

## Reconocimiento del *concepturus* como sujeto de derecho: caso del bebé medicamento\*

Mariana Guillén Muñoz\*\*

### *Resumen*

La protección del derecho a la reproducción y la aplicación técnicas de reproducción humana asistida, deviene de la norma constitucional venezolana. No obstante, existe un vacío legal con respecto a la aplicación del diagnóstico genético preimplantacional y, prácticas eugenésicas, lo que ha conllevado a una distorsión del alcance y límites de las técnicas mencionadas. Hecho que, ha contribuido a la concepción de los “bebés medicamento” por lo que, el reconocimiento del *concepturus* como sujeto de derecho merece una especial consideración y positivización en el ordenamiento jurídico venezolano. La investigación se llevó a cabo bajo un método analítico. Se empleó un diseño documental y, se aplicó la observación directa.

*Palabras clave:* Nasciturus, concepturus, bebés medicamento, sujeto de derecho.

---

\*Admitido: 25/11/2018

Acceptado: 01-02-2019

El presente artículo es derivado del Trabajo de Grado titulado: “Análisis de las Implicaciones Jurídicas del Reconocimiento del *Concepturus* como Sujeto de Derecho en el Caso del “Bebé Medicamento” en el Ordenamiento Jurídico venezolano”, presentado en la Escuela de Derecho en la Universidad Rafael Urdaneta, Maracaibo- Venezuela. Bajo la tutoría de la Dra. Innes Faría Villareal.

\*\* Abogada. Universidad Rafael Urdaneta, Maracaibo-Venezuela. Correo Electrónico: info@uru.edu

## Acknowledgement of the concepturus as subject of law: saviour sibling's case

### *Abstract*

The protection of the right to reproduction and the application of techniques of assisted human reproduction, comes from the Venezuelan constitutional norm. However, there are legal uncertainties regarding the application of preimplantation genetic diagnosis and eugenic practices, which has led to a distortion of the scope and limits of the techniques mentioned. Fact that, has contributed to the conception of "saviour sibling" reason why, the recognition of the concepturus as subject of right deserves a special consideration and positivization in the Venezuelan legal system. This research was based on an analytical method. A bibliographic design was used and documentary observation was applied.

*Keywords:* Nasciturus, concepturus, saviour sibling, subject of law.

### **Introducción**

El avance tanto tecnológico como científico ha planteado un amplio abanico de posibilidades en todos los aspectos de la vida humana, teñiéndose como los más acentuados, en las áreas de biomedicina y biotecnología, aplicada esta última al campo médico. Desde sus inicios estas ciencias han buscado experimentar y aplicar nuevas técnicas tanto en procedimientos invasivos como no invasivos en el ser humano, con el objeto de mejorar la calidad de vida o, por el hecho de anhelar la evolución de la especie humana.

Ante los nuevos descubrimientos realizados por el hombre, se han abierto fronteras que antes eran absolutamente ignoradas, lo que ha originado una serie de discusiones de distinta naturaleza debido al amplio pluralismo ético existente en la sociedad. Una de las problemáticas discutidas actualmente es el avance de la técnica genética. Se trata pues, de la posibilidad real de alterar al ser humano como especie; ya no se trata de curar o mejorar la calidad de vida, sino de seleccionar los rasgos físicos o genéticos de los que vendrán al mundo.

En consecuencia, la técnica de reproducción humana asistida que, más se encuentra en auge resulta el diagnóstico genético preimplantacional puesto que, permite la detección de anomalías genéticas en embriones obtenidos mediante fecundación *in vitro*, previa implantación en el

vientre materno. Esto podría conllevar a un descarte de embriones que no se ajusten a los patrones genéticos requeridos por lo que, las mencionadas técnicas podrían constituir actualmente una nueva modalidad de práctica eugenésica a través de las técnicas de selección embrionaria.

De ello se deriva pues, el problema jurídico objeto de la presente investigación: los “bebés medicamento”. Dicha denominación refiere a los niños concebidos con el propósito de que sean donantes compatibles, por medio de una compatibilidad genética, a un hermano que sufre una enfermedad congénita inmunitaria.

### **1. Persona en el ámbito jurídico.**

En este punto, Aguilar (2016) manifiesta que entre las innumerables definiciones de persona que existen en el ámbito jurídico, estas se pueden reducir a tres que, resultan equivalentes entre sí, así se tiene:

1º Persona es todo ente susceptible de tener derechos o deberes jurídicos. 2º Persona es todo ente susceptible de figurar como término subjetivo en una relación jurídica; y, 3º Persona es todo ente susceptible de ser sujeto activo o pasivo pretensor u obligado en una relación jurídica (Aguilar, 2016: 39).

En el mismo sentido, el autor considera conveniente señalar y diferenciar entre el concepto de persona y los conceptos de personalidad y capacidad jurídica o de goce, sujeto de derecho y cosa; al respecto señala:

- *Persona, personalidad y capacidad jurídica o de goce.* Persona es el ente apto para ser titular de derechos o deberes jurídicos; personalidad es la cualidad de ser persona, o sea, la aptitud para ser titular de derechos o deberes jurídicos. De allí que en el lenguaje ordinario se diga que se es persona y que se *tiene* personalidad.

- *Persona y sujeto de derecho.* Si se entiende por sujeto de derecho aquel que actualmente tiene un derecho o deber, el concepto de persona es más amplio porque comprende también a quien pueda llegar a tener un derecho o un deber, aunque actualmente no lo tenga.

- *Persona y cosa.* A las personas, o sea, a los posibles sujetos de derecho, se contraponen las cosas, las cuales sólo pueden llegar a ser objetos de derechos. Entre esas cosas no se incluyen en la actualidad a los seres humanos. En cambio, la expresión comprende tanto las llamadas cosas corporales, como incorporeales (Aguilar, 2016: 40).

