



LA REPUBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA
EN SU NOMBRE

**EL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA
SALA CONSTITUCIONAL**

Expte N° 1456

MAGISTRADO PONENTE: JESÚS EDUARDO CABRERA ROMERO

El 6 de julio de 2005, la ciudadana **YAMILEX COROMOTO NÚÑEZ DE GODOY**, titular de la cédula de identidad 14.757.789 debidamente asistida por los abogados Irma Gómez y Eduardo Meier, inscritos en el INPREABOGADO bajos los números 33.463 y 61.465, respectivamente, solicitó a esta Sala Constitucional “(...) *SE AVOQUE al conocimiento de la acción de amparo que cursa ante el Juzgado Tercero de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, que dictó sentencia el pasado 27 de junio de 2005, declarando sin lugar la acción interpuesta contra el GRUPO MEDICO DE FERTILIDAD, C. A. del CENTRO MEDICO DOCENTE LA TRINIDAD (...)*”.

El 7 de julio de 2005, se dio cuenta en Sala del presente expediente y se designó ponente al Magistrado Jesús Eduardo Cabrera Romero, quien con tal carácter suscribe el presente fallo.

El 18 julio de 2005, la ciudadana debidamente asistida por sus abogados presentó escrito contentivo de la solicitud de medida cautelar innominada.

En decisión del 5 de agosto de 2005, la Sala acordó oficiar al Juzgado Tercero de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, para que en el lapso de cinco días de despacho siguientes a que

conste en autos el recibo del oficio, remitiera el expediente original contentivo del amparo constitucional ejercido por YAMILEX COROMOTO NÚÑEZ DE GODOY contra el GRUPO MÉDICO DE FERTILIDAD, C.A. del CENTRO MÉDICO DOCENTE LA TRINIDAD. Así mismo, se acordó la medida cautelar solicitada por los abogados actores y, en consecuencia, se ordenó al Grupo Médico de Fertilidad del Centro Médico Docente La Trinidad a conservar en buen resguardo la muestra seminal del ciudadano Dilmar José Godoy Mendoza, hasta tanto se decida sobre la presente solicitud de avocamiento. Igualmente, se dispuso que el mencionado Grupo Médico de Fertilidad del referido Centro Médico, deberá abstenerse de desechar o destruir la muestra seminal del prenombrado ciudadano. Para el cumplimiento efectivo de dicha medida, se acordó notificar al Grupo Médico de Fertilidad del Centro Médico Docente La Trinidad, en la persona del ciudadano Dr. Ibrahim Reyes.

Practicadas las notificaciones ordenadas, se recibió el expediente solicitado el 21 de octubre de 2005, el cual fue remitido por el Juzgado Superior Quinto en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, quien lo recibió en virtud de la consulta establecida en el artículo 35 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, la cual para ese momento no había sido resuelta.

Mediante diligencia del 23 de noviembre de 2005, el apoderado de la parte actora solicitó que se convoque a una audiencia constitucional.

En diligencias del 24 de enero y del 21 de febrero de 2006, el apoderado de la parte actora pidió a la Sala se impulse y reanude el procedimiento, dada la negativa del Grupo Médico de Fertilidad del Centro Médico Docente La Trinidad de negarse a recibir la notificación de la decisión emanada de esta Sala.

Mediante decisión del 24 de febrero de 2006, esta Sala se avocó al conocimiento del proceso de amparo intentado por YAMILEX COROMOTO NÚÑEZ DE GODOY, contra el mencionado GRUPO MÉDICO DE FERTILIDAD, C.A., y acordó requerir al mismo, en la persona del ciudadano Dr. Ibrahim Reyes, informase a la Sala si la muestra de semen suministrada por el ciudadano DILMAR JOSÉ GODOY MENDOZA, se mantiene criopreservada en el laboratorio de fertilidad de ese Grupo Médico.

En diligencia del 3 de abril de 2006, el abogado EDUARDO MEIER GARCÍA, en su carácter de apoderado judicial de la parte actora, solicitó se dicte sentencia de fondo, en la cual se restablezcan los derechos de su representada.

En esa misma fecha, se recibió comunicación del 28 de marzo de 2006, suscrita por el doctor IBRAHIM REYES, en su carácter de Director del Grupo Médico de Fertilidad, C.A., en el cual informó lo solicitado por la Sala.

En diligencia del 7 de abril de 2006, el prenombrado abogado actor ratificó la solicitud de que se dicte la sentencia de fondo en la presente acción de amparo.

En diligencia del 29 de junio de 2006, el abogado EDUARDO MEIER GARCÍA, solicitó a la Sala se pronuncie sobre la imposición de costas, de conformidad con el artículo 33 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales.

La Sala previas las siguientes consideraciones de hecho y de derecho, pasa a decidir y al efecto observa:

I

DE LA SOLICITUD DE AVOCAMIENTO

Los abogados de la parte accionante fundamentaron su pretensión en lo siguiente:

1.- Que “[...]el causante *DILMAR JOSÉ GODOY MENDOZA*, antes de morir, deja su semen con la expectativa legítima, y reiterada en documentos privados y en hechos públicos y notorios, incluso comunicacionales, y consensuada con su esposa *YAMILEX COROMOTO NÚÑEZ* de poder engendrar vida, y así intentar la concepción y gestación del hijo tan ansiado, por lo que acordaron someterse a un proceso de inseminación artificial o asistida y por ende, a la utilización de los métodos más apropiados para conservar la muestra espermática de *DILMAR JOSÉ GODOY MENDOZA*, que como consecuencia de la enfermedad que padecía y que causó su muerte (*sarcoma de ewing extraesqueletico*), debía someterse a tratamiento médico mediante *RADIOTERAPIA*, lo cual comprometería su fertilidad (como en efecto ocurrió), por lo cual por recomendación facultativa del médico tratante se procedió a preservar su líquido seminal, por el lapso de dos (2) años desde el 09 de junio de 2003 y a cargo del *GRUPO MÉDICO DE FERTILIDAD DEL CENTRO MÉDICO DOCENTE LA TRINIDAD*”.

2.- Que, con ocasión de la negativa del GRUPO MÉDICO DE FERTILIDAD, C.A. del CENTRO MÉDICO DOCENTE LA TRINIDAD, de realizar a su representada una “inseminación artificial” con la muestra espermática de DILMAR JOSÉ GODOY MENDOZA, interpusieron una acción de amparo constitucional ante el Juzgado Tercero de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, la cual fue declarada sin lugar en sentencia del 27 de junio de 2005; fallo que estimaron fue “...sustentado en el mero positivismo formalista, cuya interpretación comienza y termina en la ley, e ignora los principios y valores constitucionales que no sólo integran el ordenamiento jurídico sino lo que es mas importante aún, lo informan y orientan”.

3.- Que el juez que conoció del amparo, lo desestimó al señalar que: “[...]Después del fallecimiento del padre, la carga de la prueba de las condiciones antes expuestas recae sobre el cónyuge supérstite, los propios hijos o los tutores de los mismos, por lo que no habiéndose demostrado el consentimiento para la reproducción post mortem del ciudadano DILMAR JOSÉ GODOY MENDOZA, forzosamente ha de declararse impróspera la presente acción[...].”

4.- Denunciaron que dicho juez de instancia introdujo en su decisión “[...]criterios o reglas jurídicas que regularían de forma general la inseminación artificial, imponiendo a su vez límites internos e (sic) externos al derecho de procrear[...].”

5.- Que se interpretó caprichosamente la voluntad de DILMAR JOSÉ GODOY MENDOZA y de YAMILEX COROMOTO NÚÑEZ, toda vez que “[...]es evidente el consentimiento expreso e inequívoco (Presupuesto de fertilización in Vitro, Autorización del 22 de febrero de 2004, entre otros, así como se deduce de los Informes Médicos y Sociales) y tácito (por medio de los hechos públicos y notorios, Programa Sábado Sensacional, Canal VV), legítimamente manifestado de la pareja, ha constituido, en todo momento, y sigue constituyendo un acto de voluntad libre de coacción, tendente a materializar la fecundación asistida, y en consecuencia someterse a los procedimientos que faciliten el encuentro del espermatozoide del marido con el óvulo de la parte accionante en amparo, YAMILEX COROMOTO NÚÑEZ, quien se sometió a las pruebas y

procedimientos (proceso de preparación hormonal, etc) que harían viable la concepción, y sólo esperaba completar el ciclo de fertilización in vitro”.

Solicitaron “(...) que, en ejercicio de lo que ha considerado una facultad excepcional y discrecional, se pronuncie sobre el contenido esencial de los derechos de la ciudadana YAMILEX COROMOTO NÚÑEZ DE GODOY y la ampare ante la violación directa e inmediata, así como la amenaza de violación de los derechos constitucionales contenidos en los artículos 76, 56, 20, 21.1 y 75 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (...)”.

Indicaron que el esposo de YAMILEX COROMOTO NÚÑEZ, ciudadano DILMAR JOSÉ GODOY MENDOZA, falleció en su domicilio y en compañía de su esposa y demás seres queridos el 12 de noviembre de 2004, a causa de insuficiencia respiratoria, “[...]metástasis pulmonar, Sarcoma de Ewin, lo que no significa que su desaparición física, haya significado también la de su deseo de tener hijos de la persona amada, que podrían nacer con posterioridad a la muerte de su padre biológico[...]”.

Señalaron que, “(...) ahondando sobre la procedencia –concretamente sobre el hecho lesivo- de la presente acción de amparo, estamos frente a dos supuestos fácticos o situaciones de hecho lesivas a los derechos de procrear, a la integridad psíquica y moral, al libre desarrollo, desenvolvimiento y determinación de la personalidad, entre otros de los derechos ligados al valor de valores como lo es el respeto a la dignidad humana (...)”.

Finalmente, en el peticorio establecieron “(...) cumplidos como están los extremos de procedencia de la presente acción de amparo, solicitamos esta Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia se avoque al conocimiento de la Acción de Amparo que cursa ante el Juzgado Tercero de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, que cursa en el expediente número 28.734 y REVOQUE la sentencia dictada por este Tribunal el pasado 27 de junio de 2005, y declarada con lugar nuestra solicitud, dado que es forzoso acordar la tutela constitucional, porque de lo contrario, se estaría consintiendo la negativa de las autoridades del CENTRO DE FERTILIDAD, GRUPO MEDICO DE FERTILIDAD DEL CENTRO MEDICO DOCENTE DE LA TRINIDAD de realizar la inseminación o de proceder a la entrega de la muestra seminal a la ciudadana YAMILEX COROMOTO NÚÑEZ, o peor aún,

permitiendo que se deseche el referido líquido seminal, y así se estaría causando un perjuicio irreparable, un daño de inconmesurable entidad, una violación directa a sus derechos constitucionales concretos (...)”.

Y pidieron concretamente que se restablezca la situación jurídica infringida de la siguiente manera:

1.- Se ordene al Centro de Fertilidad, Grupo Médico de Fertilidad, C.A. del Centro Médico Docente la Trinidad realizar de forma inmediata la “inseminación artificial”, con la muestra espermática del causante DILMAR JOSÉ GODOY MENDOZA y en la persona de YAMILEX COROMOTO NÚÑEZ, “...*cumpliendo rigurosamente con todos los extremos exigidos para tal fin*”.

2.- Que en su defecto, se ordene a las autoridades del mencionado Grupo Médico proceda a la entrega de la referida muestra seminal a la ciudadana YAMILEX COROMOTO NÚÑEZ, tomando las medidas idóneas para la conservación, transporte y resguardo de la misma; y se imponga, igualmente, a las autoridades del Centro de Fertilidad, Grupo Médico de Fertilidad C.A. del Centro Médico Docente La Trinidad, la obligación de no hacer consistente en “...*que por ningún concepto de (sic) deseche la muestra espermática o semen de DILMAR JOSÉ GODOY MENDOZA*”.

En escrito presentado el 24 de mayo de 2006, el abogado EDUARDO MEIER, en representación de la actora ratificó la solicitud de que se declare con lugar el amparo constitucional ejercido por su mandante, y que en consecuencia se ordene a la parte accionada “...***completar el CICLO DE FERTILIZACIÓN IN VITRO en la persona de YAMILEX COROMOTO NÚÑEZ, con la muestra espermática del causante DILMAR JOSÉ GODOY MENDOZA, cumpliendo rigurosamente con todos los extremos exigidos para tal fin, incluyendo un estudio de cromosomas de la muestra espermática criopreservada, realizado por un ente independiente, nombrado por esa Sala Constitucional y a las solas expensas del GRUPO MÉDICO DE FERTILIDAD, C.A.***”.

II

ALEGATOS EXPUESTOS POR LA PARTE ACCIONADA EN LA AUDIENCIA CONSTITUCIONAL

1.- Que “[...]el paciente fallece en el mes de noviembre de 2004 y llena la autorización en el mes de junio de 2003, donde señala que no se utilice la prueba, es decir el paciente tuvo mas de año y medio para modificar la autorización y no lo hizo; nosotros nos debemos a la autorización del paciente, ya que se crearía un caos en caso de no cumplir con la palabra de aquel (sic), tendríamos paternidades no deseadas”.

2.- Que “[...] no se puede alegar como un hecho notorio que la accionante y el paciente contrajeron matrimonio en un canal de televisión y rebatir la autorización dejada por el paciente para sostener el hecho de querer tener un hijo, el caso es que el fallecido quiso tener un hijo y estar con él, no que se utilizara la muestra después de muerto, como él lo señaló en su autorización, reiteramos somos una clínica de fertilidad y lo hace a bajos precios en general, hay casos más complejos, la clínica también hace una labor social”.

3.- Que “[...] somos pioneros en fertilización, estamos de acuerdo con la procreación siempre y cuando conste la autorización del paciente”.

4.- A la pregunta del Tribunal que conoció en primera instancia, referida al motivo de su negativa a utilizar y a entregar la muestra, la parte accionada contestó: “Debido a la decisión del paciente en la solicitud de preservación del semen que indicó que no sea utilizada si él no estaba presente”.

III

SENTENCIA DE LA PRIMERA INSTANCIA CONSTITUCIONAL

En sentencia dictada por el Juzgado Tercero de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, el 27 de junio de 2005, se declaró sin lugar la acción de amparo constitucional ejercida por la ciudadana YAMILEX COROMOTO NÚÑEZ contra el GRUPO MÉDICO DE FERTILIDAD, C.A., del CENTRO MÉDICO DOCENTE LA TRINIDAD, sobre la base de las siguientes consideraciones:

1.- Que “...el tribunal no puede perder de vista que el derecho a concebir a los hijos, supone situarse en un momento en que éstos aún no han sido concebidos y en donde la pareja en uso de la autonomía de su voluntad, escoge cómo, cuándo y cuántos hijos concebir, teniendo en cuenta que la paternidad implica una serie de obligaciones, que los padres

aceptan al momento de mantener relaciones sexuales inclusive si el hijo no es buscado. Por ende, siendo este el derecho que se habría vulnerado, el Tribunal tendrá como norte buscar cuál ha sido la voluntad de uno de los integrantes de la pareja, en este caso del obitado, visto que el supérstite aduce que así lo habrían convenido y por ello preservaron el semen que criogénicamente mantiene conservado la presunta agravante”.

