

Conflictos bioéticos a la luz de los derechos corporales: Los derechos de los progenitores, de los receptores de gametos y embriones, y del *nasciturus*

Jesús Esparza

Instituto de Filosofía de Derecho "Dr. J. M. Delgado Ocando"
Universidad del Zulia - Maracaibo - Venezuela

Resumen

Se propone este artículo discutir los principios y reglas tradicionalmente admitidos en el derecho civil y su aplicación ante las nuevas formas de reproducción asistida y sus implicaciones bioéticas, especialmente en lo que se refiere a los conflictos de derechos que surgen entre los productores de los gametos, sus eventuales receptores y el status de protección del embrión *in statu potentialis*. La discusión de estas cuestiones no puede realizarse como una confrontación de principios y sistemas de moralidad, pues en la práctica el derecho legislado y la jurisprudencia tiene que dar respuestas concretas y soluciones a los conflictos que se presentan, especialmente cuando se trata de establecer el alcance de aquellos derechos, la filiación civil y el acceso a la información genética de los progenitores.

Palabras claves: Bioética, Derechos corporales, Reproducción asistida y filiación.

Bioethic conflicts in view of the corporals rights: The progenitors, the gametes and embryos receivers, and the nasciturus rights

Abstract

It is proposed in this article to discuss the principles and rules traditionally admitted in the civil law and its application in the presence of the new forms of assisted reproduction and its bioethic implications, specially in that which refers to the conflicts of rights rising between the gametes producers, their eventual receivers and the protection status of the embryo **in statu potentialis**. The discussion of these questions can not be carried out as a principles and morality systems confrontation, since in the practice legislated law and jurisprudence have to provide concrete answers and solutions to the conflicts which appear, specially when it is tried to establish the scope of those rights, the civil filiation and the access to the genetic information of the progenitors. (Translated by Hortensia Adrianza de Casas).

Key words: Bioethics, Corporal Rights, Assisted Reproduction, Filiation.

1. **Insuficiencia del derecho civil para regular las situaciones jurídicas que resultan de las nuevas tecnologías de reproducción humana y de la investigación genética**

1.1 **Determinación biológica de la filiación**

El derecho civil legislado recoge una serie de normas y principios de corte más o menos tradicional para la determinación y prueba de la filiación. Esta regulación puede resumirse en los siguientes puntos:¹ la filiación materna resulta del hecho cierto del nacimiento,² la paterna se establece de manera presunta en la filiación matrimonial³ y por declaración voluntaria de reconoci-

miento en la extramatrimonial.⁴ Estos tres principios normativos dan lugar a un micro-sistema probatorio específico según el cual es posible, mediante cualquier género de pruebas, establecer la filiación en defecto de los tres presupuestos anteriores. Ese micro-sistema estatuye como prueba idónea fundamental la declaración voluntaria de reconocimiento, así por ejemplo, a falta de partida de nacimiento, el *hecho cierto* del nacimiento puede quedar establecido por la declaración de la madre o de los ascendientes de ésta si hubiere fallecido.⁵

Sin embargo, el mismo ordenamiento civil dispone que una filiación materna legalmente establecida o pretendida puede ser contradicha por cualquier medio probatorio.⁶ Y como quiera que a falta de reconocimiento voluntario la filiación paterna puede ser determinada judicialmente mediante todo género de pruebas,⁷ es forzoso admitir que la misma libertad probatoria se da al impugnante de una filiación paterna ya establecida de manera presunta o voluntaria.

En este amplio concepto de la libertad probatoria, de alguna manera admitida de modo general para toda clase de asuntos,⁸ se permite aplicar en los procesos de establecimiento y de impugnación de filiación los exámenes médicos o experticias biomédicas que provee la ciencia actual, sea que se trate de la filiación paterna o de la materna, aun cuando la ley civil se refiera a estas técnicas de modo expreso únicamente cuando se trata de la acción de inquisición de paternidad extramatrimonial.⁹

Al mismo tiempo, esta amplitud probatoria parece desarrollar la norma constitucional según la cual "La ley proveerá lo conducente para que todo niño, sea cual fuere su filiación, pueda conocer a sus padres".¹⁰ Del mismo modo, la *Convención sobre los Derechos del Niño* estatuye que éste tiene derecho a conocer a sus padres y a preservar su identidad.¹¹

