdan en que el nuevo ser se inicia con la concepción.

¹²² Véase: FIGUEROA YÁÑEZ, ob. cit., p. 56, ese minúsculo conjunto de células es lo que todos fuimos una vez y sin el cual no habríamos llegado jamás a ser.

¹²³ Véase: SCHMIDT, ob. cit., p. 619, 622 y 624, indica el autor que se pretende difundir la errónea e inaceptable idea de que el embarazo o la vida comienza con la implantación y no con la concepción para justificar la manipulación del embrión. Concluye el autor que como consecuencia de estas deshonestas maniobras se le ha arrebatado al embrión su condición de ser humano pero como no es bueno lo que necesita la mentira para triunfar, resulta mejor tomar conciencia de su verdadera naturaleza: que se trata de un ataque contra la vida y la dignidad humana.