2.- Que tomando en cuenta las pruebas consignadas a los autos (misiva del 15/09/03 suscrita por la Dra. Lorena Lion, médico del Instituto Oncológico “Luis Razetti”, dirigida a Seguros Bancentro; informe médico emanado de la parte presuntamente agravante dirigido a la aseguradora, documento de fecha 22/02/04 contentivo de una autorización que el cónyuge de la actora le da a ésta para movilizar sus cuentas bancarias; original de la solicitud de criopreservación de semen, suscrita por el difunto esposo de la actora el 5/06/03), *“...puede evidenciarse claramente que el cónyuge de la querellante expresamente manifestó que no autorizaba a su pareja para que le entregaran la muestra de semen por él consignada ante la presunta agravante para intentar un embarazo sin que él estuviera presente o emitiera una autorización adicional”.*

3.- Que *“...la autonomía de la voluntad de una persona en un caso como el de estos autos, se manifiesta a través del consentimiento, y en nuestro país, hasta donde el humilde conocimiento de este juzgador alcanza, el único supuesto en que la voluntad de una persona muerta debe ejecutarse de la manera en que lo mandó, es que tal voluntad conste depositada en un testamento, al que se le ha asignado la naturaleza de un mandato post mortem. Adicional a este supuesto, no se conoce otro en el que persona muerta ordene, autorice o mande ejecutar su voluntad por intermedio de persona viva que se encargue de cumplir el mandato post mortem”.*

4.- Que *“...el silencio o la falta de una manifestación clara en consentir la concepción, no puede ser entendida como consentimiento. El potencial padre y donador de la esperma debe consentir en forma clara e inequívoca no sólo la reproducción póstuma sino también el hecho de obligarse a mantener el menor”.*

5.- Que *“...(d)espués del fallecimiento del padre, la carga de la prueba de las condiciones antes expuestas recae sobre el cónyuge supérstite, los propios hijos o los tutores de los mismos, por lo que no habiéndose demostrado el consentimiento para la reproducción*

post mortem del ciudadano DILMAR JOSÉ GODOY MENDOZA, forzosamente ha de declararse impróspera la presente acción de amparo”.

IV PUNTO PREVIO

Conoce esta Sala de esta causa, aun cuando en sentencia del 22 de junio de 2005 (Caso: *Ana Mercedes Bermúdez*), se declaró que la consulta, a la que se refiere el artículo 35 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, quedó derogada con la iniciación de la vigencia de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en tanto que se contrapone a los artículos 26, 27 y 257 constitucionales; ello de conformidad con la Disposición Derogatoria Única, por cuanto en esa misma decisión se ordenó la publicación del fallo en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela y, en protección a la confianza legítima de los justiciables, la no aplicación del criterio durante los treinta días posteriores a esa publicación para que, dentro de ese lapso, las partes manifestasen, en cada caso concreto, su interés en la resolución de las consultas pendientes en todos los Tribunales de la República. Así mismo, se declaró que, en el supuesto de que nadie concurriese dentro del período que se otorgó, el fallo de primera instancia constitucional quedaría definitivamente firme, por lo que se remitiría el expediente al tribunal de la causa para su archivo.

La decisión en cuestión fue publicada en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela n° 38.220 de 1° de julio de 2005.

En el caso de autos, la parte actora desfavorecida con el fallo de primera instancia, solicitó el avocamiento de dicha causa a esta Sala, en escrito del 6 de julio de 2005, y mediante decisión del 24 de febrero de 2006, esta Sala se avocó al conocimiento del proceso de amparo intentado por YAMILEX COROMOTO NÚÑEZ DE GODOY, contra el mencionado GRUPO MÉDICO DE FERTILIDAD, C.A., y acordó requerir al mismo, en la persona del ciudadano Dr. Ibrahim Reyes, informase a la Sala si la muestra de semen suministrada por el ciudadano DILMAR JOSÉ GODOY MENDOZA, se mantiene criopreservada en el laboratorio de fertilidad de ese Grupo Médico.

Por ello, avocada la Sala a esta causa, debe decidir en esta oportunidad si estuvo ajustada o no a derecho la decisión de la primera instancia constitucional que declaró sin lugar el amparo antes mencionado, de modo que este pronunciamiento equivale a la consulta obligatoria a la que se refería el artículo 35 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales; por lo que la petición de avocamiento, a juicio de la Sala, corresponde a la manifestación de la parte a que se resolviera la consulta pendiente. Así se decide.

V

CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

Pasa la Sala a pronunciarse sobre el fondo del asunto sometido a su conocimiento y, al respecto, observa que siendo éste un caso sin precedente judicial en el país, no sólo por la expectativa de la actora de que se realice a su favor una fecundación in vitro, sino por la circunstancia de la muerte de su cónyuge, la Sala estima necesario hacer las siguientes precisiones:

A) DERECHOS CONSTITUCIONALES DENUNCIADOS POR LA ACTORA COMO VIOLADOS POR LA PARTE PRESUNTAMENTE AGRAVIANTE

A.1) DERECHO A PROCREAR: Señaló la actora que se infringió con “...*la inequívoca y consensuada voluntad de una pareja de ejercer el derecho a decidir libre y responsablemente el número de hijos que deseen concebir y a disponer de los medios que les aseguren el ejercicio de ese derecho, como es el caso de la inseminación artificial, que es un instrumento, un medio del cual se está privando a YAMILEX COROMOTO NÚÑEZ, con las consecuencias fatales e irreversibles de no poder gozar siquiera de la mera expectativa de cumplir su propia voluntad y la de su difunto esposo: procrear un hijo de ambos (artículo 76 de la CRBV y artículo 16.e Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer)*”.

A.2) DERECHO AL LIBRE DESENVOLVIMIENTO DE LA PERSONALIDAD: ya que –según afirma la actora, le han impedido “...*no sólo su intención de perpetuar en un hijo (que es una posibilidad incierta) el amor por su marido fallecido y la concreción de su deseo de tener hijos de la persona amada, sino de cumplir su proyecto de vida (su realización*

personal para poder conducir su vida y alcanzar el destino que se propuso) y de poder desarrollar las dimensiones de su propia dignidad humana (artículo 20 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela”.

A.3) DERECHO A LA MATERNIDAD SIN DISCRIMINACIÓN ALGUNA:
indicó en su escrito libelar que “...*sea cual fuere el estado civil de la madre, exigiendo condiciones para que la igualdad sea real y efectiva; que aunque, en el caso presente, no se trata de un resultado seguro, sino de una situación probable que depende –como causa eficiente- de que se realice el procedimiento de inseminación artificial (artículos 56, 76, 21 de la Constitución... ”.*

Con respecto a los derechos constitucionales denunciados como conculcados por la actuación del Grupo Médico de Fertilidad C.A. del Centro Médico Docente La Trinidad, la Sala apunta lo siguiente:

En primer lugar que los tres derechos invocados están íntimamente relacionados, por cuanto son derechos inherentes a la persona humana, son “*derechos de la personalidad*”; es decir, que “...*posee toda persona por su sola condición de tal. Estos derechos no dependen de ninguna conducta o adquisición especial del sujeto, sino que nacen con éste porque implican la protección de la esfera moral y corporal del ser*” (Ensayos sobre Capacidad y Otros Temas de Derecho Civil. Domínguez Guillén, María Candelaria. Tribunal Supremo de Justicia. Colección Nuevos Autores N° 1, Caracas- Venezuela 2006, p.506).

El derecho a procrear no es mas que el derecho natural de concebir un ser; derecho este que al igual que los derechos a la maternidad y paternidad suponen obligaciones en los sujetos que los encabezan, y el ejercicio de estos derechos supone el libre desenvolvimiento de la personalidad, sin más limitaciones que las que derivan del derecho de las demás y del orden público y social, tal y como lo dispone el artículo 20 constitucional, y como lo consagra el artículo 29 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, cuando dispone que:

“... ”

1. Toda persona tiene deberes respecto a la comunidad, puesto que sólo en ella puede desarrollar libre y plenamente su personalidad.
2. En el ejercicio de sus derechos y en el disfrute de sus libertades, toda persona estará solamente sujeta a las limitaciones establecidas por la ley con el único fin de asegurar el reconocimiento y el respeto de los derechos y libertades de los demás, y

de satisfacer las justas exigencias de la moral, del orden público y del bienestar general en una sociedad democrática.

3. Estos derechos y libertades no podrán, en ningún caso, ser ejercidos en oposición a los propósitos y principios de las Naciones Unidas” (subrayado de este fallo).

En la Constitución de 1999, se consagran los siguientes derechos civiles y sociales, que la Sala considera de relevancia en la oportunidad de resolver el caso de autos:

“Artículo 56. Toda persona tiene derecho a un nombre propio, al apellido del padre y al de la madre, y a conocer la identidad de los mismos. El Estado garantizará el derecho a investigar la maternidad y la paternidad.

Toda persona tiene derecho a ser inscrita gratuitamente en el registro civil después de su nacimiento y a obtener documentos públicos que comprueben su identidad biológica, de conformidad con la ley. Éstos no contendrán mención alguna que califique la filiación”.

“Artículo 75. El Estado protegerá a las familias como asociación natural de la sociedad y como el espacio fundamental para el desarrollo integral de las personas. Las relaciones familiares se basan en la igualdad de derechos y deberes, la solidaridad, el esfuerzo común, la comprensión mutua y el respeto recíproco entre sus integrantes. El Estado garantizará protección a la madre, al padre o a quienes ejerzan la jefatura de la familia.

Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a vivir, ser criados o criadas y a desarrollarse en el seno de su familia de origen. Cuando ello sea imposible o contrario a su interés superior, tendrán derecho a una familia sustituta, de conformidad con la ley. La adopción tiene efectos similares a la filiación y se establece siempre en beneficio del adoptado o la adoptada, de conformidad con la ley. La adopción internacional es subsidiaria de la nacional.

Artículo 76. La maternidad y la paternidad son protegidas integralmente, sea cual fuere el estado civil de la madre o del padre. Las parejas tienen derecho a decidir libre y responsablemente el número de hijos o hijas que deseen concebir y a disponer de la información y de los medios que les aseguren el ejercicio de este derecho. El Estado garantizará asistencia y protección integral a la maternidad, en general a partir del momento de la concepción, durante el embarazo, el parto y el puerperio, y asegurará servicios de planificación familiar integral basados en valores éticos y científicos.

El padre y la madre tienen el deber compartido e irrenunciable de criar, formar, educar, mantener y asistir a sus hijos o hijas, y éstos o éstas tienen el deber de asistirlos o asistir las cuando aquel o aquella no puedan hacerlo por sí mismos o por sí mismas. La ley establecerá las medidas necesarias y adecuadas para garantizar la efectividad de la obligación alimentaria”.

Algunos de estos derechos han sido desarrollados en la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente (ver, entre otros, artículo 15. Derecho a la Vida, artículo 16. Derecho a un Nombre y a una Nacionalidad, artículo 17. Derecho a la Identificación, artículo 18. Derecho a ser Inscrito en el Registro, artículo 22. Derecho a

Documentos Públicos de Identidad, artículo 25. Derecho a Conocer a sus Padres y a ser Cuidados por Ellos, artículo 26. Derecho a ser Criado en una Familia).

Además, esos derechos constitucionales son reconocidos en los instrumentos internacionales que a continuación se mencionan, y de la forma en que lo disponen las normas que se transcribe para una mejor ilustración del tema objeto del caso de autos, a saber:

La Ley Aprobatoria del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos establece en sus artículos 23 y 24:

“Artículo 23

1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado.

2. Se reconoce el derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen edad para ello.

...Omissis...”.

“Artículo 24

1. Todo niño tiene derecho, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica o nacimiento, a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado.

2. Todo niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y deberá tener un nombre.

3. Todo niño tiene derecho a adquirir una nacionalidad”.

El artículo 16 de la Ley Aprobatoria de la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la mujer, dispone que:

“Artículo 16

1. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas adecuadas para eliminar la discriminación contra la mujer en todos los asuntos relacionados con el matrimonio y las relaciones familiares y, en particular, asegurarán en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres:

...Omissis...

d) Los mismos derechos y responsabilidades como progenitores, cualquiera que sea su estado civil, en materias relacionadas con sus hijos; en todos los casos, los intereses de los hijos serán la consideración primordial...”.

En la Ley Aprobatoria de la Convención sobre los Derechos del Niño, se dispone que:

“Artículo 7

1. El niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos.

...Omissis...”.

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre dispone en su artículo VI, lo siguiente:

“Toda persona tiene derecho a constituir familia, elemento fundamental de la sociedad, y a recibir protección para ella”.

La Ley Aprobatoria de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en su artículo 17 regula la protección a la familia, de la siguiente manera:

“...

1. *La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado.*

2. *Se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen la edad y las condiciones requeridas para ello por las leyes internas, en la medida en que éstas no afecten al principio de no discriminación establecida en esta Convención.*

...Omissis...”.

También consagra el derecho al nombre en el artículo 18, en los siguientes términos:

“Toda persona tiene derecho a un nombre propio y a los apellidos de sus padres o al de uno de ellos. La ley reglamentará la forma de asegurar este derecho para todos, mediante nombres supuestos, si fuere necesario”.

Como se desprende de lo expuesto, la familia es la asociación natural de la sociedad y el espacio fundamental para el desarrollo integral de las personas, y la misma debe ser protegida por el Estado y sus instituciones, de modo que los derechos de los sujetos que la integran se desarrollen en el Texto Fundamental de cada país, además de tener un reconocimiento expreso y bien preciso en normativas internacionales como antes se vio.

Ahora bien, el derecho a procrear al igual que el derecho a la salud forman parte del derecho a la vida, tomando en cuenta lo dispuesto en el artículo 22 constitucional que reza:

“Artículo 22. La enunciación de los derechos y garantías contenidos en esta Constitución y en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona, no figuren expresamente en ellos. La falta de ley reglamentaria de estos derechos no menoscaba el ejercicio de los mismos”.

De manera que el hecho de que el Texto Fundamental no señale expresamente a la procreación no significa que la misma no esté consagrada como un derecho humano, pues como se desprende de las normas transcritas tanto de la Constitución como de los tratados internacionales, este derecho deriva del ejercicio de otros inherentes en igual forma a la persona, y sin lugar a dudas el Estado Venezolano protege la reproducción, desde el momento

en que señala en el artículo 76 constitucional, el derecho que tienen las parejas a decidir libre y responsablemente el número de hijos o hijas que deseen concebir y a disponer de la información y de los medios que les aseguren el ejercicio de este derecho.

Esa decisión de reproducción, es el ejercicio de ese derecho de procrear hijos y de otros que como ya se apuntó son inherentes a la persona humana, por eso quien decide procrear tiene el derecho a hacerlo sin más limitaciones que las establecidas por la Constitución y las leyes. Y hoy en día se han procurado métodos para que quienes de manera natural no puedan hacerlo, tengan la posibilidad real y efectiva de tener descendencia, en pro de la consolidación y bienestar de la familia; hijos que tienen -como se ilustra en las transcripciones antes efectuadas- derechos como el de tener un nombre, apellido, nacionalidad, conocimiento de sus progenitores, cuidado y protección, por solo mencionar algunos.

B) REPRODUCCIÓN ASISTIDA

La intención de la Sala es estudiar de forma general lo relativo a la reproducción asistida, para ilustrarse sobre el tema científico que rodea la causa, a cuyo conocimiento se ha avocado, con el objetivo de emitir un pronunciamiento cónsono con el Derecho como ciencia pero también con la Medicina, ya que no existe en Venezuela legislación al respecto (salvo la referencia que hace el artículo 204 del Código Civil), y, por supuesto, la que hace el artículo 127 de la Constitución, al establecer que “[...] ***El Estado protegerá el ambiente, la diversidad biológica, los recursos genéticos, los procesos ecológicos, los parques nacionales y monumentos naturales y demás áreas de especial importancia ecológica. El genoma de los seres vivos no podrá ser patentado, y la ley que se refiera a los principios bioéticos regulará la materia***”.