## 2. Inicio de la Personalidad Jurídica.

Al respecto, Aguilar (2016) explica que todas las teorías tradicionales propuestas sobre el comienzo de las personas naturales, coinciden en señalar que, el momento en que la personalidad del ser humano se alcanza, es cuando éste adquiere una vida independiente. La disyuntiva entre los doctrinarios radica en determinar cuándo el hombre adquiere vida independiente. Por tanto, se establecen tres teorías a continuación:

**I. Teoría de la concepción:** planteada en España por Casajús y, con lejanos antecedentes en la doctrina de los Santos Padres, esta teoría establece que la personalidad jurídica del ser humano debe comenzar desde el momento de la concepción, pues desde este momento comienza la vida humana independiente. El Derecho positivo no consagró dicha teoría pues en la práctica, existe una gran dificultad en determinar y probar el momento de la concepción (Aguilar, 2016).

A este respecto, Leret (2005: 134) menciona que “el embrión humano es “persona” a partir del momento de la concepción, porque el cigoto reúne toda la información genética necesaria para la formación de un individuo”.

Por ello, Hernández y Romero (2014) exponen que el desarrollo prenatal comienza desde la fecundación o lo que es lo mismo, la unión de dos células (espermatozoide y ovocito secundario) para formar el cigoto unicelular. Por tanto, con los desarrollos tecnológicos y los avances médicos de los últimos años, resulta difícil concebir que sea complejo el proceso de probar el momento en qué se produjo la concepción.

**II. Teorías del nacimiento:** estas teorías plantean que “la personalidad del ser humano comienza en el momento del nacimiento por considera que con anterioridad el hombre no tiene vida independiente”. Aunque, biológicamente está comprobado que el feto tiene una vida diferente a la de la madre y por tanto, no forma parte del organismo de ella (Aguilar, 2016: 50). Dentro de estas teorías se pueden diferenciar:

*i. Teoría de la vitalidad:* desde los tiempos de Justiniano esta es la teoría que predomina sobre las otras, pues sólo se exige que el feto nazca vivo para reconocerle personalidad (Aguilar, 2016).

*ii. Teoría de la viabilidad:* refiere a *vitae-habilis* que, literalmente significa que el feto sea hábil para la vida, es decir, que el feto nazca

vivo y viable. En este sentido, debe ser apto para vivir fuera del seno materno ya que, en caso contrario, no existe vida humana independiente. El inconveniente que se deriva de esta teoría es determinar si un niño nacido vivo es viable o no y, probarlo después.

Además, esta teoría fue acogida –entre otros- por el Código Civil francés, italiano de 1865 (no vigente) y, el español. En la que se responde a los inconvenientes antes mencionados, por ejemplo, el Código Civil italiano establecía una presunción *juris tantum* de viabilidad, es decir, aseveraba que todo niño que nacía vivo, había nacido viable, salvo prueba en contrario. Por su parte, el Código Civil español establece una presunción *juris et de jure*, por tanto, es viable todo niño que permanezca vivo 24 horas después del nacimiento y no lo es, quien no sobreviva en dicho plazo, todo esto según se desprende de Aguilar (2016).

Este mismo autor, explica que esta teoría no podría adaptarse a la realidad ya que, puede ser viable un niño que muera a las horas de nacido –por un accidente, por ejemplo-, como puede ser no viable un niño que fallezca a los dos o tres días de su nacimiento.

*iii. Teoría de la figura humana:* proponía que, tanto aceptándose la teoría de la vitalidad o la teoría de la viabilidad, en todo caso “la personalidad jurídica suponía que el nacido tuviera figura humana. Con ello se pretendía excluir a los “prodigios” o “monstruos”, pero hoy día[...] se sabe que es la generación y no la figura lo que determina la condición humana del nacido”, por tanto, nadie se adhiere a la presente teoría (Aguilar, 2016: 51).

**III. Teoría ecléctica del Derecho Común Europeo:** Aguilar (2016: 52) desarrolla la presente teoría explicando que, la misma combina tanto la teoría de la concepción como la del nacimiento; pues sostiene que la personalidad del ser humano inicia con el nacimiento, no obstante, al “concebido se tiene por ya nacido en cuanto se trate de su bien “(*infans conceptus pro iam natum habetur quoties de eius commodis agitur*)”.

Por su parte, Leret (2005) menciona además de la teoría de la fecundación y del nacimiento, otras como:

**IV. Teoría de la anidación:** propone que la implantación –o lo que es lo mismo, la anidación- del embrión en el útero materno corresponde al momento en el cuál el embrión se convierte en persona pues esto da paso a la organogénesis<sup>1</sup>; ocurriendo dicho proceso a los catorce (14) días post-fecundación.

**V. Teoría de la aparición de la actividad cerebral:** plantea que, el momento en el cuál el feto adquiere personalidad jurídica, es en la octava (8va) semana de gestación, pues en esta oportunidad aparece la actividad eléctrica en el cerebro, poniéndose esto en manifiesto mediante un encefalograma.

**VI. Teoría de la aparición de la cresta neural:** esta teoría considera que, la adquisición de la personalidad ocurre entre las veintidós (22) y veinticuatro (24) semanas de gestación, pues no solamente requiere la aparición de la actividad eléctrica cerebral, sino que además el feto debe tener su propio sistema nervioso, hecho que ocurre en las semanas ya mencionadas.

### 3. Inicio de la Personalidad Jurídica en el Ordenamiento Jurídico venezolano.

El Código Civil venezolano (1982) adopta como principio rector en materia de inicio de la personalidad jurídica de las personas naturales, la teoría de la vitalidad, por tanto, el inicio ocurre con el nacimiento del individuo siempre y cuando éste nazca vivo. No obstante, a este principio se le añade la aceptación de la teoría ecléctica del Derecho Común Europeo en relación al concebido y la inclusión de algunas normas con respecto a quiénes serán concebidos (Aguilar, 2016).

El artículo 17 del Código Civil (1982) patrio reza: “el feto se tendrá como nacido cuando se trate de su bien; y para que sea reputado como persona, basta que haya nacido vivo”. Sin embargo, el artículo 840 *ejusdem* establece que, podrán recibir por testamento los hijos de una determinada persona que, viva en el momento de la muerte del testador, **aunque no estén concebidos todavía**. Igualmente, el artículo 1443 *ejusdem* dispone que, los hijos por nacer de una persona viva determinada puedan recibir donaciones, **aunque todavía no se hayan concebido** (Subrayado propio).