Sin embargo, este sistema probatorio supone implícita o explícitamente las siguientes cuestiones:

a) Que la maternidad sólo resulta del nacimiento y que este *hecho cierto* determina sin lugar a dudas la filiación materna, pues si bien no se define con exactitud en qué sentido "la filiación materna resulta del nacimiento", parece obvio entender que la ley civil únicamente reconoce el hecho biológico de la gestación y del parto, independientemente del origen del óvulo que fue fecundado y, por ende, de su identidad genética.

b) Que la paternidad sólo resulta de la inseminación del presunto padre, independientemente de que ésta haya ocurrido en forma natural o artificial, de manera que la presunción de paternidad matrimonial y la presunción de cohabitación en la unión concubina¹² no impiden que las pruebas heredo-biológicas determinen lo contrario. No obstante, la ley no admite el desconocimiento cuando la concepción ha tenido lugar por la inseminación artificial de la mujer con autorización del marido,¹³ pero nada dice respecto del derecho del hijo de impugnar la filiación paterna derivada de una inseminación artificial *heteróloga* autorizada por el marido.¹⁴

Obsérvese que las cuestiones (a) y (b) descansan sobre diferentes fundamentos biológicos; en el primero no es la maternidad genética la determinante, sino la uterina, es decir, el hecho biológico de la gestación y el parto prevalecen sobre la definición genética de la prole. En el segundo, la paternidad viene dada genéticamente, pero, al menos respecto del padre, se hace prevalecer la voluntad sobre la realidad biológica (genética) cuando la inseminación heteróloga es consentida por el marido, quedando a fin de cuentas resuelta la situación de un modo civil, no biológico.

Estos supuestos se encuentran rebasados en el estado actual de la biomedicina. Hoy en día la maternidad uterina no es la única posibilidad biológica de procrear, pues en los casos en que el embrión es implantado en el útero de una mujer diferente de la que produjo el óvulo fecundado, bien sea *in vivo* o *in vitro*, la maternidad plena se escinde en dos alternativas: la maternidad uterina basada en el hecho de la gestación y el parto, y la maternidad genética u ovular basada en la identidad y la estirpe genética.

Del mismo modo, en la inseminación artificial heteróloga consentida por el marido de la madre, no obstante que se impide al marido demandar el desconocimiento, nada se dice expresamente en la mayor parte de las legislaciones respecto de los derechos del hijo a establecer su verdadera paternidad biológica y su identidad genética.

Entran en conflicto los principios tradicionales que asientan la definición civil de la filiación, tanto materna como paterna, sobre una determinada base biológica con el derecho de la persona a conocer y establecer, con un fundamento biológico también, su verdadera estirpe genética. Este conflicto lleva a revisar los fundamentos biológicos del establecimiento legal de la filiación a fin de adoptar un criterio exclusivamente civil no sometido a la causalidad biológica, o a modificar los patrones tradicionales aceptando la definición genética de la descendencia. Entre estas dos posiciones extremas caben varios grados de aproximación sincrética a una solución legislativa. Es necesario considerar, sin embargo, que en este punto están comprometidos no sólo los derechos y expectativas jurídicas de los progenitores, sino también de los hijos.

1.2 Status jurídico del embrión no implantado

¿A partir de qué momento se inicia la vida humana? ¿Es la blástula en probeta un ser humano con autonomía individual y titularidad de derechos, o es sencillamente tejido germinal? ¿Existe desde el punto de vista ético y legal alguna diferencia entre un embrión no implantado y un embrión implantado uterinamente? ¿A quien corresponde la decisión acerca del destino de ese embrión?

La legislación civil en general se limita a reconocer la existencia de la vida humana desde el momento de la concepción o simplemente a otorgar al feto, si nace con vida, los derechos del nacido. Pero en la tradición legislativa no se discrimina el hecho de que el embrión producto de una fertilización extrauterina no haya sido implantado. La solución textual obliga a considerar que la concepción, sea ésta *in vivo* o *in vitro*, marca indefectiblemente el inicio de la existencia de un sujeto jurídico autónomo, es decir, con

derechos claramente deslindables de los que corresponden a los productores de los gametos.