De allí que de este avance científico (reproducción asistida) se han derivado y se derivarán situaciones que deben ser protegidas y resueltas por esta Sala, a fin de evitar que los vacíos legales atenten contra derechos constitucionales de los ciudadanos.

Vale aquí reiterar lo expuesto en la sentencia N° 1571 del 22 de agosto de 2001, caso: Asodeviprilara, sobre jurisdicción normativa, en la cual se sostuvo lo siguiente:

“Esta Sala Constitucional, desde sus primeros fallos (José Amando Mejía, Corpoturismo, Servio Tulio León), ha venido sosteniendo que las normas constitucionales, en particular los Derechos Humanos, los Derechos que desarrollan directamente el Estado Social, las Garantías y los Deberes, son de aplicación inmediata, sin que sea necesario esperar que el legislador los regule, por lo que, en ese sentido, no actúan como normas programáticas. Para lograr tal aplicación inmediata, la Sala se ha basado en la letra del artículo 335 constitucional, por ser el Tribunal Supremo de Justicia el máximo garante de la supremacía y efectividad de las normas y principios constitucionales y, además, por ser las interpretaciones de la Sala Constitucional sobre el contenido o alcance de las normas y principios constitucionales, vinculantes para las otras Salas del Tribunal Supremo de Justicia y demás Tribunales de la República.

En base a dicha norma (artículo 335), en los casos concretos donde surge alguna infracción constitucional, la Sala ha ejercido la jurisdicción en forma normativa, dándole vigencia inmediata a la norma constitucional, y señalando sus alcances o formas de ejercicio, así no existan leyes que la desarrollen directamente.

Se trata de interpretaciones vinculantes que obran como una normativa restringida, hasta que la Asamblea Nacional legisle sobre la materia”.

De allí que relacionada esta causa estrechamente con el tema de la reproducción asistida, debe esta Sala tener una visión general de la misma y sus efectos ético-legales, para emitir un pronunciamiento respecto a la tutela constitucional pedida.

Así, la procreación humana con asistencia científica ha sido definida como “...*al conjunto de técnicas médicas especiales que implican la ayuda profesional al acto conyugal con el fin de lograr la procreación de la especie humana, la obtención y utilización de gametos con tal finalidad, o la transferencia de embriones con el mismo fin*” (tomado del artículo 2 del PROYECTO DE LEY No. 46 de 2003, SENADO de Colombia, “...*por la cual se regula el contrato de técnicas de reproducción humana asistida y se dictan otras disposiciones*”).

La reproducción asistida en principio se ha conceptualizado como técnica de apoyo a la fertilidad en parejas infértiles. Pero hoy en día, la capacidad de indagar en el material genético embrionario ha facilitado nuevas aplicaciones, como el uso de embriones para la ciencia, o la selección de embriones antes de su implantación pensando en futuros trasplantes entre hermanos, o la donación de embriones congelados para terceras personas. Situaciones que retan al derecho, por no estar prohibida y a la vez no existen leyes que las rijan.

En España, por ejemplo ha sido aprobada este año una nueva Ley de Reproducción Asistida (LEY 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida), la cual permite la selección genética de embriones con fines terapéuticos para terceras personas, pero al mismo tiempo prohíbe la clonación de seres humanos con fines reproductivos (ver, artículo 1 numeral 3). Sobre el tema de la clonación reseña el diario El Universal de esta ciudad, en publicación del 7 de junio de 2006, que: “...*Un equipo de investigadores de la Universidad de Harvard anunció ayer que comenzará la clonación de embriones humanos para obtener células madre, y que usarán fondos privados para eludir las restricciones del Gobierno Federal*”.

En Colombia, la Ley 599 de 2000 (Código Penal) penaliza la repetibilidad del ser humano y la fecundación y tráfico de embriones humanos, al establecer en sus artículos 133 y 134, lo siguiente:

“Artículo 133: “El que genere seres humanos idénticos por clonación o por cualquier procedimiento, incurrirá en prisión de dos (2) a seis (6) años”.

Artículo 134: “El que fecunde óvulos humanos con finalidad diferente a la procreación humana, sin perjuicio de la investigación científica, tratamiento o diagnóstico que tengan una finalidad terapéutica con respecto al ser humano objeto de la investigación, incurrirá en prisión de uno (1) a tres (3) años. En la misma pena incurrirá el que trafique con gametos, cigotos o embriones humanos obtenidos de cualquier manera o a cualquier título”.

Si bien el objetivo de la Sala no es cubrir todos los aspectos relacionados con el tema de la reproducción asistida, no escapa de la misma el interés por tener un estudio global del tema, ya que lo planteado aquí requiere de una regulación expresa y, como ya se señaló, al no existir legislación sobre este tema, la Sala debe analizar algunos aspectos de su problemática en este fallo para dar respuesta efectiva a la solicitud aquí formulada.

La Sala advierte, que los aspectos relativos a la clonación no los tratará en esta sentencia, ya que lo planteado en esta causa no se refiere a ella.

B.1) MODALIDADES DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA

En el “Estudio Ético-Legal sobre la Reproducción Asistida” de Laura Rosell Roldán (publicado en la pág. Web www.uclm.es), se señalan las siguientes modalidades, las cuales se refieren en otras páginas de Internet relacionadas con el tema, como por ejemplo en: www.civte.com, www.somoscolombia.org, www.cerezo.pntic.mec.es, y www.redaccionmedica.com, por mencionar sólo algunas. Estas modalidades son:

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

Por lo general, se suele utilizar sin distinción los términos de inseminación artificial, fecundación in Vitro y otros, cuando en realidad se trata de distintas técnicas de reproducción asistida, a las cuales en el futuro pueden añadirse otras.

Como se desprende del documento cursante al folio 73 de la pieza principal, a la ciudadana YAMILEX COROMOTO NÚÑEZ DE GODOY, se decidió someterla a “fertilización In Vitro con el semen congelado...” de su esposo.

B.2) FECUNDACIÓN IN VITRO

Dado que fue esta modalidad la seleccionada para aplicársela a la actora, resulta de interés conocer que es esta técnica utilizada por muchos centros dedicados a la reproducción asistida, y :

“...básicamente se trata de la fecundación del óvulo (también conocido como ovocito) fuera del cuerpo de la madre, el cultivo durante los primeros pasos de la división y la ulterior implantación en el útero de la donante. Tanto en la fecundación extracorpórea, como en la subsiguiente transferencia del blastocito, tienen especial importancia 5 puntos principales: 1. Obtención del óvulo, 2. Maduración del espermatozoide , 3. Fertilización del óvulo, 4. Cultivo de los primeros pasos de

división y, 5. Implantación del embrión desarrollado 'in vitro' en el útero". (tomado de la página web www.civte.com).

La fertilización In Vitro, es "...el proceso por el cual los óvulos, obtenidos por aspiración de folículos estimulados, son fertilizados con espermatozoides, fuera del cuerpo humano. Los resultantes cigotos/embriones son cultivados en condiciones controladas en una incubadora por un par de días y luego los embriones son transferidos al útero materno. Este es el procedimiento que se conoce coloquialmente como 'bebé probeta'..." (concepto tomado de la página web www.fertilidad-cmdlt.com).

En el caso de autos, como se evidencia del informe médico del 23 de septiembre de 2003, el cual corre inserto al folio 73 de la pieza principal, "...*(a) la Sra. Núñez, se le ha estudiado por fertilidad y se ha decidido someterla a fertilización In Vitro con el semen congelado, para la cual se hace inducción de ovulación, ecos seriados, aspiración transvaginal de óvulos y transferencia embrionaria para lograr tener descendencia, igualmente se le indica la siguiente medicación:*

Reliser, 1 ampolla, Bs. 280.000,00

Puregon, 10 ampollas, Bs. 1.500.000,00

Pregnyl, 2 ampollas, Bs. 200.000,00 (aproximadamente)".

De allí que el sistema de reproducción asistida planteado por el Grupo Médico de Fertilidad C.A. a los Sres. Núñez y Godoy fue la conocida como procreación artificial homóloga, es decir, la que se lleva a cabo con el semen del marido; distinta a la heteróloga, que se efectúa con semen de un donante; por lo general anónimo.

B.3) DETERMINACIÓN DE LA FILIACIÓN EN CASO DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA

Desde el punto de vista jurídico, esa fecundación in vitro homóloga no presenta problemas en la determinación de la filiación del hijo nacido por dicho método, toda vez que es utilizada por dos personas capaces y con su consentimiento, a diferencia de la heteróloga, en la cual se tiende a atribuir una paternidad distinta de la biológica, pues como ya se apuntó interviene un donante anónimo, y tendrá importancia el hecho de que la mujer esté soltera o casada; pues en este último supuesto la paternidad debe atribuírsele al marido y la filiación es matrimonial (artículo 204 del Código Civil), pero en el caso de la soltera el hijo tiene el

carácter de extramatrimonial y, en principio nadie podrá ser legalmente su padre, salvo que lo haga por adopción.

Este último supuesto trae muchas interrogantes pues podría darse el caso de intereses contrapuestos del donante en cuanto a su identidad, la cual está en anonimato en los Bancos de Donación, con el derecho constitucional que tiene todo niño de conocer a sus padres. Ello, en la Ley 35/1988, del 22-11 sobre Técnicas de Reproducción Asistida, de España, se resolvió en el artículo 5.5 previendo la posibilidad de obtener una información general sobre el donante que no incluya su identificación, para no impedir la investigación del mismo; sin embargo no se le conceden efectos legales; y sólo autoriza el desanonimato sobre la persona del donante (artículo 8.3) cuando exista peligro comprobado para la vida del hijo o sea prueba en un proceso penal, pero la misma no implicará en ningún caso, publicidad de la identidad del donante. Estas disposiciones se repiten en la nueva Ley española 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida (ver, artículos 5.5 y 8.3).

Como antes se apuntó, no existe en el país regulación expresa sobre el tema de la reproducción asistida, mucho menos sobre la fecundación de una mujer viuda, con semen criopreservado de su esposo fallecido. Pero se conocen casos reales que han sido resueltos por los órganos jurisdiccionales de otros países, uno a juicio de la Sala, digno de referir: el caso de Corinne y Alain Parpalaix, comentado por la parte actora, y reseñado por Carmen García Mendieta en el artículo “Mater Semper Certa Est?”, publicado en la página web: www12.brinkster.com, de la manera siguiente:

“Concitó la atención pública en Francia el caso de Corinne Parpalaix, joven viuda que reclamó judicialmente el semen congelado de su esposo, depositado tres años antes de la muerte del mismo en el banco estatal de esperma CECOS. La repercusión del proceso pasó desde los periódicos hasta las revistas jurídicas, que se ocuparon profusamente del caso. El Tribunal de Gran Instancia de Crêteil, en fallo de fecha 1º de agosto de 1984, que dispone la entrega del esperma a la esposa reclamante, examina varios aspectos del problema y constituye un hito en la historia moderna de la filiación. El Tribunal consideró que las condiciones de conservación y devolución del esperma y la inseminación posterior de la viuda son cuestiones que no están prohibidas por la ley, y ni siquiera están reglamentadas. Sostuvo que el hecho no se opone al derecho natural, siendo la procreación uno de los fines del matrimonio. El Tribunal puso énfasis en todo momento en averiguar cuál había sido la voluntad del difunto marido, Alain Parpalaix. Así, adjudicó especial relevancia a la actitud del mismo, quien durante la enfermedad que lo llevó a la muerte (cáncer de testículos) quiso preservar sus posibilidades de tener un hijo, depositando una toma de esperma

en el banco demandado. Y, dos días antes de su muerte, contrajo matrimonio civil y religioso con Corinne. (Ésta, en definitiva, no logró concebir.)...”.

Se pregunta la Sala, ¿y es que no puede entonces existir inseminación artificial ni fecundación in Vitro post mortem?. Ha pasado en Tokio, en Inglaterra, en Argentina, por mencionar algunos países, que después de fallecido el cónyuge (muerte súbita), la viuda ha solicitado se extrajera y congelara el semen del hombre fallecido, a los fines de que se le practique la inseminación artificial y, en algunos casos han pedido se reconozca la paternidad, esto es, la relación familiar entre el bebé y el padre fallecido (véase, página web www.consumer.es, donde aparece reseña del caso Diane Blood, en el cual un Tribunal Británico en febrero de 1998 admitió la paternidad de un hombre fallecido hace ocho años).

Es buena la referencia a la regulación de la reproducción asistida en el Estado de Tabasco (México), en cuyo Código Civil se legitima y legaliza la inseminación artificial, la fecundación in Vitro y cualquier otro método de reproducción asistida, pero “...*los limita a las parejas casadas y a las que viven públicamente como si fueran marido y mujer, sin tener algún impedimento para contraer matrimonio entre sí. Dicho código establece la obligatoriedad del consentimiento de ambos miembros de la pareja como condición indispensable para acceder a la asistencia reproductiva y determina que es causal de divorcio la inseminación de la mujer sin el consentimiento de su pareja. También, reconoce la desvinculación de los padres biológicos y los padres legales y diferencia a la madre biológica de la madre substituta o subrogada. En caso de subrogación, considera a la mujer contratante como la madre legal. El Código Civil para el Estado de Tabasco contempla varios aspectos relevantes indisolubles de la aplicación de las TRA. Sin embargo, esta aproximación legal, sin precedente nacional, no contempla otras implicaciones de la reproducción asistida: Inseminación postmortem, el anonimato del donador en la inseminación heteróloga y la disposición de los embriones que exceden a los transferidos en un ciclo*” (v. artículo “la Reproducción Asistida en México, por Yolanda Secades y Biol. Emma Torra, publicado en www.fertilityworld.org).

En el caso que nos ocupa, el tema de la filiación en el supuesto de que la actora tuviera descendencia por vía de la reproducción asistida, tendría también solución por aplicación de principios constitucionales y de Derechos Humanos, señalados en el punto A3) de este fallo,

y que se sintetizan en que todo hijo tiene derecho a conocer a sus padres; derecho que no se limita a saber quién es, sino a obtener los efectos jurídicos de tal condición.

Sin embargo, a nivel del Código Civil venezolano, surge una dificultad legal en este caso, para establecer la filiación paterna del hijo que pudiera nacer, que no fue concebido durante el matrimonio (artículo 201 del Código Civil), sino cuando el vínculo se había roto, aunque la espermia fue recolectada durante el matrimonio. Se trata de una situación no prevista en el Código Civil, pero que a juicio de la Sala, no puede convertirse en un traba para que el producto de la inseminación post mortem, no goce de sus derechos de conocer a sus padres, y llevar sus apellidos.

En casos como éstos (inseminación post mortem), donde consta la existencia del semen, así como de quien emana y el estado civil de los sujetos involucrados en la inseminación, por razones de seguridad jurídica se hace necesario una orden judicial al respecto, de manera que constatados esos extremos, se declare la filiación paterna del concebido en estas circunstancias y se ordene su inscripción en el registro civil con tal filiación, ajustado a lo dispuesto en el artículo 235 del Código Civil. Al fin y al cabo se trata de una filiación producto de un matrimonio, producida por estas técnicas aplicadas post mortem, pero donde el nacido es hijo del marido de la madre, a menos que tal paternidad sea desconocida por sus herederos mediante juicio al respecto.

Esta filiación debe ser declarada en sentencia judicial, así no provenga de un proceso contencioso, y si los extremos que hacen presumir la filiación pueden determinarse por un juez de familia, que ordene y supervise la inseminación, en estos excepcionales casos podrá ser declarada, a pesar de que no se esté ante el supuesto del artículo 201 del Código Civil.