<sup>1</sup>Proceso morfológico que da origen a los esbozos de los órganos y estructura definitiva (Hernández y Romero, 2014:15).

#### **4. Inicio de la Vida para el Concebido Mediante Técnicas de Reproducción Asistida.**

Ahora bien, una vez establecidas las teorías acerca del inicio de la personalidad jurídica en el ser humano –donde este inicio haya comenzado de manera natural- vale preguntarse si ocurre lo mismo con el embrión concebido mediante técnicas de reproducción asistida, pues cierta parte de la doctrina establece que hasta que no se haya implantado el embrión en el útero materno, no comienza la gestación y por ende, no comienza esa “realidad biológica” denominada embrión.

Morales (2014) explica que, de allí se sostiene que los catorce (14) días previos a la implantación se hablen de pre-embrión<sup>2</sup> y no embrión. Al respecto, Aguilar (2011) citado en Morales (2014) establece que no obstante de que en el ámbito religioso, jurídico, ético e incluso biológico, se ha aceptado la tesis donde la vida humana comienza desde la fecundación, la ciencia médica –cierta parte de ella- se ha contrapuesto a dicha postura, pues considera que hasta que no haya gestación, es decir, catorce (14) días posterior a la fecundación, no se puede hablar de embrión sino de pre-embrión.

No obstante, en el área de Embriología Humana no se acepta dicho término de pre-embrión, pues como explica Hernández y Romero (2014: 22) “el desarrollo prenatal comienza con la fecundación o unión de dos células (espermatozoide y ovocito secundario) para formar el cigoto unicelular [...]”. Por tanto, Cruz (2003) citado en Morales (2014) expone que desde el desarrollo de ese organismo se evidencia una continuidad genética que comienza con la fecundación y termina con la muerte.

Además de ello, si el ser humano se diferencia de los demás seres vivientes por su constitución genética -46 cromosomas, 23 provenientes de la madre y 23 provenientes del padre-, es esta combinación de cromosomas que, no solamente da los fundamentos de la herencia de los padres (Leret, 2005), sino que además, constituye el inicio del desarrollo embrionario y, en consecuencia, éste se inicia con la fecundación.

Es por eso que, independientemente de la vida humana haberse comenzado de manera natural o artificial, esta se caracteriza por ser un continuo proceso biológico que inicia con la fusión de los gametos

---

<sup>2</sup> Embrión *in vitro* constituido por el grupo de células resultantes de la división progresiva del ovocito desde que es fecundado hasta 14 días más tarde (Exposición de Motivos de la Ley 14/2006 de España sobre Técnicas de Reproducción Asistida).

femeninos y masculinos y, que sólo termina con la muerte. Por tanto, desde el momento de la fecundación se afirma que, ya existe un ser humano donde su constitución genética característica, ya se encuentra totalmente formulada. De allí que se considere que establecer un inicio de la vida natural distinto al inicio de la vida creada mediante técnicas de reproducción asistida, resulta no sólo discriminatorio sino que, además, carecería de fundamento biológico (Morales, 2014).

### 5. Estatus Jurídico del Embrión.

De acuerdo con Calvo (2004: 291), el término *nasciturus* corresponde al “concebido aún no nacido (*nondum natus*), es el ser humano en el período de su vida que va desde el momento de la concepción hasta el momento del nacimiento, y se desarrolla en las diferenciadas etapas de embrión y feto”.

Si bien ya se ha establecido tanto las teorías sobre el inicio de la personalidad jurídica del ser humano como la teoría aceptada para ello en el Ordenamiento Jurídico venezolano, ahora resulta importante determinar la situación jurídica del feto<sup>3</sup> entre la concepción y el nacimiento. Al respecto, Aguilar (2016) expone que dicha determinación resulta difícil pues la posterior consideración del feto varía según el caso donde posteriormente este nazca vivo o no.

En efecto, continúa explicando el autor, en el caso de que el feto nazca vivo, se le reputará como persona desde el momento de la concepción; en caso contrario, se considerará como si nunca hubiese existido. Por tanto, para honrar en dichas explicaciones, se han propuesto las siguientes teorías:

**A. Teoría de la ficción.** Su principal defensor fue Savigny, quién explicaba que la ley ciertamente le reconocía personalidad jurídica al feto, a sabiendas de que no es persona, todo esto con el fin de proteger intereses eventuales que, eran dignos de ello, es decir, de protección; sin embargo, esta ficción cesa cuando el feto nace sin vida, pues en ese momento se tiene la seguridad de que tales intereses no se actualizarán. Se critica ésta teoría en cuanto no añade nada a lo que establece ya la ley misma (Aguilar, 2016).

---

<sup>3</sup> El período embrionario es el que se extiende desde la fecundación hasta el final de la semana 8 de gestación; mientras que, el período fetal es aquel que se extiende desde la semana 9 de gestación, hasta el nacimiento (Hernández y Romero, 2014).

**B. Teorías que no reconocen personalidad al feto.** En este punto, Aguilar (2016) expone que, al respecto la mayoría de los autores no lo reconocen personalidad al feto, más sin embargo, difieren sus explicaciones sobre la situación del mismo entre el nacimiento y la concepción. Entre estas teorías se encuentran:

a. Una parte de la doctrina considera que, entre la concepción y el nacimiento, los derechos que hubieran sido atribuidos al feto –en caso de estar vivo- *quedan sin titular*. Ahora bien, si este nace vivo, es el quién los adquiere; pero en caso contrario, los derechos los adquirirá la persona a quien hubieran correspondido a falta de feto.