Aun cuando el feto depende fisiológicamente de la madre uterina, posee una independencia funcional que lo diferencia de los órganos u otros tejidos del cuerpo de la mujer. El embrión -y el feto- se mantienen en el cuerpo de la madre de modo temporal, de manera que el derecho de la mujer a disponer del embrión es diferente al derecho a la autodeterminación de su propio cuerpo. Lo que se pregunta es si el embrión es un bien jurídico objeto de protección frente a la madre o si tiene por sí mismo derechos que eventualmente puedan rivalizar con los de la madre.

Situemos esta cuestión en el status de pre-implante. ¿Tiene derecho el embrión no implantado a ser implantado en el útero de una mujer? Si la respuesta fuera positiva, ¿tiene derecho el embrión a que esa mujer sea aquella que produjo el óvulo? ¿O, simplemente, el embrión no implantado carece de derechos por sí mismos, aun cuando es objeto de una especial protección?

La respuesta a estas interrogantes rebasa el marco trazado por las normas civiles que reconocen un determinado status de protección o de derechos en el concebido. Baste citar el caso de los embriones sobrantes o descartados en la aplicación de la técnica biomédica de fertilización *in vitro* y su conservación criogénica para un uso diferido.

La definición del status jurídico del embrión no toca solamente a la preservación de ciertos derechos corporales fundamentales o del derecho a ser gestado y a nacer, sino que conlleva a la par importantes cuestiones de índole patrimonial que no pueden ser claramente resueltas a la luz del estado actual de la legislación.

1.3 Disposición de los gametos para fines reproductivos en terceras personas

El derecho civil, y muy especialmente el derecho de familia de nuestros días, se encuentra en la vertiente de una nueva concepción de los derechos de la personalidad y muy especialmente de los

derechos corporales. Progresivamente se han ido reconociendo, muy a pesar de la moralidad tradicional, nuevos espacios de autodeterminación corporal y desenvolvimiento de la personalidad, tales como la aceptación y protección de las uniones matrimoniales homosexuales, la modificación de la apariencia sexual y de las características genitales, así como la disposición de los propios órganos o tejidos para fines de transplante, discutiéndose incluso si tal disposición puede hacerse a título oneroso.

Al mismo tiempo se empieza a reconocer la índole transpersonal de los derechos corporales en la medida en que la intervención genética pueda producir modificaciones que alteren el curso natural de la evolución biológica. Se insiste en la existencia de un patrimonio biológico y genético que pertenece a la humanidad, más allá del derecho del individuo a su autodeterminación corporal. En fin, ha surgido una ética transpersonal, e incluso una ética ecológica, que se impone sobre los cánones vigentes de la moralidad personal e individual.

Cabe, entonces, preguntarse en qué medida corresponde a los sujetos productores de los gametos el derecho de disponer de ellos para fines diferentes a su propia reproducción, es decir, para fines reproductivos en terceras personas mediante las técnicas de la inseminación artificial heteróloga o de implante del óvulo fecundado en otro útero. Y en el caso de que se tenga ese derecho, cómo conciliarlo con el derecho de los hijos a conocer y establecer su identidad genética, más allá de la definición civil de la filiación.

Cabría preguntarse también en qué medida puede el sujeto productor del gameto decidir su conservación para fines reproductivos diferidos, incluso póstumos, y cuáles serían sus efectos en el orden civil (por ej. en materia sucesoria). Hoy en día las técnicas de conservación de los gametos masculinos y, más recientemente, de los femeninos, permite construir las más variadas hipótesis de modos heterodoxos de procreación.

Estas cuestiones plantean la necesidad de intervenir legislati-

vamente en los procesos de donación de gametos y de su conservación y posterior utilización. Supone, igualmente, la necesidad de legislar en torno a las manipulaciones eugenésicas que de tales técnicas puedan derivarse.