La inseminación artificial está contemplada someramente en el artículo 204 del Código Civil, y dicha norma impide al marido desconocer al hijo, si ha autorizado la inseminación artificial de la mujer, así no sea de él el semen.

En este sentido, la novedosa Ley española 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, en su artículo 8, numeral 1, dispone en torno a la determinación legal de la filiación, que: *“1. Ni la mujer progenitora ni el marido, cuando hayan prestado su consentimiento formal, previo y expreso a determinada fecundación con*

contribución de donante o donantes, podrán impugnar la filiación matrimonial del hijo nacido como consecuencia de tal fecundación”.

Estando prevista en el artículo 204 del Código Civil la inseminación artificial, y siendo posible que ella tenga lugar entre esposos, después de la muerte de uno de los cónyuges, y siempre que la cónyuge no contraiga matrimonio antes del alumbramiento, la filiación del nacido por esta técnica, se reconocerá conforme a lo expuesto, y así se declara.

Igualmente tal filiación quedará establecida si se trata de una inseminación artificial que utiliza semen u óvulos de personas sin impedimentos para contraer matrimonio, pero entre quienes no hay vínculo matrimonial, siempre que conste la existencia del semen o los óvulos, de quienes emanan, y la manifestación de voluntad de que ese semen se utilice para fecundar por inseminación artificial homóloga o fecundación in Vitro homóloga, al óvulo de persona determinada que aceptó.

B.4) REFERENCIA A LA DONACIÓN RETRIBUIDA Y A LOS CASOS DE MADRES SUBROGADAS

La Sala no tocará con profundidad los temas referidos a los bancos de semen y vientres alquilados, esto es, lo relativo a las llamadas donación retribuida y gestantes o madres subrogadas o sustitutas, por cuanto si bien están relacionadas con las técnicas de reproducción asistida, las mismas no han sido objeto de regulación legal, y los aspectos que sobre las mismas hayan de resolverse, mientras no se dicten las leyes, se hará en la oportunidad que a la Sala se le planteen conflictos en concreto como el originado en autos.

Sin embargo, se observa que es una realidad la existencia de los llamados bancos de semen, que en países como España han sido objeto de regulación expresa, a los fines de establecer los requisitos para ser donante, las características que suelen tener los contratos de este tipo de donación (v. artículo 5 de la Ley 14/2006), y el establecimiento de un Registro nacional de donantes (v. artículo 21 de la misma Ley).

En Italia, por el contrario, la Ley 40 sobre Reproducción Asistida de 2004, entre las limitaciones que contiene para la aplicación de técnicas de reproducción asistida, establece la prohibición de la fecundación heteróloga; es decir, aquella efectuada con espermatozoides u ovocitos que provienen de donantes externos a la pareja.

Resalta en este tema, la polémica a nivel mundial que ocasiona la venta de óvulos, basta leer artículos como el que aparece publicado en el diario El Tiempo de Colombia del 25 de junio de 2006, titulado “Los óvulos se volvieron un mercado fecundo”, donde se reseña casos reales de colombianas que se promocionan en la web para donar sus óvulos, a cambio de grandes sumas de dólares.

También es una realidad la manipulación genética que practican muchos centros dedicados a la reproducción asistida (sea con el fin de evitar taras o enfermedades graves, seleccionar el sexo del bebé, o predeterminar ciertas características físicas o psicológicas), con el propósito de modificar la [información](#) y el caudal genético de la especie (en Venezuela según publicación del 28 de junio de 2006, en el diario El Nacional, “Logran ...(por primera vez con éxito)... embarazo con selección de sexo del bebé”).

Respecto a este punto la Sala, aun cuando consciente de que el tema reviste importancia por las consecuencias éticas y jurídicas que su practica conlleva, se abstendrá en esta oportunidad de emitir pronunciamiento, y lo hará en el momento que se presente alguna acción relacionada con este punto tan delicado que, sin lugar a dudas, ante una ausencia de regulación normativa puede trastocar el fin primordial de la reproducción asistida y lo referente al genoma humano, como bien jurídico protegible.

En esta oportunidad sólo inquieta a la Sala, el hecho de que a la par de que existen estos bancos de semen, que hoy en día han permitido a muchas mujeres cumplir sus sueños de ser madres, la circunstancia de que a los donantes de semen le es garantizada la confidencialidad de sus datos (permanecer en el anonimato, véase como ejemplo el artículo 21.1 de la Ley 14/2006 de España sobre reproducción asistida) choca con el derecho que tiene todo hijo de conocer la identidad de sus progenitores; derechos ambos, el de procrear y el de conocer la identidad de los padres, consagrados en los textos constitucionales de muchos países, como el nuestro, y reconocidos por instrumentos internacionales como antes lo apuntó la Sala, la cual señala que ésta no es la oportunidad para decidir sobre este tema.

Por otra parte, llama también la atención de esta Sala el tema de las madres de alquiler o gestantes subrogadas. Estas madres “...*llevan a cabo la gestación de un nasciturus y su alumbramiento, ante la imposibilidad física de realizarlo por parte de una determinada mujer que desea ser madre, de modo que una vez nacido tal hijo sea considerado hijo de la*

mujer que desea tenerlo y que no puede tenerlo. Así podría darse el caso de un niño con tres madres, una que aporta el material genético, otra que lo gesta y lo da a luz y otra que tiene la patria potestad. En este aspecto se podría producir un dilema ético e incluso legal si llegado el caso una de las dos primeras quisiera considerar el hijo como suyo pero en España la maternidad viene determinada legalmente por el parto” (Laura Rosell Roldán, Estudio Ético-Legal sobre la Reproducción Asistida, trabajo publicado en la página web www.uclm.es/ab/enfermeria).

La maternidad subrogada ha sido definida por el informe Warnock (Reino Unido) como “[...]la práctica mediante la cual una mujer gesta o lleva en su vientre un niño para otra mujer, con la intención de entregárselo después que nazca” (definición tomada del trabajo “Breve aproximación en torno a la problemática de la maternidad subrogada”, de María Eleonora Cano, publicado en la página web www.revistapersona.com.ar).

En este aspecto, conviene mencionar que la novísima Ley 14/2006, 26 de mayo, de España sobre Técnicas de Reproducción Asistida, dispone respecto a este tema, en su artículo 10, lo siguiente:

“Artículo 10. Gestación por sustitución.

- 1. Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero.*
- 2. La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto.*
- 3. Queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales”* (negritas de este fallo).

Dicha referencia se hace sólo a título ilustrativo, pues mientras se dicte una ley que regule los principios bioéticos previstos en el artículo 127 de la Constitución, la Sala, ante la realidad y la cobertura constitucional que en esta materia debe existir, no quiere pasar por alto el hecho de que frente a la práctica de estas técnicas de reproducción asistida, por medio de donante de esperma, óvulo y/vientre, lo importante en todo caso es que en materia de filiación, se otorgue la paternidad y maternidad a quienes hayan manifestado y realmente tenido la voluntad procreacional, es decir, la voluntad y el afecto para tener su descendencia, y no a quienes han prestado un servicio para que esa reproducción asistida tenga éxito.

C) CAPACIDAD

La capacidad jurídica o de goce es la aptitud para ser titular de deberes y derechos; mientras que la capacidad de obrar está referida a la posibilidad de realizar actos jurídicos por voluntad propia.

La diferencia entre una y otra radica en que “...*la primera la tenemos todas las personas, pues ella viene asociada a la noción de personalidad (...), en tanto que la capacidad de obrar algunas personas naturales no la poseen, de manera que no puede actuar por su propia voluntad, sino a través de otras personas capaces de obrar que subsanan su capacidad de ejercicio...*” (Domínguez Guillén, ob. Cit. p.33).

En el presente caso, la actora tiene capacidad jurídica y de obrar como también la tuvo en vida su cónyuge fallecido; tan es así que ejercieron la capacidad, al contraer matrimonio el 19 de agosto de 2004 (v. folio 9 de la pieza principal), después de haber tenido una unión de hecho estable y permanente (v. folio 10 de la misma pieza). Por lo tanto, no podrían ser estimados como incapaces de realizar o hacer declaraciones de voluntad dirigidas a producir efectos jurídicos, como en este caso lo serían la solicitud de criopreservación de semen y la disposición que del mismo hiciera en documentos privados el ciudadano Dilmar José Godoy Mendoza.

Ahora bien, se ha presentado aquí la disyuntiva de sí la actora puede o no disponer de esa muestra seminal criopreservada (a solicitud de su esposo fallecido) a los fines de que sea descongelada para su utilización en el método de reproducción asistida que le fue sugerido por el Grupo Médico de Fertilidad C.A. que aquí ha sido señalado como agravante. Para lo cual la Sala estima necesario referirse a la Ley sobre Transplantes de Órganos y Materiales Anatómicos en Seres Humanos, la cual en su artículo 1 dispone que:

“Artículo 1º.- *El transplante o la disposición de órganos, tejidos, derivados o materiales anatómicos provenientes de seres humanos, con fines terapéuticos, de investigación y de docencia, se rige por las disposiciones de esta Ley. Se excluyen de los requisitos de esta Ley, los cabellos y las uñas. También la sangre y sus componentes, ovarios, óvulos y esperma pero en estos casos deberá siempre solicitarse la aceptación del donante y el receptor, si este último no pudiera, de los parientes previstos en el artículo 17”* (resaltado de este fallo).

“Artículo 2: *Para los efectos de esta Ley se entiende por:*

1º. Transplante: La sustitución, con fines terapéuticos, de órganos, tejidos, derivados o materiales anatómicos por otros, provenientes de un ser humano donante, vivo o muerto.

2º. Disposición: El acto o conjunto de actos relativos a la obtención, preservación, utilización, suministro y destino final de órganos, tejidos y sus derivados, [productos](#) y cadáveres, incluyendo los de embriones y fetos.

3º. Donante: El ser humano a quien, durante su vida o después de su muerte, bien sea por su propia voluntad o la de sus parientes, se le extraen órganos, tejidos, derivados o materiales anatómicos con el fin de utilizarlos para transplante en otros seres humanos, o con [objetivos](#) terapéuticos.

4º. Receptor: El ser humano, en cuyo cuerpo podrán implantarse órganos, tejidos, derivados o cualquier otro material anatómico mediante procedimientos terapéuticos.

5º. Órgano: Entidad morfológica compuesta por la agrupación de tejidos diferentes que concurren al [desempeño](#) de la misma [función](#).

6º. Tejido: Entidad morfológica compuesta por la agrupación de [células](#) de la misma [naturaleza](#) y con una misma función.

7º. Derivados: Los productos obtenidos de tejidos, que tengan aplicación terapéutica, diagnóstica o de investigación.

8º. Cadáver: Los restos integrados de un ser humano en el que se ha producido [la muerte](#).

9º. Ser Humano: Todos los individuos de la especie humana.

10. Muerte: Hay muerte clínica cuando se produce la ausencia de todos los signos vitales o, lo que es lo mismo, la ausencia total de vida”.

“**Artículo 17:** Para los efectos de esta Ley son parientes:

- a. El cónyuge no separado de cuerpos.
- b. Los ascendientes.
- c. El concubinario o concubina que para el momento de la muerte haya convivido con el donante.
- d. Los descendientes.
- e. Los padres adoptantes.
- f. Los hijos adoptivos.
- g. Los parientes colaterales hasta el tercer grado de consanguinidad.
- h. Los parientes afines hasta el segundo grado de afinidad.
- i. A falta de los anteriores, la persona con quien últimamente haya convivido el donante.

Cuando los parientes determinados dentro de un mismo literal de este artículo, y en ausencia de otro, manifiesten su voluntad encontrada, prevalecerá la de la mayoría; a todo evento, tendrá [valor](#) la prioridad de derechos dentro del orden señalado. En caso de empate se entenderá negado el consentimiento”

“**Artículo 18:** Perderán sus derechos consagrados en el artículo anterior:

- a. El cónyuge que se encuentre incurso en una cualquiera de las causales únicas de [divorcio](#), de conformidad al artículo 185 del [Código Civil](#).
- b. Los incapaces de suceder como indignos, de conformidad al artículo 810 del [Código Civil](#)”.

Así se desprende que la disposición del esperma, la cual está excluida del cumplimiento de los requisitos previstos en la Ley de Transplantes de Órganos y Materiales

Anatómicos en Seres Humanos, exige la aceptación del donante y del receptor. Por tanto, al no tratarse de un caso de transplante, para realizar la fecundación in Vitro con semen de una persona fallecida no se requiere de la exigencia prevista en el artículo 16 de la mencionada Ley, que dispone:

“Artículo 16.- Los órganos, tejidos, derivados o materiales anatómicos podrán ser retirados de cadáveres con fines de transplante a otras personas, en los siguientes casos:

a) Cuando conste la voluntad dada en vida por la persona fallecida, la cual prevalecerá sobre cualquier parecer de las personas indicadas en el artículo 17. Esta manifestación de voluntad podrá ser evidenciada, entre otros documentos, en Tarjeta de Donación Voluntaria, cédula de identidad, pasaporte, licencia para conducir vehículos, tarjetas de crédito o en cualquier documento público o privado, como las planillas de admisión de hospitales y otros establecimientos calificados para hacer transplantes”.

En el caso de autos, existe una clara aceptación de la receptora quien es la actora, lo que se discute justamente es la aceptación o no del donante, ciudadano DILMAR GODOY, respecto a lo cual se pronunciará en forma definitiva esta Sala más adelante.

C.1) FECUNDACIÓN NO CONSENTIDA

Es preciso señalar que, aun cuando lo planteado aquí está relacionado con la expresión o no del consentimiento del esposo de la actora para la practica de la fecundación in Vitro, no es este un caso de hurto de semen, en el cual el hombre al cual éste pertenece desconoce las intenciones de la mujer, quien tiene relaciones sexuales para tomar la muestra (y lo hace valiéndose de los restos en un preservativo o por otra vía, o lo obtiene de una persona recién fallecida), como ha sucedido en la realidad, con el fin de practicarse una técnica de reproducción asistida sin el consentimiento de la persona de quien proviene el semen.

A juicio de esta Sala, en estos supuestos hay que distinguir si se trata de un matrimonio o de quienes mantienen una relación concubinaria, de quien obtiene el semen de persona con quien tiene una relación ocasional.

En los dos primeros supuestos hay filiación obligatoria, mientras que en el último hay que hacer otra distinción, quienes tienen sexo consensuado, corren el peligro de procrear, así se utilicen preservativos tanto por el hombre como por la mujer, que pueden fallar, y tal peligro sigue en pie si la mujer obtiene -en esta última situación- de alguna manera el semen del hombre.

El hijo nacido de la inseminación con el semen recogido de manera artificiosa podrá reclamar la filiación que le corresponde y exigir de sus padres los derechos que le otorga el artículo 76 constitucional; al fin y al cabo él es el producto, así sea atípico, de una relación sexual.

Distinta tiene que ser la situación si el semen es recogido fuera de una relación sexual personal de cualquier tipo, o los óvulos son hurtados del centro médico que los tenía, o son manipulados para que los fecunde persona distinta a la que escogió la mujer.

Surge así una contradicción entre los derechos del niño que nacerá, de conocer y ser asistido por sus padres, y el de la dignidad del padre o madre timados por el ilegal uso del semen o los óvulos, cuyos derechos al desarrollo de la personalidad se ven afectados por un hijo no querido, y que por lo regular será rechazado. Violándosele a uno de los padres el derecho que le otorga el artículo 76 Constitucional, de decidir libre y responsablemente el número de hijos o hijas que desea concebir.