La crítica a esta teoría radica en que, no se conciben derechos sin sujeto, pues no se concibe la facultad de hacer algo si no hay quién la tenga (Aguilar, 2016).

b. Se considera que, ésta segunda teoría coincide con la anterior, pues en el período indicado los derechos de referencia tienen *sujeto indeterminado* (Aguilar, 2016).

c. Otros doctrinarios proponen que, en el período indicado los derechos de referencia se le atribuyen al feto bajo una *condición suspensiva*: que nazca vivo. Se dice pues, que implícitamente se le reconoce personalidad jurídica al feto, pues se le reconoce la posibilidad de que tenga derechos aunque estos sean condicionales (Aguilar, 2016).

d. “Para otros, los derechos en referencia se atribuyen a la persona a quien hubieran correspondido caso de no haber feto, bajo la *condición resolutoria* de que éste nazca vivo” (Aguilar, 2016: 57-58). Al respecto, el mencionado autor considera que, implícitamente esta teoría conlleva a lo que plantea la anterior.

**C. Teorías que reconocen personalidad al feto.** Al respecto, otra parte de la doctrina considera que entre la concepción y el nacimiento, el feto si tiene personalidad jurídica, sólo que, su capacidad jurídica se encuentra limitada.

En este sentido, Aguilar (2016:58) cuestiona que de acuerdo con la ley, “cuando el feto no nace vivo se considera que no hay transmisión de derechos entre el feto y la persona a quien se atribuye el derecho, lo que implicaría negar que el feto hubiera sido persona”. En caso contrario, continúa explicando el autor, “si se piensa que el feto sólo puede tener derechos retroactivos, estos efectos de la condición bastan para explicar que o haya la transmisión arriba indicada, sin necesidad de negar la personalidad del feto”.

Es decir, si se parte del hecho de que el feto no puede adquirir derechos si no es bajo la condición suspensiva de que nazca vivo o, bajo la condición resolutoria de no nacer muerto, y luego nace muerto, ese hecho tiene efecto retroactivo; es decir, se considera como si nunca hubiera adquirido derecho alguno y por ende, nada tenía para transmitir (Aguilar, 2016). Aunque el autor se adhiere a la teoría de que el feto es persona, no oculta el hecho de que la opinión dominante es la contraria.

En Europa, a diferencia de lo que establece el artículo 4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el artículo 2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (1969) guarda silencio en cuánto “al límite inicial de la vida humana, no decidiendo por tanto la condición del feto”. Por tanto, a juicio del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en sentencia de 8 de julio de 2004, caso *Vo* contra República Francesa, el feto no es persona en el sentido del Convenio Europeo. Es por ello que, la determinación del inicio de la vida le corresponderá, según el Alto Tribunal Europeo, a la legislación interna de los diferentes Estados miembros del Consejo de Europa (Redondo, 2009: 204).

No obstante, el Alto Tribunal Europeo (1950) afirma que se está comenzando a reconocer la protección del feto ante las potenciales consecuencias de la experimentación con embriones: “La capacidad del embrión de convertirse en persona debe ser protegida, sobre la base de la dignidad humana<sup>4</sup>”. Sobre este particular, se encuentra evidencia en la sentencia 7 de marzo de 2006, caso *Evans* contra el Reino Unido, sentencia que ratifica lo antes mencionado (Redondo, 2009: 205).

Por su parte, Redondo (2009) afirma que el concepto jurídico de “ser humano” contemplado en el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y Biomedicina de Oviedo, se equipara con “embrión humano”. Pues con independencia del concepto jurídico de persona, el embrión humano indudablemente tiene la condición biológica y filosófica de ser humano ya que, no puede considerársele ser de ninguna otra especie ni condición.

En este sentido, en la jurisprudencia del Tribunal Superior español, tanto el embrión como el feto humano resultan equivalentes en cuanto a la vida humana dependiente, pues se considera que ambos tienen una

---

<sup>4</sup> La dignidad del hombre implica, ... que todo ser humano sea fin en sí mismo, insustituible, nunca intercambiable ni tomado como objeto o cosa, como instrumento o mercancía. En eso se cifra su dignidad y esta es intrínseca a todos y cada uno de los derechos humanos por el solo hecho de ser humanos. Esto permite apuntar una definición de dignidad como *el valor intrínseco de todo ser humano, en tanto que humano* (González, S/F, p. 277).

condición humana diferente a la de la madre y, que es penalmente protegible; esto se encuentra así afirmado en la sentencia de fecha 29 de noviembre de 2001, de la Sala Penal del Tribunal Supremo (Redondo, 2009).

En otro orden de ideas, la Sala Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo español -tal y como explica Redondo (2009)- sostiene que el procedimiento especial para la protección de los Derechos Fundamentales, es el conveniente para proteger jurisdiccionalmente al *nasciturus*. Por tanto, todo lo que refiera a defensa judicial del embrión humano, se deberá tramitar ante el procedimiento especial y sumario de los Derechos Fundamentales ante los Tribunales de Justicia. Así se afirma en la sentencia 30 de abril de 1988 de la Sala Tercera del Tribunal Supremo español.

### **6. Estatus Moral del Embrión.**

Abellán (2006: 20) manifiesta que, existe una corriente que plantea:

La existencia de una condición moral gradual del embrión, en virtud de la cual, si bien es cierto que el embrión humano es siempre merecedor de un especial respeto y dignidad, hay que tener en cuenta, que en su desarrollo pueden reconocerse etapas cualitativamente diferentes para su constitución como ser humano.

Es decir, en función de la fase del desarrollo en la que se encuentre el embrión o feto, “variará el tipo de respeto que merece y el grado de protección legal de la que es acreedor” (Abellán, 2006: 20). Esto último se ha evidenciado en ciertos cuerpos normativos donde se realiza una diferenciación entre el pre-embrión y el embrión y, donde –en algunos casos- se permite sólo la experimentación con el primero de ellos puesto que, aún no han sido implantados en el útero materno.