2. De una moral de principios a una eticidad contextual en la búsqueda de nuevas soluciones normativas para la realidad bioética de nuestros días

Quizá nunca antes se había encontrado el derecho con una problematización concreta de su ámbito de regulación tan dramática como la que se le presenta en el nuevo contexto de la realidad biomédica. Si el intérprete pretende seguir manejando las situaciones que se le presentan al tenor de las concepciones tradicionales, dejará amplios espacios de materias no resueltas e insatisfechas las legítimas expectativas de los interesados.

La herencia kantiana que nos legó una ética deontológica, a su vez cognitivista, formalista y universalista, ha determinado al Derecho a construir soluciones de corte universal, basadas en postulados abstractos, que si bien pueden tener una mediación histórica, no son adecuadas para insertar en el contexto específico de una eticidad concreta. ¿Cuál será esa racionalidad que habrá de subvertir la moral que inspira hasta nuestros días las soluciones legislativas tradicionales? Si buscamos una racionalidad que no quede encerrada en el callejón de una teleología trascendente, será necesario repensar las soluciones a los conflictos y problemas de nuestra forma de vida en términos de una eticidad contextualizada y no como una confrontación de principios y de sistemas morales.

La construcción de un discurso ético que dé cuenta de estas realidades muy específicas de nuestro entorno vital pasa por una aclaración terminológica y por la definición de fórmulas consensuales que permitan ir creando espacios de arreglos éticos no abstractos ni de pretensión universalista. Las diferentes legislaciones

tienen que ir dando solución, progresivamente, a las nuevas situaciones planteadas y de hecho lo están haciendo. Se está dejando de lado la discusión fundamentalista y sistemática y cada tema es abordado acotadamente en aras de la definición, en primer lugar, de una terminología aceptable -no necesariamente sin reservas- para todos los interesados, y de propuestas de acción que no impongan deberes de conducta a quienes pudieran rechazar tal obligación legal de acuerdo con sus convicciones morales.

El programa legislativo que impone la nueva realidad biomédica debe, pues, asumirse a la luz de una eticidad contextual y concreta. Esto no significa que ciertos principios básicos de pretensión universal como el derecho a la vida, el derecho a la identidad, el derecho al establecimiento de la filiación, por ejemplo, no tengan cabida en este discurso. Pero su propia abstractividad los determina, más allá de la mediación histórica, a ser reconstruidos en términos de modos de vida reales, de *formas materiales de positividad* moral y jurídica, más allá de la *positividad formal* que caracteriza al soberano trascendente, es decir, al Estado para el ordenamiento jurídico, y a Dios o a la naturaleza para el ordenamiento moral.

3. Revisión bioética del concepto de vida humana

3.1 Comienzo de la vida humana

Algunos filósofos de la moral, y la mayor parte de los teólogos, han sostenido que la plena protección de la vida humana debe iniciarse desde el momento mismo de la concepción, de allí que Paul Ramsey, entre otros, estime que el descarte de cigotos humanos "sobrantes" derivados de la plurifecundación producida por la técnica de la fertilización *in vitro* constituya un aborto temprano y, por ende, un crimen. Una interesante disputa se ha desarrollado en el campo de la bioética en torno a este punto. Frente a la posición más extrema de Ramsey, Richard McCormick sostiene que el cigoto humano debe ser protegido, pero que su descarte antes de la implantación uterina no es inmoral. Cuando el propósito de la fer-

tilización *in vitro* es el estudio o experimentación por sí mismos es discutible la posibilidad ética de quebrantar el respeto y protección de esa vida humana incipiente. Pero cuando el objetivo del procedimiento es alcanzar el embarazo, la meta es laudable y el medio apropiado (vd. M.K. Mc. Cartan, 1986).

Esta disputa ha desembocado en la distinción, hoy aceptada en algunos ordenamientos jurídicos, entre embrión *in statu potentialis* y embrión *in statu nascendi* (vd. H.J.J. Leenen, 1986). En el primero el embrión, no obstante constituir un ser concebido, y potencialmente una vida humana dependiente del proceso de implante y gestación, no podrá ser considerado como sujeto activo de derechos, aun cuando sí un bien jurídico objeto de una especial protección. En el *status nascendi* el embrión ya es considerado como feto a los fines de la protección legal como un específico sujeto de derechos condicionado a su nacimiento con vida. Algunas reglamentaciones administrativas consideran que existe feto (*lato sensu*) únicamente después de su implante. La Ley española del 22/11/1988, No. 35-188, sobre reproducción asistida humana, hace expresa distinción entre pre-embryones (o embryones *in statu potentialis*) y embryones (o embryones *in statu nascendi*).