A juicio de esta Sala, en casos como éstos, donde por una actividad ilegítima de alguien, nace un hijo no deseado por alguno de los padres biológicos, con la carga psíquica contra el hijo, que implica su rechazo, debe armonizarse la posición del padre o madre defraudado, con los derechos del niño de conocer y ser asistido por sus padres.

En este otro plano no debería ser perjudicado totalmente el padre o la madre objeto de un fraude producto de la reproducción asistida, y por ello, la Sala si bien considera que constitucionalmente (y es de orden público), el hijo tiene el derecho de conocer a su padre biológico, incluso para poder informar a los médicos sobre sus antecedentes genéticos, así como el derecho de utilizar los apellidos del padre o la madre, para armonizar con los derechos violados al padre o a la madre (y hasta a ambos, si fuese el caso, como podría ocurrir si se utilizare un vientre prestado), considera que el así nacido carece de derechos alimentarios y sucesorales con respecto al progenitor, por ser producto de una manipulación indigna.

En relación con la fecundación no consentida, merece la pena comentar que la Ley 599 de 2000 de Colombia (Código Penal), en su artículo 108 sanciona la muerte de un hijo fruto de acceso carnal violento, abusivo o de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas, de la siguiente forma:

“...La madre que durante el nacimiento o dentro de los ocho (8) días siguientes matare a su hijo, fruto de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, o abusivo, o de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas, incurrirá en prisión de cuatro (4) a seis (6) años”.

Igualmente, tratándose de supuestos donde no hay consentimiento del donante, a manera de ilustración cabe aquí la referencia a un caso resuelto el 31 de julio de 2003, por el Juzgado de Primera Instancia N° 13 de Valencia, España (tomado de la página web www.codigo-civil.net), en el cual se declaró que la parte promovente se encuentra incurso en situación de separación de hecho respecto de su esposo, pudiendo en consecuencia la misma someterse a técnicas de reproducción asistida sin necesitar para ello del consentimiento del mismo. Ello basado en lo siguiente:

“...teniendo en cuenta que, según ya se ha referido anteriormente, el único interés perseguido por la promovente es el de poder ser madre a través de la reproducción asistida, y que su esposo se encuentra desde hace más de once años e estado de coma vigil irreversible, no se aprecia sin embargo la concurrencia en el presente caso de obstáculo legal alguno para que la misma pueda libre y lícitamente ser usuaria de técnicas de reproducción asistida con semen procedente de donante anónimo, ya que es lo cierto que aquí, evidentemente, se da la situación de separación de hecho del matrimonio contemplada en el ya citado art. 6-3 de la ley. En este sentido, desde la perspectiva del fin de la norma, el estado de coma del marido cuadra perfectamente con la situación de separación de hecho aludida en el art. 6-3, ya que este precepto no pretende otra cosa que evitar la determinación legal de paternidades matrimoniales subrepticamente constituidas a través del uso, a espaldas del marido, de las técnicas de reproducción asistida, de ahí que la necesidad del consentimiento marital resulte eliminada para los casos que, por no haber convivencia conyugal, no pueda generarse duda alguna sobre la eventual paternidad del esposo, y correlativamente, que esa misma falta de necesidad del consentimiento es aplicable al supuesto de autos, en el que, evidentemente, el hijo que pueda tener la promovente no podrá nunca serlo también de su esposo, al encontrarse el mismo en estado de coma vigil irreversible desde hace más de once años.

Por lo demás, y a pesar de la presunción de paternidad matrimonial que con carácter general rige en el ordenamiento civil español, no se aprecia empero la concurrencia en el supuesto planteado de ninguna especial dificultad para que, en caso de llegar a tener un hijo la promovente, el mismo no resulte inscrito en el Registro Civil como hijo también de su marido, ya que bastará para ello, al tiempo de comunicar el nacimiento ante dicho Registro, con aportar además un testimonio de la presente resolución o cualquier documentación médica fehaciente de la que resulte la situación en que se encuentra el esposo de la madre. Y finalmente, en la hipótesis de que, por descuido o por malicia, el así nacido fuese inscrito como hijo también del esposo, al amparo entonces de lo dispuesto en el art. 136-3 del Código Civil, una vez fallecido este último y dentro del año siguiente a ello, sus herederos podrían siempre impugnar judicialmente dicha paternidad”.

Resalta la Sala que la separación de cuerpos, al menos en Venezuela elimina el derecho sucesoral entre los cónyuges (artículo 823 del Código Civil).

C.2) CAPACIDAD PARA SUCEDER

Tanto el semen del hombre como los óvulos de las mujeres, son bienes biológicos no susceptibles de formar parte de los bienes sucesorales de las personas.

Mención sobre este tema merece el caso de Julie Garber comentado por María Eleonora Cano en el trabajo citado **supra**, la cual era “[...]una joven estadounidense que en 1995 y, a raíz de la detección de un cáncer decidió congelar sus óvulos e inseminarlos con esperma de un donante anónimo, a los efectos de preservar una futura maternidad que podría resultar dañada. Los embriones se congelaron pero en 1996 Julie falleció dejando expresa autorización en su testamento, para que dichos embriones fueran implantados en el vientre de una mujer; la elegida por los padres de la causante fue la señora Velloff.

La polémica judicial instaló epicentro en la circunstancia de que, dos meses antes la Corte de Apelación del Estado de California había declarado que los embriones, así como el esperma y los óvulos, no eran bienes asimilables a un trozo de tierra, un cheque u otros bienes; estableciendo, de este modo la indisponibilidad de los mismos por vía testamentaria”.

Ahora bien, según nuestra Ley sobre Transplantes de Órganos y Materiales Anatómicos en Seres Humanos, los órganos y tejidos no forman parte del mundo sucesoral, y aunque la Ley no regula la inseminación o reproducción asistida, ella contempla al semen y a los óvulos, por lo que deben tener el mismo status jurídico de los órganos, y así se declara.

Por otra parte, tanto el semen como los óvulos, pueden ser dispuestos por sus poseedores biológicos para que sean utilizados en vida o post mortem.

En ese sentido será necesario una manifestación de voluntad expresa o inequívoca según las circunstancias, que denote con claridad la autorización para que sean utilizadas en procesos de fecundación o en otro sentido, después de la muerte de quien autoriza. Así pues el testamento, en ese sentido equivale a un documento auténtico.

Tal manifestación de voluntad debe constar en documentos auténticos o privados, o por una combinación de éstos con otros elementos que prueban la voluntad y sus alcances.

Cuando tal manifestación expresa no existe, o no puede determinarse su alcance, a juicio de esta Sala, la utilización por parte de cualquiera de esos elementos biológicos es ilegal, a menos que se usen para salvar vidas en estado de necesidad. En consecuencia, dichos elementos deberán ser destruidos en un tiempo prudencial por su tenedor, una vez finalizada la obligación destinada a la reproducción asistida.

De allí que es ilegal extraer –si fuese posible- espermatozoides u óvulos de difuntos, que no hubiesen permitido en vida, tales operaciones; así sea el cónyuge superviviente quien ordene la extracción y subsiguiente reproducción asistida.

Sin embargo, el texto constitucional protege a la familia (artículo 75) y entiende la Sala que, en este último caso, se trata de una extensión de la familia, y el nacido mantendría vínculos filiales.

A juicio de esta Sala, la situación de los nacidos post mortem por sistemas de reproducción asistida, fuera de los plazos de los artículos 201 y 202 del Código Civil, sin autorización del donante sufren una disminución en sus derechos, en materia sucesoral, ya que conforme al artículo 809 del mencionado Código “*son incapaces de suceder los que en el momento de la apertura de la sucesión no estén todavía concebidos*”.

Infringir esta regla es en opinión de la Sala, crear un caos, si a medida que se liquidara la herencia, o después de partida, aparecieran nuevos herederos a reclamar la nulidad de lo actuado. Tal posibilidad la considera la Sala contraria al orden público.

De allí, que en principio, el no concebido para la fecha de la apertura de la sucesión no hereda al padre que aportó el semen, o a la madre que consigna el óvulo.

Pero, cuando la persona ha autorizado en vida la reproducción asistida, para que pueda realizarse post mortem, con persona señalada o señalable, hay una clara voluntad de que nazca alguien con la condición de hijo, a quien la Constitución y las leyes le reconocen el derecho de conocer a sus padres, lo que para esta Sala es un conocer integral y jurídico, y el artículo 809 del Código Civil debe ceder ante esta situación, ya que el conocer a qué tiene derecho este hijo, debe ser igual al de los otros hijos.

Claro está, que las autorizaciones falsas total o parcialmente podrán ser atacadas por cualquier interesado.

D) PRUEBAS CURSANTES EN AUTOS

D.1.- Original del Acta de Matrimonio celebrado entre la actora y el ciudadano DILMAR JOSÉ GODOY MENDOZA, quien fuera titular de la cédula de identidad N° 15.573.463, el 19 de agosto de 2004. Se trata de un documento público que merece plena fe y prueba dicho acto.

D.2.- Original de Constancia de Concubinato de los prenombrados ciudadanos, emitida por la Prefectura del Municipio Libertador el 19 de septiembre de 2001. Constancia que se desecha por carecer de valor probatorio; ya que la Prefectura carece de tal competencia.

D.3.- Original de Acta de Defunción del ciudadano DILMAR JOSE GODOY MENDOZA, a causa de “INSUFICIENCIA RESPIRATORIA METASTASIS PULMONAR SARCOMA DE EDWIN”, levantada el 15 de noviembre de 2004. Se trata de un instrumento público que merece plena fe y demuestra la muerte y las causas, y así se declara.

D.4.- Comunicación en original suscrita por el Dr. Ibrahim Reyes, de la Clínica de Fertilidad del Centro Médico Docente La Trinidad, dirigido a la ciudadana YAMILEX COROMOTO NÚÑEZ DE GODOY, con fecha 24 de febrero de 2005, en la cual se lee, lo siguiente:

“...En respuesta a su solicitud de utilizar el semen congelado en nuestra Clínica de Fertilidad y perteneciente a su fallecido esposo, DIGMER Godoy, cumplo en comunicarle que consultamos a nuestro abogado asesor, especialista en asuntos médico-legales, el cual nos indicó que, de acuerdo a la documentación suministrada y a los antecedentes del caso, no procede practicar bajo ningún concepto una inseminación con dicho semen, como tampoco procede entregarlo para que sea eventualmente utilizado para una inseminación en otro lugar. Por otra parte, como consecuencia de lo anterior y por estar vencida la autorización del Sr. DIGMER Godoy para la conservación de dicho semen, le informamos que el mismo será desechado”.

Se trata de un documento auténtico, ya que no fue desconocido por la parte accionada, y que prueba su contenido.

D.5. Copia de recibo emitido por el Grupo Médico de Fertilidad C.A. del Centro Médico Docente La Trinidad a DILMAR GODOY con fecha 9 de junio de 2003, por

concepto de pago de consulta, congelamiento de semen y almacenamiento por dos años. Dicho documento al no ser desconocido, se reputa emana de su autor y prueba su contenido.

D.6.- Original del informe médico suscrito por el Dr. Ibrahim Reyes, dirigido a la Sra. Isabel Pinto de Bancentro, en el cual certificó que la paciente YAMILEX COROMOTO NÚÑEZ “...ha sido evaluada ya que presenta un problema de Infertilidad primaria matrimonial, debido a que su pareja el Sr. Dilmar José Godoy Mendoza, titular de la C.I. 15.573.463, le ha sido diagnosticado un Sarcoma de Ewing extraesquelético, por lo que se le ha dado tratamiento de radiaciones y quimioterapia; para preservar su fertilidad se le congelaron muestras de semen antes de recibir dicho tratamiento...” (véase, folio 73 de la pieza principal). Documento que al no ser desconocido adquiere certeza legal de quien emana.

D.7.- Original y copia de la solicitud de criopreservación de semen, con fecha 5 de junio de 2003 (véanse folios 80 y 81 de la pieza principal). Documento que no ha sido desconocido ni impugnado y que se reputa por ello auténtico y prueba su contenido.

D.8.- Original de la comunicación suscrita por la Dra. Lorena Lion, Médico Oncólogo del Instituto Oncológico “Luis Razetti”, dirigida a Seguros Bancentro, del 15 de septiembre de 2003, en la cual le indica –entre otras cosas- refiriéndose al ciudadano DILMAR GODOY que: “[...]Debido al tratamiento de Quimioterapia actualmente presenta nivel espermático muy bajo casi nulo por lo que se dificulta la posibilidad de descendencia por los momentos, cuadro que puede durar tiempo indefinido incluso a durar años en algunos casos. Por este motivo me dirijo a Ustedes en la posibilidad de brindar ayuda a este paciente y a su pareja con el fin de poder llevar a cabo sus deseos de tener familia pronto”. Instrumento que ha sido aceptado por las partes.

D.9.- Original de la decisión cautelar emanada del Juzgado que conoció en primera instancia del amparo propuesto, en la cual acordó suspender la destrucción del líquido seminal del ciudadano DILMAR JOSÉ GODOY MENDOZA, “...a los fines de que tomen todas las medidas legales pertinentes que aseguren el cumplimiento de lo ordenado. Esta prohibición de ejecución se decreta por el lapso de 45 días continuos contados a partir de esta fecha o hasta que este Juzgado publique la sentencia que abrace este amparo, lo que suceda primero...” (ver, folio 14 de la pieza principal).

D.10.- Original DE LA COMUNICACIÓN SUSCRITA POR EL Dr. Ibrahim Reyes en su carácter de Director del Grupo Médico de Fertilidad C.A., y dirigido a esta Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, de fecha 28 de marzo de 2006, en el cual se lee, lo siguiente:

“[...]en respuesta a su oficio N° 06-1438 de fecha 15-03-2006, el cual fue recibido por nosotros el día viernes 24 de marzo del 2006 y en el cual nos indica ser respondido en un lapso de 48 horas a partir, le comunico que nuestra Clínica de Fertilidad mantiene criopreservado en el laboratorio de fertilidad la muestra de semen suministrada por el ciudadano Filmar José Godoy Mendoza”.

Dicho documento no ha sido desconocido, ni impugnado, por lo que se reputa emanada del Grupo Médico de Fertilidad C.A. y prueba su contenido. Así se declara.

E) ANÁLISIS CONCRETO DEL AMPARO PROPUESTO

Tomando en cuenta los hechos alegados por la parte actora como lesivos de los derechos constitucionales indicados **supra**, así como la trascendencia especial de las circunstancias que rodean a esta acción de amparo constitucional, puesto que se originó con ocasión a la negativa de una actividad médico-científica que también la Sala ha estudiado, y teniendo en consideración cada una de las pruebas cursantes en las actas que conforman el presente expediente, la Sala avocada al conocimiento de la presente acción de amparo constitucional, la cual fue declarada en una primera instancia sin lugar, decide –de manera expresa, positiva y precisa- dicha acción con fundamento en las siguientes razones de hecho y de derecho:

No ha sido controvertido el hecho de que los ciudadanos YAMILEX COROMOTO NÚÑEZ DE GODOY y su difunto esposo DILMAR JOSÉ GODOY MENDOZA, acudieron al Grupo Médico de Fertilidad C.A. del Centro Médico Docente La Trinidad, en fecha 5 de junio de 2003 con el fin de preservar muestra seminal del referido ciudadano, quien iba a ser sometido a tratamiento químico, por padecer de “Sarcoma de Ewing metastásico a hueso”.

Está demostrada en autos que dicha muestra seminal fue tomada por la parte accionada y que aun la preserva –según informó a esta Sala en fecha reciente bajo el proceso de “criopreservación” o “crioconservación” (técnica de conservación donde se utiliza nitrógeno líquido a -196 grados centígrados tanto para el semen como para embriones).