Habermas (2002) citado en Abellán (2006) realiza una distinción entre la “inviolabilidad de la vida” que, es propio de los seres humanos pero de aquellos individuos nacidos y, la “indisponibilidad de la vida”, la cual es atribuible al embrión y al feto. El filósofo refiere que, la inviolabilidad es de carácter absoluto, mientras que la indisponibilidad sería una cuestión supeditada a grados cuándo se está en presencia de un conflicto de bienes, como por ejemplo, un aborto terapéutico. En el mismo sentido refiere que, sólo cuando el feto nace, se convierte en uno de nosotros y, sale al encuentro con el mundo exterior.

Por tanto, Abellán (2006: 20) considera que ésta postura aboga por entender que la condición moral y empírica del embrión no puede ser equiparada a la condición de persona, sino que, se debe configurar un estatuto especial de protección ajustada a su realidad biológica que, pueda mediar entre las exigencias de protección del embrión “con las posibilidades de investigación y las aplicaciones terapéuticas para terceros derivadas de la experimentación con el mismo”.

### 7. Estatus del Embrión desde el Punto de Vista Religioso.

La primera tesis expuesta plantea la perspectiva de que, el embrión *in vitro* debe protegerse como persona, desde que el óvulo fue fecundado ya que, desde ese preciso momento, se tiene como una realidad personal. La constitución genética biológica y genética del embrión, le permitirá continuar y culminar su desarrollo; por tanto, éstos son seres humanos que merecen el mismo respeto y consideración que el resto de las personas ya nacidas (Abellán, 2006).

Esta tesis coincide pues con la **opinión teológica católica**, según la cual, desde el momento de la concepción el embrión humano adquiere un estatus moral equivalente al de una persona, haciéndolo acreedor al pleno respeto de su integridad física. Desde otro punto de vista, considerando la Instrucción *Donum Vitae* de 1987, sólo es permitido moralmente la intervenciones sobre el embrión, cuando se busque con ello la mejora de su salud o supervivencia y, siempre que se respete su vida e integridad (Abellán, 2006).

En el **protestantismo**, la postura es similar a la de la Iglesia Católica, pues consideran ese valor y dignidad intrínsecos a la vida humana y, debido a que ésta proviene de Dios, se debe respetar, proteger, ayudar y potenciar en todo momento. Además, expone que “hay una identidad de cada ser humano desde el momento de la concepción hasta la muerte que lo hace único e irrepetible” (Abellán, 2006: 19).

Por el contrario, la postura del **Islam** parte de reconocer que la vida biológica inicia con la fecundación; sin embargo, la vida humana –el ser humano como tal- comienza cuando Dios infunde el alma en el cuerpo del embrión, lo que tiene lugar a los 40 días de la fecundación (considerados por otros que esto ocurre a los 120 días). Por tanto, consideran que antes de ese tiempo, el embrión pertenece a los progenitores que pueden autorizar cualquier intervención sobre el mismo (Abellán, 2006).

En cuanto al **judaísmo**, la “doctrina rabínica respecto del origen de la vida, basada en el Talmud, señala que el alma penetra en el cuerpo en el día cuarenta después de la concepción, antes de lo cual, según expresión antigua, el embrión es simple agua”. No obstante, considera que la santidad de la vida humana –con valor absoluto e infinito- surge realmente con el nacimiento que, ocurre cuando la cabeza o la parte más grande del niño emerge por el canal vaginal. Por tanto, sin razón médica válida, la selección de los caracteres personales o la mejora genética, no es aceptable (Abellán, 2006: 20).

### **8. Bebés Medicamento.**

García *et al.* (2016: 56) definen a los “bebés medicamento” a, “los niños concebidos con el propósito de que sean donantes compatibles para salvar, por medio de la determinación del antígeno leucocitario humano (HLA) de embriones, a un hermano que sufre una enfermedad congénita inmunitaria”.

Indudablemente, la creación de un hijo de forma artificial y su selección mediante el diagnóstico genético preimplantacional<sup>5</sup>, es la única manera de lograr que el embrión resulte genéticamente compatible con el hermano enfermo, además de descartarse que el primero no padezca una enfermedad congénita (García *et al.*, 2016).

El procedimiento consta de varias etapas: la primera de ellas consiste en la estimulación ovárica de la madre para posteriormente fecundar varios óvulos mediante las técnicas de reproducción asistida –específicamente la fecundación *in vitro*-; luego, a los embriones se les realiza un diagnóstico genético preimplantacional para determinar primero que, se encuentren sanos y libres de cualquier enfermedad y, segundo, para precisar que sean genéticamente compatibles con su hermano enfermo.

Una vez superada ésta etapa y, determinados los embriones que cumplen con los criterios anteriormente mencionados, se implantan 1-3 de ellos en el útero materno y, cuando meses después se produce el

---

<sup>5</sup> Técnica diagnóstica para comprobar la salud genética de un embrión *in vitro* antes de decidir, bien su transferencia al útero materno, bien su descarte para una finalidad procreativa (Abellán, 2007:2).

alumbramiento, se recolecta sangre de su cordón umbilical para extraer las células madre<sup>6</sup> del mismo y, con éstas, tratar al hermano enfermo. Por tanto, el resto de los embriones –denominados “sobrantes”, son congelados o desechados.

### 9. Caso Nash.

Sobre este particular, Mejía (2005: 295-296) se encarga de realizar un minucioso análisis acerca de la historia clínica de los pacientes y, de realizar ciertas consideraciones al respecto. La primera se encuentra explicada de la siguiente manera:

Los esposos Nash tuvieron una primera hija llamada Molly. La niña resultó con una enfermedad genética denominada AF o síndrome de Fanconi. Esta entidad es autosómica recesiva y, por ello, se explica que aunque ambos padres eran portadores del gen para la AF, los dos eran heterocigotos y nunca presentaron alteraciones clínicas. La AF presente cuatro tipos (A, B, C, D). El gen del tipo A se encuentra ubicado en la región distal del cromosoma 20q. El del tipo C está en el cromosoma 9q22.3. El espectro clínica de la enfermedad es amplio y se pueden encontrar las siguientes anomalías: estatura corta, manchas de pigmentación café en la piel, microcefalia, estrabismo, orejas anormales, hipoplasia o aplasia del pulgar, anomalías del tracto genitourinario, atresia duodenal, escoliosis, sordera, anemia aplásica, retardo mental en el 25% de los pacientes y algo muy importante: el 15% de los enfermos desarrollan leucemias linfocíticas agudas o leucemias mielocíticas agudas cuando se llega a la edad de los 6 a 8 años. El 25% de pacientes no tienen ninguna anomalía. El promedio de vida es de veinte años, pero el 25% de ellos sobrepasa los 30 años de edad.