Esta distinción, si bien no contesta asertivamente la pregunta acerca de cuándo comienza la vida humana, constituye una primera aproximación a un acuerdo ético sobre el reconocimiento y plena protección de la vida humana.¹⁵ Sin embargo, los criterios doctrinarios y jurisprudenciales se mueven entre dos extremos: desde el concepcionismo hasta la viabilidad extra-uterina. Entre el momento mismo de la concepción, sea ésta *in vivo* o *in vitro*, y el del nacimiento de un ser vivo o, si se prefiere, viable, nos encontramos en el terreno de posibles conflictos entre los derechos de los productores de los gametos, los derechos de terceros que participan mediante su voluntad o, adicionalmente, a través de la cooperación biológica a través de la gestación, y los derechos del ser potencial.

3.2. Los derechos de los productores de los gametos humanos

Se entiende que el gameto goza de un status análogo al del resto de las partes corporales, incluso cuando éste se independiza del cuerpo. Pero, adicionalmente, se reconoce en el gameto una potencialidad germinal y una definición genética que trasciende a los derechos corporales de su productor biológico. En principio pertenece a su productor biológico y sólo a éste corresponde decidir su destino. Sin embargo, no es aceptable que éste sea dispuesto para fines diferentes a la reproducción humana o a la investigación dentro de ciertos límites. Del mismo modo, la genoterapia tiene como frontera la intervención en las células responsables de la herencia biológica, de allí que la intervención genética terapéutica o heurística en las células germinales trascienda el ámbito de los derechos corporales de una persona específica y se convierta en un bien precioso para la humanidad. Por ello, la protección del patrimonio genético humano constituye en la bioética de nuestros días uno de los patrones fundamentales.

Se reconoce, sin embargo, dentro de los límites que la salud pública aconseja, la facultad de donar éstos gametos para fines reproductivos en terceras personas. Es importante anotar aquí que esta convención bioética da lugar a un conflicto entre el derecho de procrear de esas terceras personas que acuden al donante biológico, el derecho de este último a establecer su paternidad o maternidad biológica -según si los productos donados sean óvulos o semen-, y el derecho del ser potencial a ser gestado por su madre genética (en el caso de que la donación sea de óvulos) y a establecer su identidad civil de acuerdo con la identidad genética.

La tendencia legislativa se inclina a favorecer la condición civil de la filiación, más allá de su base biológica, de allí que este conflicto se dirimiría haciendo ceder los derechos del donante biológico frente a los "procreadores civiles", es decir, frente al marido que consiente la inseminación artificial heteróloga o a la madre uterina que acepta el implante de un pre-embrión formado con el

óvulo de una donante. Sin embargo, no obstante esta cesión de derechos, el productor del gameto conserva el derecho de que se mantenga el destino reproductivo de la célula donada para su fertilización y posterior implante en una determinada persona o en cualquier otra, de manera que cabría preguntarse si antes de la fertilización el donante puede cambiar de opinión, o si lo puede hacer incluso después de la formación de un embrión que aún no ha sido implantado.

El reconocimiento de los derechos del productor biológico del gameto de acuerdo con las reglas aceptadas en materias análogas, como lo sería en el trasplante de órganos, y fundado en su derecho corporal, nos lleva admitir que la donación es revocable, sin duda alguna, antes de la fertilización. Pero, ¿será también revocable una vez que ha ocurrido la fertilización y, específicamente, en el estado de pre-implante? Entran en juego en este momento los derechos corporales del productor del otro gameto y los del ser potencial. Como quiera que ya ha ocurrido la concepción, no es posible pensar en los derechos de los productores de los gametos en forma separada, de allí que, salvo los derechos que correspondan al ser potencial, tengamos como razonable la solución consistente en otorgar a ambos, de común acuerdo, la decisión sobre el destino del pre-embrión. Esta decisión estará sometida en todo caso al status de protección o de derechos que corresponda al ser potencial. Esto último constituirá el límite de la voluntad en el ejercicio de los derechos corporales.