A juicio de esta Sala, el tiempo que lleva la muestra seminal en congelación no acarrearía problema alguno a pesar de haber transcurrido los dos años previamente fijados, por cuanto leyes como la española regulatorias de la materia fijan como tiempo máximo de duración para la criopreservación el lapso de cinco años; no obstante, hay quienes consideran que:

“Los datos científicos acumulados muestran que la congelación de semen, espermatozoides o tejido testicular puede prolongarse sin merma de su seguridad. Por otro lado, la práctica médica actual ha hecho posible que hombres en edad reproductiva afectados de patologías que ocasionan esterilidad, puedan beneficiarse preventivamente de la crioconservación de semen y espermatozoides. En consonancia con estas realidades, se hace aconsejable eliminar las limitaciones contenidas en el artículo 11.1 de la Ley 35/1988 para el mantenimiento del semen congelado durante cinco años. La solución más adecuada parece la supresión del citado plazo, permitiendo la congelación del semen por tiempo indefinido” (RESUMEN GENERAL DEL INFORME ANUAL, 1998, hecho público el 3 de Marzo de 1999, de la. COMISIÓN NACIONAL DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA I tomado de www.cerezo.pntic.mec.es).

Ahora bien, lo que si ha sido controvertido en el presente caso han sido dos circunstancias, a saber:

1.- La voluntad del ciudadano DILMAR JOSÉ GODOY MENDOZA de que su muestra sea utilizada por la actora para aplicar una fertilización in Vitro (véase, entre otros folio 52 de la pieza principal, acta de la audiencia constitucional celebrada el 21 de junio de 2005).

2.- El hecho de que el referido ciudadano padeció una enfermedad que podría ser hereditaria (véase, entre otros folios 53 y 54 de la pieza principal, acta de la audiencia constitucional celebrada el 21 de junio de 2005).

Con respecto a la primera circunstancia, la Sala debe resaltar la importancia que ésta tiene para decidir un caso como éste y los que a futuro puedan presentarse, ello sin restarle a la segunda circunstancia la magnitud que tiene. Pero es que precisamente, este primer hecho controvertido es el fundamento central del juez que conoció en primera instancia constitucional, para declarar sin lugar la petición de la actora.

Al respecto, la Sala observa, el fallo en consulta consideró que era necesario el consentimiento del ciudadano DIMAR GODOY para que la muestra de su esperma pueda ser utilizada (ver, folio 62 de la pieza principal). Pero resulta que este ciudadano falleció y

para el Tribunal de primera instancia como no existe una manifestación de voluntad dada en un testamento, sencillamente la acción es "...impróspera".

Considera esta Sala que la entrega de la muestra seminal a una institución como la Clínica de Fertilidad del Centro Médico Docente La Trinidad, dedicada a la aplicación de tratamientos de fertilización asistida implica la expresión directa y específica de la voluntad de DILMAR GODOY, de que se ponga en práctica uno de los métodos de reproducción asistida, siendo la receptora del semen su esposa, como surge de las pruebas antes analizadas. Para contrarrestar esta voluntad se requerirá que una de las personas a que se refiere el artículo 1 de la Ley de Transplantes de Órganos y Materiales Anatómicos en Seres Humanos (el cual se refiere a la esperma sólo en lo que se refiere a aceptación de donante y receptor de la misma, entre los exceptuados del cumplimiento de los requisitos previstos en dicha Ley), o en su defecto una de las nombradas en el artículo 17, se oponga a dicha voluntad con una razón motivada en un acto que genere la certeza de que quien actuó de una forma cambió de parecer, y ese no es el caso de autos.

No puede la institución médica, en este caso, el Grupo Médico de Fertilidad C.A., que tiene un compromiso previamente pactado con la actora y su cónyuge fallecido (v. artículo 1264 del Código Civil), negarse, pues existe en autos documento posterior a la solicitud de criopreservación (autorización del 22 de febrero de 2004) que revela de manera patente que el ciudadano DILMAR GODOY, quien ostentaba capacidad de goce y de disposición, manifestó la voluntad procreacional, específicamente a través del procedimiento de reproducción asistida con la muestra custodiada por el Centro Médico Docente La Trinidad, en los términos siguientes:

*"...autorizo a la ciudadana **YAMILEX COROMOTO NÚÑEZ**, titular de la Cédula de Identidad N° V-14.757.789, Quien actualmente es mi 'Concubina' de profesión T.S.U. Administración Mención Empresas, para que se encargue de realizar, agilizar, retirar y efectuar todas aquellas diligencias pertinentes a mi nombre y/o a solicitud tales como: El pago de sueldo correspondientes a mis quincenas, tramites de mi cuenta de ahorro (Banco Mercantil) y la que poseemos a nombre de los dos (Banco Fondo Común), Tramitación de Título Universitario y en fin el de cumplir mi gran sueño el someterse a futuro en la procreación de hijos a través de 'Encimación (sic) Artificial' ya que por razones ajenas a mi voluntad no podré ejercerlo como lo manda la Ley de Dios, cuyo espermatozoide se encuentra custodiado a través del Centro Médico Docente La Trinidad, desde el mes de **Junio 2.003**,*

Médico tratante: Dr. Hibraim Reyes ...” (ver, original cursante en el folio 78 de la pieza principal).

Y para que esta manifestación de voluntad pierda validez, hace falta otra que le reste certeza respecto al deseo del fallecido, lo cual consistiría en la manifestación escrita de que su esperma fuese destruida en el caso de fallecer, y éste no es el supuesto de autos, muy el por el contrario pocos meses antes de su fallecimiento, dicho ciudadano contrajo matrimonio civil con la actora.

De esta forma, la situación jurídica que denuncia infringida la actora, y que pide a esta Sala sea restablecida, no es más que el reconocimiento de la relación familiar que tenía con dicho ciudadano en virtud de su unión matrimonial y el deseo de ambos de tener descendencia, de manera que se cumpla con la voluntad procreacional que ambos manifestaron y para lo cual acudieron a la sede donde funciona la parte accionada. Voluntad procreacional que quedó demostrada con las pruebas cursantes en autos y que han sido narradas y analizadas en este fallo.

Contrariamente a lo señalado por el ciudadano Rafael Aguiar Guevara, en su condición de Presidente-Fundador de la Asociación Venezolana de Derecho Médico, en escrito presentado ante la primera instancia constitucional en el cual solicitó se le tuviera como tercero coadyuvante, condición que le fue negada por dicho Juzgado, la indicación de una negativa en el formato de solicitud de criopreservación de su muestra seminal, no puede conllevar a la negativa de ejercicio de derechos constitucionales a favor de una persona como la actora, en la cual no sólo ya existía una expectativa legítima de derecho de procrear, sino que además tenía un tratamiento médico con la parte señalada como agravante para la ejecución de una fecundación asistida, lo cual en legislaciones que regulan la materia en otros países como España, presume otorgado el consentimiento del cónyuge (ver, artículo 9.2 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida).

Así mismo, respecto a la filiación paterna establece el artículo 204 del Código Civil, lo siguiente:

“Artículo 204: El marido no puede desconocer al hijo alegando su impotencia, a menos que sea manifiesta y permanente.

El desconocimiento no se admitirá, aun en ese caso, cuando la concepción ha tenido lugar por la inseminación artificial de la mujer con autorización del marido” (negrillas de este fallo)

De manera que el ejercicio del derecho de la actora de procrear, ejercer la maternidad, no supondría la negación para el posible descendiente de los derechos civiles y sociales a que tiene derecho, entre otros, por la Constitución y las leyes venezolanas, ya que se trataría de un descendiente del matrimonio. De allí que la Sala tiene por dado el consentimiento libre, consciente y formal del ciudadano DILMAR GODOY a la actora, ciudadana YAMILEX COROMOTO NÚÑEZ DE GODOY, de someterse a una fecundación in Vitro con la muestra de su semen, la cual se encuentra criopreservada en la sede de la parte accionada. Así se decide.

Con respecto a la segunda circunstancia controvertida, esto es, el hecho de que la enfermedad padecida por el ciudadano DILMAR GODOY pueda ser heredada en caso de ser positiva la fecundación in vitro, la Sala observa lo siguiente:

El sarcoma de Ewing “...es un tipo específico de tumor óseo maligno (canceroso) que afecta a los niños”, el cual “...se presenta en cualquier momento de la niñez, pero generalmente se desarrolla en la pubertad cuando los huesos están creciendo rápidamente. ...Omissis... El tumor puede originarse en cualquier parte del cuerpo, generalmente en los huesos largos de las extremidades, la pelvis o el tórax, al igual que en el cráneo o en los huesos planos del tronco. Los síntomas son pocos. El más común es el dolor y, ocasionalmente, inflamación en el sitio del tumor. Los niños pueden romperse un hueso en el sitio del tumor después de un trauma aparentemente menor (fractura patológica) y también puede presentarse fiebre. El tumor se disemina fácilmente (metástasis), por lo general, a los pulmones y a otros huesos. Al momento del diagnóstico, la metástasis está presente en aproximadamente un tercio de los niños” (tomado de la página web www.nlm.nih.gov/medlineplus).

Respecto al factor de riesgo del cáncer de hueso, se observa que “...aunque los científicos no están seguros de la causa del cáncer de hueso, algunos factores pueden aumentar el riesgo para una persona. Estos cánceres ocurren con más frecuencia en niños y en adultos jóvenes. Ocurren especialmente en quienes han tenido tratamientos de radiación o de quimioterapia para otras enfermedades. Los adultos que tienen la enfermedad de Paget, una condición no cancerosa que se caracteriza por un desarrollo anormal de las células óseas nuevas, pueden tener un riesgo mayor de osteosarcoma. **Un número reducido de**

cánceres óseos son hereditarios. Por ejemplo, los niños que tienen retinoblastoma hereditario tienen un riesgo mayor de desarrollar osteosarcoma” (tomado de la página web www.ufaqs.com/cancerfacts). Negrillas de este fallo.

De allí que resulta contrario a lo pactado por el Grupo Médico de Fertilidad C.A. con los Sres. Godoy, el señalar como lo asevera el Sr. Aguiar Guevara que “[...]no es ético, ni científicamente aceptable, convalidar una inseminación artificial, con semen de DIGMER Godoy, por cuanto es un hecho fehaciente e indubitado su patología tumoral genético-hereditaria[...]”.

Lejano a la ética es recibir una muestra seminal de una persona con expectativas de vida, que ya ha manifestado las razones (afección de salud y tratamiento químico de una enfermedad) por las cuales requiere preservar dicha muestra, pues así se lo recomendó su médico oncólogo; adquirir un compromiso para practicar una actividad científica como lo es la fecundación in vitro, y luego negarse a ejecutarla con la excusa de que su descendencia puede heredar la enfermedad, cuando de ser así dicho Grupo Médico debió negarse al momento de ser efectuada la solicitud de criopreservación del semen, justamente para no contrariar principios médicos, morales y constitucionales, mucho menos para incumplir un compromiso contractual.

Dicha Clínica de Fertilidad al manifestar esos motivos para la negativa que es lesiva a la actora, se contradice con lo que señala en su página web www.fertilidad-cmdlt.com, que al promocionarse destaca que “...tiene una sólida experiencia y éxitos demostrados, así como tradición de innovación y excelencia, al haber sido pionera en el país en introducir nuevos procedimientos y ser líder tanto en el número de ciclos de fertilización asistida de alta complejidad iniciados como de bebés nacidos a partir de ellos”, y que “...**la selección del procedimiento de alta complejidad a utilizar con cada pareja se hace sobre la base de sus antecedentes y estudio previo**” (resaltado de esta Sala).

Cuando del acta de la audiencia constitucional realizada en el Juzgado Tercero de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y Tránsito de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas (ver, folio 55 de la pieza principal) se desprende que **no hubo un estudio previo de la muestra del espermatozoide**, para determinar si la enfermedad es transmisible o no al posible descendiente, pues en dicha acta se lee lo siguiente (negrillas de esta Sala):

“...Y al Tercero se le preguntó lo siguiente: En que se basa usted par afirmar que los genes de la muestra se encuentran afectados por la enfermedad del paciente. Contestó: ‘viene dada por los estudios e información bibliográfica’; inmediatamente la misma pregunta se le formuló a la querellada quien procedió a ofrecer el testimonio especializado del bioquimico (sic) ciudadano ROMANO PIRAS MAJTELES que el tribunal aceptó y éste contestó: ‘Este tipo de enfermedad tiene una alta transmisibilidad no en el 100% de los casos, habría que estudiar los cromosomas del paciente, y en el presente asunto no se dio el estudio para tener certeza si la muestra es normal o no’...”.

La genética moderna permite entender cómo se heredan las enfermedades genéticas basándose en el ADN, genes y cromosomas. De allí que en este caso, el antecedente de cáncer de hueso por parte del difunto Sr. Godoy, no es un motivo suficiente para la negativa a practicar la técnica de reproducción asistida que ya había sido pactada, mucho menos sin la existencia de un estudio previo de la muestra de su semen (técnicas de diagnóstico preimplantacional, regulada en España en el artículo 12 de la novedosa Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida), siendo además que hoy en día se practican técnicas terapéuticas sobre el preembrion vivo in vitro que tratan una enfermedad si la misma existe o impiden su transmisión, por lo que la Sala considera potestativo de la actora que, en el presente caso, se efectúe dicho examen, a los fines de determinar la probabilidad de transmisión de su padecimiento, pues ello en todo caso no obsta para que la actora lleve a cabo la reproducción asistida; de estimarse necesario dicho examen lo realizará el Instituto de Medicina Experimental de la Universidad Central de Venezuela, por medio del Laboratorio de Genética Humana y Experimental, que -como reseña la página web www.med.ucv.ve.com- “[...]es el Centro Nacional de Genética del Ministerio de Sanidad y Asistencia Social y en dicho Centro se realizan actividades tales como: 1.- Asesoramiento genético. 2.- Consulta a pacientes con riesgo de problemas genéticos. 3.- Estudios cromosómicos”.

Ello así, por ser dicho ente, especializado en la materia y ajeno a esta controversia, a los fines de preservar la objetividad en la realización del estudio, y a expensas de la parte actora, y no del ente accionado como ésta lo pidió, pues de la voluntad e interés de la actora depende que el mismo se efectúe.

Por otra parte, de los recaudos cursantes en autos se evidencia que la actora inició una terapia hormonal, la cual fue interrumpida y en la actualidad no se ha llevado a cabo, la cual

es necesaria para la efectiva realización de la fecundación in Vitro, razón por la cual se ordena que se reinicie y complete tal tratamiento para que se efectúe dicho método de reproducción asistida, lo cual se hará a instancia de la actora, quien tiene un lapso de cuatro meses para decidir si la fecundación in Vitro se la practica el Grupo Médico de Fertilidad C.A. u otra institución médica a la cual trasladará la muestra de semen que deberá ser entregada por la parte accionada; o simplemente si desiste de practicarse dicha técnica de reproducción asistida, en cuyo caso deberá desecharse dicha muestra.

Con base en la motivación antes esbozada, la Sala estima que en el presente caso están dados los presupuestos para declarar parcialmente con lugar la tutela constitucional solicitada por la ciudadana YAMILEX COROMOTO NÚÑEZ DE GODOY, pues la actuación del GRUPO MÉDICO DE FERTILIDAD C.A. del CENTRO MÉDICO DOCENTE LA TRINIDAD, resulta evidentemente lesiva de los derechos constitucionales invocados por la actora, razón por la cual se revoca la decisión dictada por el Juzgado Tercero de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y Tránsito de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, que declaró sin lugar el amparo propuesto, y se le reestablece así la situación jurídica a la accionante. Así se decide.