Además, también tienen una mayor susceptibilidad de desarrollar tumores sólidos porque estos pacientes poseen una fragilidad aumentada en sus cromosomas y se les dificulta la reparación de los daños que sufren en su ADN. Aunque el uso de andrógenos a dosis altas puede mejorar la anemia aplásica, el único tratamiento actual que cura la enfermedad es el trasplante de células madres hematopoyéticas (CMH) de la médula ósea. Aunque no se conocen los detalles clínicos de Molly, sí se sabe que no había desarrollado una leucemia, y que tenía cuatro años de edad. Entonces, con la intención de curar a su hija, los padres decidieron tener otro hijo que le pudiera

---

<sup>6</sup> Son un tipo especial de células indiferenciadas que tienen la capacidad de dividirse indefinidamente sin perder sus propiedades y llegar a producir células especializadas (Bernal, 2013, p. 450).

donar sus CMH a Molly y liberarla de su patología. Para lograr estos propósitos ellos debieron someterse a tres procedimientos distintos:

1. A una fertilización *in vitro* (FIV).

2. Al DGP que fue realizado en dos etapas: en una primera se seleccionaron embriones que no tuvieran el gen anómalo para la AF. Después se tomaron esos embriones seleccionados y se le realizaron pruebas en su HLA para que fueran compatibles con los de Molly y así se pudiese hacer con éxito el trasplante de médula ósea. Luego de 25 intentos se logró un embrión sano y con un juego de HLA compatibles con los de la hija enferma. Este embrión fue implantado en el útero de la señora Nash y el embarazo comenzó sin alteraciones.

3. Cuando el niño nació se extrajeron, de manera inmediata, sus CMH del cordón umbilical y se trasplantaron a la médula ósea de Molly. A los cien días de realizado el procedimiento se confirmó que el trasplante había sido un éxito y que Molly se había curado de su AF. El niño, bautizado con el nombre de **Adam**, como alegoría al génesis bíblico que de la costilla de Adán nació Eva, **fue entregado en adopción por los esposos Nash, ya que a ellos no les interesaba tener un segundo hijo, sino curar a su hija Molly** (Subrayado propio).

Resulta evidente pues que, “el niño Adam Nash fue manipulado genéticamente en su etapa de embrión y que, además, fue programado para nacer en el mundo con el objetivo de resolver el problema médico de un tercero”. Mejía (2005: 296) explica que, se está claramente frente a un caso de transgresión del imperativo categórico kantiano; pues para Kant resulta fundamental:

Que se reconozca que los seres racionales son fines en sí mismos y nunca sólo medios de otros, porque lo que está en juego es una relación crucial para respetar el principio de la humanidad: el reconocimiento de que la condición de seres racionales nos permite ser autónomos y libres para tomar decisiones morales.

Por tanto, el autor destaca que Adam Nash no nació como un fin en sí mismo, sino como un medio para salvar a su hermana enferma, por decisión de sus padres y médicos. Es por ello que, considera que se le violentó su dignidad humana al desconocerle que en cuanto ser humano no tenía precio, ni su existencia debía estar condicionada a ser un medio para el uso de otros.

## 10. Protección del Concepturus en el Ordenamiento Jurídico venezolano.

Una vez estudiado los aspectos sobre del estatuto del *nasciturus* desde un punto de vista jurídico, moral e inclusive religioso, se hace menester estudiar la situación de la persona por concebir, es decir, del *concepturus*. No obstante de ser evidente la discrepancia doctrinara acerca del inicio de la personalidad jurídica del embrión, vale preguntarse si el “no concebido” podría gozar de una protección jurídica a pesar de no ser un ente biológico real.

El Código Civil venezolano (1982) –como ha sido explicado anteriormente- adopta no solamente la teoría de la vitalidad, sino que además, acepta la teoría ecléctica del Derecho Común Europeo. Es decir, la personalidad jurídica del ser humano comenzará cuando éste nazca vivo, sin embargo, al feto se le tendrá como nacido cuando se trate de su bien, tal y como lo establece el artículo 17 *ejusdem*.

Vale mencionar los artículos 840 y 1443 *ejusdem*:

Los 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** (Subrayado propio). (Código Civil, 1982: Art. 840)

Los hijos por nacer de una persona viva determinada pueden recibir donaciones, **aunque todavía no se hayan concebido**. Para la aceptación, **los hijos no concebidos** serán representados por el padre o por la madre indicados por el donante, según el caso. 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 (Subrayado propio). (Código Civil, 1982: Art.1443)

A diferencia de las disposiciones antes mencionadas, no se encuentran normas que protejan los derechos extrapatrimoniales del *concepturus*. Si bien el legislador venezolano a través de las normas sustantivas de Derecho, se encargó de proteger al no concebido en asuntos meramente patrimoniales, por qué razón no hacerlo en asuntos relacionados con derechos no patrimoniales, aquellos derechos indisponibles por los particulares como lo son: el derecho a la vida, a la salud y a una calidad de vida plena e íntegra, tal y como expone Aguiar (2008).

Sobre el particular, Aguiar (2008:862) presenta la tesis sobre el reconocimiento de la tercera vía, es decir, propone lograr un acuerdo internacional de protección sobre el *concepturus* (un ente no material), pues se debe “establecer un nivel adecuado de protección que le permita, a futuro, una vida digna, tal y como la merece el *nasciturus*”.

Ante la presencia de los hechos científicos que suceden día a día tanto en los laboratorios como en los centros de reproducción asistida, el Derecho se encuentra obligado a legislar sobre un sistema regulatorio que permita proteger al *concepturus*. Las interrogantes al respecto suelen presentarse sobre quién va a versar esa protección y por qué (Aguiar, 2008).