3.3 Los derechos de los terceros que participan en la procreación

Hemos dicho que en el acto de la procreación pueden participar los terceros a través de la manifestación de voluntad y sin participación biológica, como ocurre en la inseminación artificial heteróloga consentida por el marido, o con participación biológica en el caso de la maternidad no plena fundada en la gestación y en el parto de un embrión producido a partir del óvulo de una donante. En los arreglos éticos que orientan las soluciones civiles de este

contexto, se admite que la definición voluntaria de la paternidad se sobreponga a su determinación genética, de allí que los derechos de los productores biológicos de los gametos donados cedan frente a estos terceros en los términos arriba indicados. En el caso de la mujer, que además de aceptar voluntariamente el implante de un embrión formado a partir de un óvulo ajeno ha contribuido biológicamente al proceso reproductivo mediante la gestación y el parto, no queda duda acerca de la aceptación civil de su maternidad, no obstante la no identidad genética.

Hasta aquí las cosas parecen estar claras. Queda sin embargo por responder cuáles son los derechos del ser potencial.

3.4 Los derechos del ser potencial

¿En qué consiste el derecho a la vida del ser potencial?

Quizá sea éste el punto en el que desembocan la mayor parte de los conflictos éticos y ello resulta así porque es el centro de la discusión acerca de cuándo comienza la vida humana. Para el concepcionismo el embrión, cualquiera sea su estado en relación con el implante uterino, tiene plenos derechos y entre ellos el principal sería el derecho a la vida. Se asume así como principio o postulado fundamental el derecho a la vida, en función de cuya salvaguarda queda condenado todo proceso de fertilización artificial que pueda producir embriones "sobrantes". Paradójicamente, se "protege" el derecho a la vida del concebido impidiendo que pueda llegar a ser concebido, es decir, que tenga la posibilidad biológica de existir. Esta paradoja nos lleva a preguntarnos si la existencia de la vida humana depende exclusivamente del hecho biológico de la concepción, o mejor aún, si existe algún momento específico entre la concepción y el nacimiento con vida (o viable) que pueda marcar con toda precisión cuándo hay vida humana.

En el discurso ético que orienta la respuesta legislativa ha sido preciso dejar de lado la discusión principista acerca de cuándo comienza la vida humana, no obstante que algunas legislaciones ya han hecho una declaración fundamental a este respecto. En la

práctica la cuestión principista cede el espacio a la definición de un estatuto protector del *nasciturus*, entendiendo por tal, aquél que aún no posee vida autónoma extrauterina, y comprende el pre-embrión -o embrión en estado de pre-implante-, el embrión (implantado) y anidado en el útero de la mujer gestante,¹⁶ el embrión dotado de un incipiente sistema nervioso, y en fin, los diferentes estadios graduales y progresivos de movimiento, configuración humana, etc.; hasta llegar a la vida extrauterina autónoma.

El Tribunal Constitucional español ha señalado que "la vida humana es un devenir, un proceso que comienza con la gestación, en el curso del cual una realidad biológica va tomando corpórea y sensitivamente configuración humana que termina con la muerte".¹⁷

Este punto de vista nos lleva a considerar la *tesis de la protección progresiva*, según la cual la protección jurídica del embrión se incrementa con el desarrollo fetal, de manera que los derechos de la mujer (o de los progenitores) y los del embrión se colocan en una balanza: en un embarazo temprano prevalecerán los derechos de la virtual madre (o progenitores), pero después de cierto período pasan al primer plano los derechos del feto (vd. H.J.J. Leenen, 1986). La progresividad en la protección del feto se circunscribe, en su objetividad jurídica, a la defensa del derecho a la vida del *conceptus* en conflicto con derechos de orden corporal de la madre. Pero, aún en estadios primarios de su desarrollo biológico, el embrión es también protegido de su utilización para fines no reproductivos directos, sean de carácter heurístico o terapéutico. Quizá en estos últimos casos el bien jurídicamente tutelado no es, precisamente, el derecho a la vida del concebido, sino la integridad del patrimonio genético humano frente a intervenciones correctivas o modificatorias que puedan afectar las células responsables de la herencia biológica, o los valores de nuestra cultura que rechazan la "utilización" de embriones para fines terapéuticos.