Por último, esta Sala observa que en el presente caso se ha declarado parcialmente con lugar la solicitud de amparo y la parte demandada tenía razones para litigar, razón por la cual la Sala debe desechar tal solicitud. Así se declara.

VI DECISIÓN

Por las razones antes expuestas, esta Sala administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, declara

1.- REVOCA el fallo dictado el 27 de junio de 2005, por el Juzgado Tercero de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y Tránsito de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas.

2.- Declara PARCIALMENTE CON LUGAR la acción de amparo constitucional ejercida por YAMILEX COROMOTO NÚÑEZ DE GODOY, contra el GRUPO MÉDICO DE FERTILIDAD C.A. del CENTRO MÉDICO DOCENTE LA TRINIDAD. En consecuencia, se ordena completar el CICLO DE FERTILIZACIÓN IN VITRO en la persona de YAMILEX COROMOTO NÚÑEZ, a instancias de ella, con la muestra espermática del causante DILMAR JOSÉ GODOY MENDOZA, cumpliendo rigurosamente con todos los extremos exigidos para tal fin, incluyendo un estudio de cromosomas de la muestra espermática criopreservada, si así lo estima la actora, la cual será realizada por el Instituto de Medicina Experimental de la Universidad Central de Venezuela, por medio del Laboratorio de Genética Humana y Experimental, a las solas expensas de la ciudadana YAMILEX COROMOTO NÚÑEZ DE GODOY.

3.- Aunque es competencia natural de los Tribunales de Primera Instancia de Familia o de Niños y Adolescentes, a quienes correspondería esta declaración, esta Sala por haberse subrogado en los Tribunales nombrados, debido al avocamiento, reconoce la filiación de hijo matrimonial de quien naciere de esta reproducción asistida, y ordena su inscripción en el Registro del Estado Civil, con tal condición.

4.- Se fija un lapso de cuatro meses para que la accionante decida si la fecundación in Vitro se la practica el Grupo Médico de Fertilidad C.A. u otra institución médica a la cual trasladará la muestra de semen que deberá ser entregada por la parte accionada; o simplemente desista de practicarse dicha técnica de reproducción asistida, en cuyo caso deberá desecharse dicha muestra.

5.- Se exime de costas a la demandada, ya que la Sala considera que tenía motivos para litigar.

Publíquese, regístrese y notifíquese. Remítase copia del presente fallo al Juzgado Tercero de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y Tránsito de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas. Cúmplase lo ordenado.

Dada, firmada y sellada en el Salón de Audiencias de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en Caracas, a los 27 días del mes de julio de dos mil seis (2006). Años: 196 ° de la Independencia y 147° de la Federación.

La Presidenta de la Sala,

Luisa Estella Morales Lamuño

El Vicepresidente-Ponente,

Jesús Eduardo Cabrera Romero

Los Magistrados,

Pedro Rafael Rondón Haaz

Francisco Carrasquero López

Marcos Tulio Dugarte Padrón

Carmen Zuleta de Merchán

Arcadio Delgado Rosales

El Secretario,

José Leonardo Requena Cabello

05-1471

JECR/

...gistrado que suscribe disiente de la mayoría respecto del fallo que antecede por las siguientes razones:

1. La decisión de la que se discrepa declaró parcialmente con lugar la demanda que encabeza estas actuaciones y, en consecuencia, condenó a la demandada a que complete el ciclo de fertilización in vitro de la demandante con la muestra de esperma de quien fuera su cónyuge, con la inclusión de un estudio de cromosomas de la muestra espermática; además, reconoció la “filiación de hijo matrimonial” de quien naciere como producto de esa reproducción asistida y ordenó su inscripción en el Registro Civil con tal condición.

Para la fundamentación de tal decisión, la Sala estableció que:

“... la entrega de la muestra seminal a una institución como la Clínica de Fertilidad del Centro Médico Docente La Trinidad, dedicada a la aplicación de tratamientos de fertilización asistida e implica la expresión directa y específica de la voluntad de DILMAR GODOY, de que se ponga en práctica uno de los métodos de reproducción asistida, siendo la receptora del semen su esposa, como surge de las pruebas antes analizadas. (...)

No puede la institución médica, en este caso, el Grupo Médico de Fertilidad C.A., que tiene un compromiso previamente pactado con la actora y su cónyuge fallecido (v. artículo 1264 del Código Civil), negarse, pues existe en autos documento posterior a la solicitud de criopreservación (autorización del 22 de febrero de 2004) que revela de manera patente que el ciudadano DILMAR GODOY, quien ostentaba capacidad de goce y de disposición, manifestó la voluntad procreacional, específicamente a través del procedimiento de reproducción asistida con la muestra custodiada por el Centro Médico Docente La Trinidad, en los términos siguientes:

*‘...autorizo a la ciudadana **YAMILEX COROMOTO NÚÑEZ**, titular de la Cédula de Identidad N° V-14.757.789, Quien actualmente es mi ‘Concubina’ de profesión T.S.U. Administración Mención Empresas, para que se encargue de realizar, agilizar, retirar y efectuar todas aquellas diligencias pertinentes a mi nombre y/o a solicitud tales como: El pago de sueldo correspondientes a mis quincenas, tramites de mi cuenta de ahorro (Banco Mercantil) y la que poseemos a nombre de los dos (Banco Fondo Común), Tramitación de Título Universitario y en fin el de cumplir mi gran sueño el someterse a futuro en la procreación de hijos a través de ‘Enci-minación (sic) Artificial’ ya que por razones*

*ajenas a mi voluntad no podré ejercerlo como lo manda la Ley de Dios, cuyo espermatozoide se encuentra custodiado a través del Centro Médico Docente La Trinidad, desde el mes de **Junio 2.003**, Médico tratante: **Dr. Hibraim Reyes...**’ (ver, original cursante en el folio 78 de la pieza principal).*

Y para que esta manifestación de voluntad pierda validez, hace falta otra que le reste certeza respecto al deseo del fallecido, lo cual consistiría en la manifestación escrita de que su esperma fuese destruida en el caso de fallecer, y éste no es el supuesto de autos, muy el por el contrario pocos meses antes de su fallecimiento, dicho ciudadano contrajo matrimonio civil con la actora.

(...)

... la indicación de una negativa en el formato de solicitud de criopreservación de su muestra seminal, no puede conllevar a la negativa de ejercicio de derechos constitucionales a favor de una persona como la actora, en la cual no sólo ya existía una expectativa legítima de derecho de procrear, sino que además tenía un tratamiento médico con la parte señalada como agravante para la ejecución de una fecundación asistida, lo cual en legislaciones que regulan la materia en otros países como España, presume otorgado el consentimiento del cónyuge (ver, artículo 9.2 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida).”

1.1 En criterio del disidente, no hay elementos de juicio en el expediente que permitan concluir que la voluntad que expresó quien fuera cónyuge de la quejosa, de que se la inseminara con su semen, incluya la fecundación post mortem y, sin lugar a dudas, ello no puede presumirse ni inferirse; la manifestación de voluntad al respecto debe ser expresa.

Por el contrario, el examen del expediente revela, con absoluta claridad, que el fallecido **no** autorizó a su cónyuge “a retirar y utilizar la muestra por (él) entregada para intentar lograr un embarazo, sin requerirse (su) presencia ni ninguna autorización adicional de (su) parte”. En efecto, en el documento conformante del folio 81, el formulario de solicitud de criopreservación de semen, que fue suscrito por el hoy occiso, se lee que éste, de su puño y letra (salvo prueba en contrario) escribió “NO” en el campo en que habría ido el nombre de su entonces concubina si él hubiera querido que sí se le entregara la muestra en los términos que se transcribieron; ello, porque dicha cláusula de la solicitud indica: “**en caso de no estar de acuerdo, escriba NO en el espacio destinado al nombre de la pareja.**”

Al respecto, la Sala señaló que “*la indicación de una negativa en el formato de solicitud de criopreservación de su muestra seminal, no puede conllevar a la negativa de*

ejercicio de derechos constitucionales a favor de una persona como la actora, en la cual no sólo ya existía una expectativa legítima de derecho de procrear, sino que además tenía un tratamiento médico con la parte señalada como agravante para la ejecución de una fecundación asistida” (Subrayado añadido).

En criterio del salvante, por el contrario, esa negativa expresa, si acaso conllevara la “negativa de ejercicio de los derechos constitucionales” de la actora, lo haría en forma legítima, porque no se habría producido el indispensable requisito de manifestación de voluntad del donante, a tenor de la Ley de Transplantes ni, como se establece a lo largo de toda la decisión, la “voluntad procreacional” de aquél después de su muerte. Por ello, por el contrario, no hay violación alguna al derecho a la procreación de la actora, ni si quiera a una expectativa legítima de hacerlo, porque ese derecho, después de la muerte de su cónyuge, está indisolublemente ligado a la voluntad concordante de quien fue su marido con efectos post mortem, la cual no existe.

En este sentido, se discrepa, además, de la afirmación según la cual una eventual contradicción de la manifestación de voluntad que implica la entrega de la muestra de semen –contradicción que, se insiste, hizo el propio donante- tendría que hacerse ahora – después de su muerte- en la forma y por quienes determina la Ley de Transplantes.

El artículo 1 de la Ley sobre Transplantes de Órganos y Materiales Anatómicos en Seres Humanos dispone, sin embargo, que:

“El transplante o la disposición de órganos, tejidos, derivados o materiales anatómicos provenientes de seres humanos, con fines terapéuticos, de investigación y de docencia, se rige por las disposiciones de esta Ley. Se excluyen de los requisitos de esta Ley, los cabellos y las uñas. También la sangre y sus componentes, ovarios, óvulos y esperma **pero en estos casos deberá siempre solicitarse la aceptación del donante y del receptor**, si este último no pudiera, de los parientes previstos en el artículo 17.” (Subrayado añadido).

En efecto, esta Ley, expresamente, en su primer artículo, excluye al semen de sus requisitos y sujeta la validez de su donación únicamente a la aceptación de donante y receptor. Por otra parte, no haría falta acudir a esa Ley, que no es aplicable, para que se entienda que quedarían resguardados por el derecho común, los derechos de aquellos (causahabientes, familiares, etc.) que se sintieren afectados por la supuesta manifestación de

voluntad relativa a la donación con efectos post mortem o la falsedad de esa manifestación o la sustitución de esa voluntad por cambio de opinión posterior.

En todo caso, es clave la transcripción que se hizo de la autorización del hoy fallecido de la cual no puede inferirse en forma alguna que su “*gran sueño de someterse a futuro en la procreación de hijos*” (sic) incluya el período posterior a su muerte. Por el contrario, el examen concatenado de este documento con el formulario de solicitud de criopreservación de la muestra de semen, lleva a la **conclusión contraria: el donante quería tener control directo sobre dicha muestra**, el cual, como es evidente, no podría ejercer después de su muerte.

A la misma conclusión llegó el Ministerio Público (Cf. f. 82) –cuyos argumentos no se recogieron en la narrativa del acto decisorio en cuestión-, cuyo representante judicial pidió la declaratoria de improcedencia del amparo ante la ausencia de violación a derechos constitucionales, por cuanto, según expresó, no existe en el expediente documento alguno que demuestre la voluntad de que se lleve a cabo la inseminación post mortem.

A este respecto resulta irrelevante, en contrario de lo que asentó el fallo del que se disiente, el hecho del casamiento posterior del donante con la hoy quejosa con la ausencia de orden de destrucción de la muestra seminal, la cual estaría, por el contrario, implícita, en el límite temporal que tendría el acuerdo con el centro de fertilización, según se deduce del argumento de éste (al que sólo se hace somera referencia) de que la autorización se encontraría “vencida”. En efecto, en la factura que constituye el folio 76, por concepto de “almacenamiento de semen”, se lee que el pago que se hizo abarcó un período de dos años, presumiblemente a partir del 09 de junio de 2003, que es la fecha de expedición del documento, el cual presenta un sello que indica “cancelado”. Esta sería la vigencia del “compromiso” del Grupo Médico de Fertilidad C.A. que la Sala afirmó le impediría a éste negarse a la práctica de la inseminación después de la muerte del donante; por tanto, lógicamente, el “impedimento” ha debido tener el mismo límite temporal.

1.2 Las consideraciones acerca del carácter hereditario de la enfermedad del fallecido que se hicieron en el fallo del que se disiente serían irrelevantes ante el consentimiento de ambos padres, cuando exista (que no es el supuesto de autos); incluso son

irrelevantes, en este caso, ante el consentimiento únicamente de la receptora, porque consta en autos que ella conocía la enfermedad del donante –la cual, de hecho, fue el motivo de la crioperservación- cuando manifestó la que la Sala calificó de “voluntad procreacional”. El salvante no puede menos que apartarse, en forma vehemente, de la afirmación de la mayoría según la cual: “[l]ejano a la ética es recibir una muestra seminal de una persona (...); adquirir un compromiso para practicar una actividad científica como lo es la fecundación *in vitro*, y luego negarse a ejecutarla con la excusa de que su descendencia puede heredar la enfermedad, cuando de ser así dicho Grupo Médico debió negarse al momento de ser efectuada la solicitud de criopreservación del semen, justamente para no contrariar principios médicos, morales y constitucionales, mucho menos para incumplir un compromiso contractual.” La mera insinuación de la posibilidad de tal negativa da pie para que se piense que las personas con enfermedades hereditarias no podrían tener hijos, lo cual es inaceptable moral y legalmente, sin necesidad de mayor elaboración.

Por lo tanto, la Sala ha debido rechazar el pedimento de la quejosa en el sentido de que se hagan pruebas cromosómicas a la muestra seminal; es problema ajeno por completo a la justicia, el que la receptora del semen quiera comprobar o no el buen estado de aquella antes de la inseminación. Además, los conceptos en cuanto a la falta de ética porque no se hubo tomado en cuenta la posibilidad de transmisión de la enfermedad que mató al padre son trasladables, en primer lugar a la donataria de su semen.

También preocupan a quien discrepa del criterio mayoritario las siguientes interrogantes que la Sala no resolvió: ¿Cuántas veces se puede inseminar la quejosa de autos?, ¿Cuántos hijos puede tener de esa muestra seminal?; vale decir, ¿después de la ejecución de la sentencia que antecede, tendría derecho a volverse a inseminar para tener más hijos “matrimoniales” de su marido fallecido? En ausencia de una manifestación expresa de voluntad del hoy difunto, parece imposible hacer, en derecho y con justicia, estas precisiones. Como es sabido, en el proceso de inseminación se produce la fecundación de varios óvulos como garantía mayor de éxito en la implantación, pero no necesariamente se implantan todos los embriones a un tiempo, lo cual daría pie, hipotéticamente, a que la quejosa de autos volviera dentro de, por ejemplo, dos años, a plantear su pretensión de tener más hijos.