Aguiar (2008) propone que el debate doctrinal actualmente no debe orientarse hacia resolver la interrogante acerca de si el feto deber ser considerado jurídicamente como persona y, por ende, ser titular de derechos y deberes; no, el debate doctrinal debe ir dirigido a la dignidad del ser, a la potencialidad de ser que, evidentemente está contenida en las distintas etapas embrionarias e inclusive, aún antes de que los gametos femenino y masculino, se fusionen.

La protección jurídica del *concepturus* encuentra su fundamento en la necesidad de proteger la potencialidad del ser y su capacidad de convertirse en persona. Por tanto, el rol del Estado debe ser protagónico y debiendo defender al incapacitado físicamente, pues persona o no, no puede expresarse por sí mismo y, donde los intereses particulares de cada una de las partes interesadas (padres, médicos, biólogos, entre otros.), no irá dirigido al embrión *in vitro*, previa concepción inclusive (Aguiar, 2008).

Para ejemplificar lo expuesto anteriormente, Aguiar (2008) trae a colación un caso de la vida real, considerado como el primero de ésta naturaleza en el país: se trata pues de una pareja de esposos venezolanos que, deciden crioconservar el semen del esposo pues éste padecía de Sarcoma de Ewin, e iba a ser sometido a ciclos de quimioterapia y radioterapia. No obstante, el esposo a la corta edad de 22 años muere a causa del cáncer padecido. La esposa ante tal situación, solicita a la Clínica de Fertilización del semen del cual ella era titular, esto con el fin de ser fertiliza y gestar a su tan deseado hijo.

Continua explicando el autor que, ante tal pedimento, la Clínica de Fertilización se negó a devolver voluntariamente el semen, por tanto, la mujer decide interponer una acción de amparo contra el centro. Llegada

la Audiencia Constitucional, se presentan las partes: la mujer recurrente, la Institución recurrida, el Fiscal del Ministerio Público en representación del Estado, el juez sentenciador y, el abogado Rafael Aguiar, quién defendía al que se pretendía concebir, es decir, al *concepturus*.

El abogado defensor del *concepturus* fundamentó su defensa en el factor genético hereditario, pues era altamente probable que de concebirse un embrión, éste padeciera la misma enfermedad del padre. Enfermedad cuya índice mayor es de 60% de sobrevivencia; sin adentrarse en la calidad de vida del paciente desde que es diagnosticado y los costos del tratamiento que genera la enfermedad per se y por sus complicaciones.

Por tanto, Aguiar (2008: 867-868) consideró que concebir a un niño bajo esas condiciones, no solamente era un daño previsible y evitable, sino que además era una “definitiva lesión y una vida errada”. Pues no era ético ni científicamente aceptable, permitir una fecundación *in vitro* con semen del padre fallecido conociendo de antemano que, éste padecía de una enfermedad genéticamente transmisible; enfermedad que conlleva graves afecciones en las dos primeras décadas de vida.

El autor finaliza su exposición al establecer que, el niño por concebir, goza del derecho a la salud y a una calidad de vida; derecho que nada ni nadie puede alterar ni antes de su nacimiento, ni antes de su concepción. Pues la tercera vía del reconocimiento se basa en la dignidad del ser y su posibilidad de llegar a ser; potencialidad y dignidad que se manifiesta incluso antes de la fusión de los gametos, pues “cada uno lleva una carga que, de permitirse, sin interferencia, llegará a configurar el ser humano conocido por todos”. Por lo que, se debe establecer cuáles condiciones se reconocerán para que esa potencialidad de ser, se conciba, desarrolle y nazca.

En el mismo sentido, Trías (1994) citado en Aguiar (2008: 870) expone que, a pesar de que al *concepturus* y *nasciturus* no se les reconozca jurídicamente la cualidad de persona, “tampoco le cabe otorgarle la categoría de una cosa (no es sujeto, pero tampoco es objeto), pues es un no-sujeto de derecho avocado, por un proceso evolutivo, a convertirse en un sujeto de derecho”.

Por su parte, en cuanto al tema de los “bebés medicamento”, denominados por Aguiar (2008: 905) como el caso de las “chiveras”, el autor expone una ironía jurídica: antes de concederle al *concepturus* “la cualidad de persona y ser sujeto de derechos, se le “crea” con una carga de obligaciones”. Reconoce a su vez que, el principal riesgo al que la

sociedad está expuesta actualmente es a la “instrumentalización” de la vida humana, pues tal y como exponía Mejía (2005) los embriones así concebidos no nacen como un fin en sí mismos, sino como un medio para salvar a su hermano enfermo.

### **Conclusiones**

El deber del Estado venezolano de proteger el derecho a la reproducción y de garantizar los medios que aseguren este derecho –como por ejemplo la aplicación de las técnicas de reproducción humana asistida-, se considera un deber imperativo que se desprende del artículo 76 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (1999) y, del artículo 20 de la Ley de Protección de las Familias, la Maternidad y la Paternidad (2007).

Sobre el particular, se ha mencionado la aplicación del diagnóstico genético preimplantacional pues, en la práctica médica se ha considerado como una de las técnicas de reproducción asistida más usada en los últimos tiempos, debido al gran impacto que tiene al determinar la carga genética y precisar la búsqueda de enfermedades padecidas por el embrión *in vitro*, previa implantación en el útero materno. No obstante, se considera que al no existir una regulación específica sobre la materia, el derecho no ha limitado concretamente los usos médicos y experimentos humanos, por lo que en la práctica, la aplicación, alcance y límites de las técnicas de reproducción asistida se han visto distorsionadas por los profesionales de la salud y por la comunidad científica.

Debido al alto costo del diagnóstico genético preimplantacional y de la alta gama tecnológica necesaria para su aplicación, la técnica se encuentra aún muy lejos de ser un procedimiento con posibilidad de masificación, y es por ello que, el pensamiento crítico de los científicos y médicos debe ir dirigido a aquella intervención médica que busca prevenir y curar enfermedades desde etapas embrionarias muy tempranas y no, una manipulación humana que retorna a épocas oscuras de la humanidad, dónde se llevan a cabo prácticas eugenésicas y se desconoce la dignidad del ser humano.