En este sentido el status de protección del *conceptus* está relacionado con los derechos corporales de los progenitores, en cuyo

caso algunas legislaciones asumen la tesis de la protección progresiva, o con valores y derechos transpersonales, sin que medie consideración acerca del grado de desarrollo biológico de la blástula.

¿Tiene derecho el *nasciturus* a ser gestado por su madre genética?

¿Tiene derecho el *nasciturus* a ser implantado en el útero de la productora del óvulo? Si contestamos afirmativamente ponemos en colisión este derecho con el de disposición del gameto por parte de su productor y con los que se puedan atribuir a los terceros que median en la función reproductiva con el solo aporte de su voluntad (el marido que consiente la inseminación artificial heteróloga) o, adicionalmente, con la cooperación biológica (en el caso de la madre sólo uterina o gestante). Este dilema nos lleva a rediscutir con mayor rigor cuál es el verdadero status de potencialidad del llamado pre-embrión. Nos sitúa, igualmente, en el umbral de la distinción entre "derechos actuales" y "derechos en expectativa" y ante un eventual conflicto entre estos dos órdenes de pretensiones.

Si el pre-embrión tiene el derecho a la vida (potencialmente) en conflicto con los derechos corporales de los productores de los gametos, pero este derecho a la vida surge de la decisión o disposición de esos agentes productores de dar a lugar a la fertilización en las condiciones por ellos consentidas, la única manera de salvaguardar aquel derecho a ser implantado en el útero de la madre genética sería impidiendo la fertilización cuando el propósito sea el implante heterólogo, mediante la prohibición de la donación de gametos. De allí que resulte paradójico que la tutela del derecho a ser gestado por la madre genética implique la negación del derecho a resultar concebido.

Esto nos lleva a pensar que es necesario aceptar que los derechos existen en la medida en que existan las condiciones de su actualidad. Los gametos masculino y femenino pueden dar lugar a un embrión, pero mientras esto no ocurra no podemos hablar de derechos del embrión (de un derecho expectante a la vida embrionaria). La actualización de esa expectativa no puede tener efectos

retroactivos sin incurrir, nuevamente, en la paradoja señalada, como sería la de ser implantado en determinado útero. Si se dijera que las personas somos responsables de nuestros actos y de las consecuencias de ellos, habríamos de incurrir nuevamente en la paradoja: para ser responsable o, al menos, para eximirnos de la responsabilidad de la paternidad, no quedaría otro remedio que obviar la fertilización.

¿Existe el derecho a tener establecida la filiación con fundamento en la identidad genética?

Cuando la ley civil impide al marido que ha consentido la inseminación artificial heteróloga de su mujer a desconocer al hijo procreado de esta forma, hace prevalecer la voluntad sin base biológica para la determinación de la filiación y, por ende, de la identidad civil. Queda, sin embargo, el derecho del "hijo" a inquirir su paternidad genética desconociendo la voluntaria civilmente reconocida. Algo similar, *mutatis mutandi*, puede ocurrir en la maternidad sólo uterina, aunque en este caso la gestación le da una base biológica no genética a la filiación.

La reforma francesa de 1994 extiende expresamente esta prohibición al hijo mismo, con lo que hace prevalecer la voluntad de donantes y receptores por encima de un eventual derecho a la determinación genética de la filiación y la identidad civil. Esta solución legislativa disuelve jurídicamente el conflicto entre los derechos de los donantes, de los receptores voluntarios y del ser procreado, aunque mantiene el derecho del hijo a tener acceso a la información genética de sus progenitores (los donantes de los gametos) sin trasgredir el derecho al anonimato del donante.

Notas

- 1) No es nuestro propósito desarrollar exhaustivamente el sistema probatorio de la filiación.
- 2) *Vd.* art. 197 C.C. venezolano.
- 3) *Vd.* art. 201 y ss. C.C. venezolano.
- 4) *Vd.* art. 209 C.C. venezolano.