1.3 El reconocimiento de la filiación “de quien naciere de esta reproducción asistida” como “hijo matrimonial” constituyó evidente ultrapetita, ya que nada pidió al respecto la quejosa. Es indudable que si nace un niño como producto de la fecundación de un óvulo de la demandante con un espermatozoide de su cónyuge fallecido, es hijo de ambos, pero no puede ser hijo de un matrimonio que no existirá para el momento de su concepción puesto que la muerte de los cónyuges es causal de disolución del vínculo (Artículo 184 del Código Civil). En efecto, si una persona fue concebida después de la disolución del vínculo matrimonial por la muerte de uno de los cónyuges, ello es ajeno a la paternidad del fallecido, que no podría negarse si fue su esperma la que fecundó a quien fuera su mujer. El artículo 235 del Código Civil, por ejemplo, sería perfectamente aplicable en cuanto se trataría de un *“hijo concebido fuera del matrimonio cuya filiación haya sido establecida en relación con ambos progenitores”*. Dicha norma establece que: *“[e]l primer apellido del padre y de la madre forman, en ese orden, los apellidos de los hijos. El hijo concebido y nacido fuera del matrimonio cuya filiación haya sido establecida en relación con ambos progenitores, tomará los apellidos de éstos en el mismo orden que los hijos concebidos o nacidos durante el matrimonio.”*

Con fundamento en estas consideraciones, el Magistrado disidente estima que la apelación de autos ha debido ser declarada sin lugar, ha debido ser confirmada la sentencia de primera instancia que desestimó la pretensión con base en la ausencia de legítima manifestación de voluntad del donante de la muestra seminal en cuestión, con efectos *post mortem*, respecto de la inseminación de la demandante y, en consecuencia, la demanda de autos ha debido ser declarada sin lugar.

2. En el punto anterior el salvante expresó su disenso acerca de la solución que dio la Sala al caso concreto. Lamentablemente, la mayoría sentenciadora incurrió, además, en un condenable exceso que revela, en primer lugar, el hecho de que el aparte de la decisión que se dedica a “Análisis concreto del amparo propuesto” comienza en la página 38 de un total de 47 (las páginas 11 a la 37 abarcan el análisis de asuntos ajenos, como la misma mayoría lo reconoció, al problema que debía resolverse. En este sentido, parece que el afán de un protagonismo que la Sala ya se ha ganado por la relevancia e importancia de sus decisiones -de modo que no necesita de otras vías para lograrlo- ha llevado, una vez más, al sacrificio de principios básicos de la Teoría General del Proceso, a

través de un defecto universalmente rechazado, ello a pesar de las observaciones y votos salvados y concurrentes que ya se han rendido al respecto. Esta conducta contumaz abre la grave posibilidad de moldear el comportamiento de otros jueces que se sientan autorizados, nada menos que por la Sala Constitucional, a darle la espalda a principios básicos del Derecho.

No es este un caso aislado de excesos de la Sala respecto del *thema decidendum*, lo cual tiñe de mayor gravedad a este defecto; recientemente este salvante se vio obligado a poner de relieve una situación semejante en el voto concurrente que rindió respecto de la sentencia n° 1420 de 20.07.06, exp. n° 05-2397.

3. En cuanto a los conceptos que emitió la Sala ajenos al caso concreto, aunque no son en modo alguno vinculantes, precisamente por esa ajenez —*obiter dictum*—, son algunos de ellos de tal entidad que quien se aparta del criterio mayoritario no puede dejar de expresar, en detalle, su disenso al respecto.

3.1 Para la resolución del caso de autos no había necesidad de aplicación de lo que se califica como “jurisdicción normativa” porque, aunque no hay una regulación especial, como en otros países, no hay ausencia de regulación respecto al punto, como reconoce, en sus distintos análisis, el propio veredicto (P.e. artículos 204, del Código Civil). Lo que correspondía, entonces, era la interpretación de las normas que sí existen para la regulación de este supuesto o la resolución de este problema. Además, lo que se conoce, bajo distintas denominaciones, como “jurisdicción normativa” en Derecho Comparado, es la actividad interpretativa del juez constitucional del ordenamiento jurídico que existe —y que goza de legitimidad democrática por su origen legislativo— para que se deriven de él nuevas normas o normas distintas, a través de diferentes técnicas universales de interpretación, pero no para la libre creación del mismo juez.

Por el contrario, en criterio de quien disiente, habría sido suficiente la interpretación del artículo 204 del Código Civil para la resolución del asunto de autos, que es a lo que ha debido limitarse la Sala, esto es, la determinación de si hubo o no consentimiento del marido para la inseminación post mortem de su mujer; todas las demás disquisiciones, se insiste, no tenían cabida en este caso.

3.2 Aunque la decisión señala expresamente que la Sala necesita una visión general del tema de la reproducción asistida y sus efectos ético-legales, “*para emitir*

un pronunciamiento respecto a la tutela constitucional pedida” se excedió, con mucho, de tal propósito. Ejemplo de ello es todo el capítulo B.3 “Determinación de la Filiación en caso de reproducción asistida”, en virtud de que, según se desprende de la narrativa, la única pretensión de la quejosa es que el demandado le realice la inseminación artificial con el semen de su cónyuge fallecido –previo estudio cromosómico de la muestra espermática- o que el demandado le entregue la muestra seminal para que se le practique el procedimiento en otra parte y que no se deseche la muestra en cuestión y nada más. Por tanto, no puede el salvante suscribir ninguna de las afirmaciones que se hacen en ese capítulo, con independencia de que, en abstracto, comparta o no el criterio que allí se vierte.

En último caso, la Sala habría debido centrarse en el problema de la filiación del futuro hijo de la quejosa y nada más; por tanto, todo el tema de la fecundación in vitro heteróloga es, definitivamente, ajeno a la causa de autos. En consecuencia, las afirmaciones a su respecto no constituyen precedente en el marco de una decisión de justicia constitucional.

3.3 Por otra parte, preocupa mucho la alusión, como argumento de autoridad, a información que ofrecen sitios web de cuya credibilidad nada se indica; recuérdese que en el ciberespacio tiene cabida, sin regulación ni límite alguno, **todo lo que cualquiera** desee agregar. Es por demás evidente que no tiene el mismo valor la información que provenga de la Universidad Central de Venezuela o Harvard o la Sorbona o de la Clínica Mayo, p.e., que la de un blog cuyo autor podría ser, literalmente, se insiste, cualquiera.

Sin embargo, véase la cita que se hizo de un caso francés: (la información se obtuvo, según la mayoría, de una página web cuya dirección es www.12.brinkster.com –a la que quien salva su voto no logró acceder-); el Tribunal de Gran Instancia de Créteil, en Francia, en 1984, ordenó la entrega, a una viuda, del semen de su marido que había sido criopreservado. Así, independientemente de que se desconoce la credibilidad de la fuente, es revelador que la clave de la resolución del asunto al que se aludió por el tribunal galo fue, según se reseñó, la determinación de la voluntad del difunto (“*el Tribunal puso énfasis en todo momento en averiguar cuál había sido la voluntad del difunto marido*”), que es lo único que esta Sala necesitaba establecer para la resolución de este caso.

No puede dejar de ponerse de relieve que la fuente de parte de la información de que se nutre la sentencia de la que se discrepa es una revista virtual dirigida a los

consumidores, que trata sobre todo tipo de temas de interés para éstos (compras, automóviles, bricolaje, etc.) y que edita la Fundación Eroski. ¿Quiénes son estas personas? (según la p. web: “un nutrido grupo de periodistas, científicos y técnicos de diversas áreas (salud, medio ambiente, alimentación, nuevas tecnologías, ...), juristas, diseñadores y programadores que trabajan conjuntamente con la vocación de ofrecer informaciones útiles para que el ciudadano se desenvuelva en un mundo complejo”) ¿Merecen credibilidad científica? La información sobre decisiones judiciales debería obtenerse, al menos, de sitios propios de los tribunales o gobiernos o, al menos, universidades de prestigio del país de que se trate.

3.4 Dentro de ese capítulo B.3 la mayoría asumió la posibilidad de realización de fecundación in vitro post mortem en Venezuela, sin ningún razonamiento que respalde la posición, ya que lo que le antecede son referencias a situaciones que ocurrirían en otros estados las cuales se obtienen a través de publicaciones virtuales como la que se aludió y no a través de información oficial de dichos países, y la alusión a la dificultad que para ello ofrecería el artículo 201 del Código Civil, cuya aplicación se descartó, simplemente, porque ello no podría convertirse en una traba para los derechos de los hijos post mortem. De haber tenido cabida el pronunciamiento para la resolución del caso concreto, habría sido necesaria una mayor elaboración argumentativa para el arribo a aquella conclusión, lo cual es ajeno a que, indudablemente, toda persona que efectivamente nazca, independientemente de la forma como sea concebida o traída al mundo, deberá gozar de los derechos inherentes a la persona humana; el problema aquí es previo, es si la madre tiene derecho a que sea concebido. Sólo después de la concepción y nacimiento, habrá lugar a debate acerca de los derechos del nacido, de modo que estos derechos no pueden ser la premisa de la que se parta para validar la concepción y el nacimiento.

Como consecuencia de las afirmaciones que anteceden, discrepa el disidente de la declaratoria de la Sala acerca de la forma en que debería reconocerse la filiación de los hijos concebidos mediante inseminación artificial que se practique después de la muerte de uno de los padres. Sin embargo, en dicha declaratoria está, a juicio del salvante, la clave del asunto de autos: siempre debe constar “la manifestación de voluntad de que ese semen se utilice para fecundar (...) al óvulo de persona determinada que aceptó.” Esa manifestación de voluntad **debe ser específica en cuanto a la fecundación post mortem**, la cual no puede sencillamente deducirse de la manifestación que se hubiere hecho sin tal precisión, como lo

demuestran las mismas citas que hace el fallo de situaciones en otros países y, además, parece **evidente** ¿Cómo saber si el dueño del semen quería tener un hijo para que lo criara, eventualmente, otro hombre?; ¿Cómo se sabe si “el sueño de ser padre” –a que se refiere la misiva del donante que se tomó como prueba del consentimiento- se limitaba a ver el nacimiento de a su hijo o al menos a saberlo concebido? Si el hijo del fallecido nace después de un nuevo matrimonio de la madre, o la inseminación se practica, con consentimiento del nuevo cónyuge, después de ese segundo matrimonio, ¿de quién es el hijo? ¿del proveedor del ADN o del cónyuge actual, a tenor de lo que disponen los artículos 202 y 204 del Código Civil? (Artículo 202: “Si el hijo nació antes de que hubieran transcurrido 180 días después de la celebración del matrimonio, el marido y (...) sus herederos, podrán desconocerlo con la simple prueba de la fecha del matrimonio y la del parto, salvo en los casos siguientes: / 1° Si el marido supo antes de casarse del embarazo de su futura esposa. / 2° Si después del nacimiento el marido ha admitido al hijo como suyo, (...) comportándose como padre de cualquier otra manera / (...).” “Artículo 204: El marido no puede desconocer al hijo alegando su impotencia, a menos que sea manifiesta y permanente. / El desconocimiento no se admitirá, aun en ese caso, cuando la concepción ha tenido lugar por la inseminación artificial de la mujer con autorización del marido.”)

3.5 También el capítulo B.4 (“Referencia a la donación retribuida y a los casos de madres subrogadas) es impertinente para la resolución del caso concreto y, por lo tanto, constituye, como se dijo, un exceso condenable respecto del *thema decidendum*. En todo caso, la afirmación que se hace en ese capítulo acerca de que “la voluntad procreacional” determinaría la filiación, se enfrenta con el artículo 197 del Código Civil sin ningún análisis al respecto. (Artículo 197: “La filiación materna resulta del nacimiento...”). Esta conclusión, además, es potencialmente muy peligrosa fuera de contexto; ¿cualquiera que alegue que carecía de esa voluntad al momento de la procreación puede desconocer a un hijo suyo?

3.6 Todo el aparte C.1 acerca de fecundación no consentida, y el C.2 “Capacidad para suceder”, son impertinentes para el juzgamiento del caso concreto, por lo que constituyen, de nuevo, un exceso de la Sala; en ellos se hicieron contundentes apreciaciones sin la necesaria motivación, lo cual es indeseable aunque se trate de pronunciamientos no vinculantes.

En todo caso, la referencia en el aparte C.1 al artículo 16 de la Ley de Transplantes era innecesaria porque no se trataba, en este caso, del retiro de un material anatómico de un cadáver, por lo que es evidente que no era aplicable. Además, ya el artículo 1 de la Ley excluye la donación de espermatozoides de los requisitos de ese cuerpo normativo (por lo que también sobran las transcripciones de los artículos 2 y 17), para lo cual sólo se exige aceptación del donante y del receptor. De nuevo, en el asunto que debió fallar la Sala, lo que había que determinar era si, en vida, el donante aceptó esa donación a ser hecha después de su muerte.

En el aparte C.2 se concluye que:

“... , cuando la persona ha autorizado en vida la reproducción asistida, para que pueda realizarse post mortem, con persona señalada o señalable, hay una clara voluntad de que nazca alguien con la condición de hijo, a quien la Constitución y las leyes le reconocen el derecho de conocer a sus padres, lo que para esta Sala es un conocer integral y jurídico, y el artículo 809 del Código Civil debe ceder ante esta situación, ya que al conocer a qué tiene derecho este hijo, debe ser igual al de los otros hijos (sic).”

El artículo 809 del Código Civil determina que son incapaces de suceder “*los que en el momento de la apertura de la sucesión no estén todavía concebidos*”. El salvante disiente expresamente de la afirmación de la mayoría según la cual el artículo 809 del Código Civil “debe ceder” cuando la persona haya autorizado en vida la reproducción asistida post mortem.

En primer lugar, para que una norma legal “ceda” debe ser desaplicada o interpretada para el caso concreto por las vías legales y constitucionales para ello (control difuso, art. 4 del Código Civil), no basta que ello, simplemente, se afirme. En segundo lugar, no es posible concordar con que el derecho constitucional a conocer la identidad de los padres de una persona (Artículo 56. Toda persona tiene derecho a un nombre propio, al apellido del padre y al de la madre, y a conocer la identidad de los mismos. El Estado garantizará el derecho a investigar la maternidad y la paternidad. /Toda persona tienen derecho a ser inscrita gratuitamente en el registro civil después de su nacimiento y a obtener documentos públicos que comprueben su identidad biológica, de conformidad con la ley. Éstos no contendrán mención alguna que califique la filiación) incluya el de sucederlos, lo cual, en todo caso, no

se razona en la sentencia; al respecto, resulta ininteligible la frase con la que culmina, después de la coma, el fragmento de la decisión que se transcribió recién.

En definitiva, quien discrepa insiste en que en este y en todos los casos que sean sometidos a su conocimiento, la Sala como cualquier juez, en cabal ejercicio de sus potestades jurisdiccionales y, adicionalmente, en resguardo de la influencia que ejercen sus decisiones, vinculantes o no, debe ceñirse al juzgamiento del asunto concreto, como lo disponen los artículos 543 y 244 del Código de Procedimiento Civil. Correlativamente, la Sala, más que ningún otro tribunal de la República, debe abstenerse de hacer consideraciones sin afianzarlas con el más sólido sustento argumental y jurídico posible.

En cuanto al litigio a que se refieren estas actuaciones, la demanda, como se concluyó *supra* ha debido ser declarada sin lugar, especialmente con fundamento en la negativa expresa del donante de la muestra seminal a que se refirió el debate judicial, a que la eventual receptora del mismo pudiese disponer de él sin su control y, por otra parte, el vencimiento del contrato de criopreservación de dicha muestra con la parte demandada.

Queda así expresado el criterio del Magistrado disidente.

Fecha *ut retro*.

La Presidenta,

LUISA ESTELLA MORALES LAMUÑO

El Vicepresidente,

JESÚS EDUARDO CABRERA ROMERO

Los Magistrados,

PEDRO RAFAEL RONDÓN HAAZ

Disidente

FRANCISCO ANTONIO CARRASQUERO LÓPEZ

MARCOS TULIO DUGARTE PADRÓN

CARMEN ZULETA DE MERCHÁN

ARCADIO DE JESÚS DELGADO ROSALES

El Secretario,
JOSÉ LEONARDO REQUENA CABELLO