Por tanto, resulta importante determinar cuándo el embrión es considerado persona; a pesar de que el derecho venezolano adopta la teoría de la vitalidad donde se requiere que el feto nazca vivo para adquirir

personalidad jurídica, en la presente investigación se ha demostrado que desde el momento donde se fusionan los gametos femenino y masculino, existe vida; por tanto, se debe aplicar la teoría de la concepción y, desde ese momento, proteger al nasciturus.

No obstante, el derecho venezolano, adopta igualmente la teoría ecléctica del Derecho Común Europeo, la cual plantea que al feto se le tendrá por ya nacido en cuanto se trate de su bien. Es decir, la protección del concebido es susceptible de ser contemplada desde una doble perspectiva: la personal y la patrimonial. Y es que, tal y como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos afirma, se está comenzando a reconocer la protección del feto ante las potenciales consecuencias de la experimentación con embriones.

De esto último podría desprenderse que, el *concepturus* debe ser protegido igualmente, pues la norma va pasos atrás de la realidad que se evidencia en el seno de una comunidad, en este caso, la científica. La concepción de los “bebés medicamento” ha instaurado una nueva discusión doctrinaria que versa principalmente sobre un factor determinante: la moralidad.

Vale preguntarse si es ética y moralmente correcto, concebir un hijo sólo con la finalidad de que resulte libre de enfermedades y genéticamente compatible con un hermano enfermo y, ser así su “donante perfecto”. Se erige a considerar que no lo es, pues se trasgrede la dignidad del niño por concebir, en tanto que su nacimiento atiende a un medio para salvar a un tercero, en este caso, a su hermano enfermo.

Es por eso que, la potencialidad de ser del *concepturus* debe ser protegida, pues con independencia del concepto jurídico de persona, cuando éste sea concebido, el embrión humano indudablemente tiene la condición biológica y filosófica de ser humano ya que, no puede considerársele ser de ninguna otra especie ni condición. Además, si el Código Civil patrio, protege jurídicamente al *concepturus* en materia de derechos patrimoniales, una equiparación con respecto a derechos extrapatrimoniales, debe ser considerada y ejecutada.

Por tanto, deben fijarse límites legales de actuación, es decir, enumerarse las técnicas que, según el Estado venezolano, su sociedad y la práctica clínica, consideren realizables hoy en día. Sin olvidar que deben existir relaciones entre la moralidad, libertad, humanidad y dignidad, al momento de legislar sobre la materia.

Aun cuando el progreso moral está supeditado al progreso científico y, algunos doctrinarios consideren que el progreso moral debe ir cambiando a medida que avanza el científico, es el derecho que debe según los valores sociales, limitar la experimentación científica. Por tanto, el tema de los “bebés medicamento” debe tener una atención interdisciplinaria y, en medida que el derecho venezolano considere permisible ésta práctica, es imperativo que establezca su aplicación, alcance y límites, donde cada caso deba ser estudiado minuciosamente y no estandarizar el procedimiento.

### **Referencias Bibliográficas**

#### **Libros**

ABELLÁN-GARCÍA, Fernando. 2006. Aspectos Bioéticos y Legales del Diagnóstico Genético Preimplantatorio (DGP). España.

ABELLÁN-GARCÍA, Fernando. 2007. Diagnóstico Genético Embrionario y Eugenesia: un reto para el Derecho Sanitario. España.

AGUIAR-GUEVARA, Rafael. 2008. Tratado de Derecho Médico. Venezuela.

AGUILAR GORRONDONA, José. 2016. Personas. Derecho Civil I. Caracas, Venezuela.

BERNAL CAMARGO, Diana. 2013. El bebé medicamento: dos visiones de una misma realidad. Perú.

CALVO MEIJIDE, Alberto. 2004. El nasciturus como sujeto de derecho. Concepto constitucional de persona frente al concepto pandectista-civilista. España.

-----Diccionario Latinoamericano de Bioética. S/F. Dignidad humana.

GARCÍA MOYANO, Loreto; PELLICER GARCÍA, Begoña; BUIL TRICAS, Begoña; JUÁREZ VELA, Raúl; GUERRERO PORTILLO, Sandra; ANTÓN SOLANAS, Isabel. 2016. Análisis bioético de la generación de “bebés medicamento”. España.

HERNÁNDEZ, María y ROMERO DE FASOLINO, Milagros. 2014. ABC de Embriología Humana con aplicación clínica. Maracaibo, Venezuela.

LERET, María. 2005. Derecho, Biotecnología y Bioética. Caracas, Venezuela.

MEJÍA MANIZALEZ, Orlando. 2005. El diagnóstico de preimplantación genética, el caso Nash y las indicaciones no médicas. Colombia.

MORALES SANTANDER, Rafael. 2014. Análisis Ético-Jurídico del Diagnóstico Genético Preimplantacional en Venezuela. Maracaibo, Venezuela.

REDONDO HERMIDA, Álvaro. 2009. Breves anotaciones sobre la protección del embrión en el ordenamiento jurídico español. España.

### **Textos Legales**

ASAMBLEA NACIONAL. 2007. Ley para la Protección de las Familias, la Maternidad y la Paternidad. Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 38.773 Extraordinario. Venezuela.

ASAMBLEA NACIONAL. 1999. Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 5.908 Extraordinario. Venezuela.

CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE VENEZUELA. 1982. Ley de Reforma Parcial del Código Civil de Venezuela. Gaceta Oficial Extraordinario de la República

CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE VENEZUELA. 1982. Ley de Reforma Parcial del Código Civil de Venezuela. Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela No 2.990 Extraordinario. Venezuela.

CONSEJO DE EUROPA. 1950. Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales.

ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS. 1969. Convención Americana sobre Derechos Humanos.

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. 2006. Demanda n° 6339/05, caso Evans vs Reino Unido.