- 5) *Vd. art. 198 C.C. venezolano.*
- 6) *Vd. art. 200 C.C. venezolano.*
- 7) *Vd. art. 210 C.C. venezolano.*
- 8) *Vd. art. 395 C.P.C. venezolano.*
- 9) *Vd. art. 210 C.C. venezolano: "A falta de reconocimiento voluntario, la filiación del hijo concebido y nacido fuera del matrimonio puede ser establecida judicialmente con todo género de pruebas, incluidos los exámenes o las experticias hematólogicas y heredo-biológicas que hayan sido consentidas por el demandado. La negativa de éste a someterse a dichas pruebas se considerará como una presunción en su contra".*

No obstante que este artículo establece que la negativa de la prueba se considera como una "presunción", debemos advertir que realmente lo que produce es un "indicio" o "evidencia circunstancial", más no una presunción apta para invertir la carga de la prueba. Se trata, sin duda, de un error de técnica jurídica y legislativa haber utilizado en ese contexto el término "presunción", pues si realmente lo fuera no tendría sentido la frase anterior que somete al consentimiento del demandado la aplicación de esa clase de prueba, ni sería posible atenuar sus efectos en los casos en que por razones religiosas, por ejemplo, el demandado no la consiente.

No entremos a considerar si la negativa a someterse a dicha prueba en juicios diferentes a la inquisición de paternidad da lugar a esa evidencia circunstancial.

- 10) *Vd. art. 75 Constitución de la República de Venezuela.*
- 11) *Vd. arts. 7 y 8 de la Convención sobre los derechos del niño.*
- 12) *Vd. art. 211 C.C. venezolano.*
- 13) *Vd. art. 204 C.C. venezolano.*
- 14) *Más adelante nos referiremos a la reciente reforma francesa relativa a los derechos corporales humanos en los casos de procreación médicamente asistida y a la prohibición de reclamar un estado civil distinto con fundamento en el carácter heterólogo de la fecundación.*
- 15) *El Tribunal Supremo de Estados Unidos de América declinó la decisión acerca de cuándo comienza la vida humana en el*

caso *Roe v. Wade* (410 U.S. 113, 1973), cit. por Pedro F. Silva-Ruiz: "Manipulación de Embriones Humanos" [VI Congreso Internacional sobre Derecho de Familia, San Juan de Puerto Rico, 1990].

- 16) El Tribunal Constitucional de la República Federal de Alemania, en sentencia del 25-02-1975, decidió que "según los conocimientos fisiológicos y biológicos la vida humana existe desde el día 14 que sigue a la fecundación", cit. en *Exposición de Motivos* de la Ley española del 22-11-1988, No. 35/188.
- 17) Sentencia del 11-04-1984 (R.T. Const. 53), cit. en *ibid.* En la *Exposición de Motivos* de la Ley española citada se lee: "... queda así de manifiesto que el momento de la implantación es de necesaria valoración biológica, pues anterior a él, el desarrollo embriológico se mueve en la incertidumbre, y con él, se inicia la gestación y se puede comprobar la realidad biológica que es el embrión. Finalmente por 'feto', como base más avanzada del desarrollo embriológico, se conoce el embrión con apariencia humana y sus órganos formados, que maduran paulatinamente preparándole para asegurar su viabilidad y autonomía después del parto. En consecuencia, partiendo de la afirmación de que se está haciendo referencia a lo mismo, al desarrollo embrionario, se acepta que sus distintas fases son embriológicamente diferenciables, con lo que su valoración desde la ética y su protección jurídica también deberían serlo, lo cual permite ajustar argumentalmente la labor del legislador a la verdad biológica de nuestro tiempo y a su interpretación social sin distorsiones". [*ibid.*]

Lista de referencias

- Leenen, H.J.J.: "The Legal Status of the Embryo *In Vivo* and *In Vitro*: Research on and the Medical Treatment of Embryos", *Law, Medicine and Health Care*, 14, 3-4, Sept. 1986.
- Mc. Cartan, M.K.: "A Survey of the Legal, Ethical, and Public Policy considerations of *In Vitro* fertilization", *Notre Dame Journal of Law, Ethics and Public Policy*, 2, 3, 1986.