

**REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA ¿MATERNIDAD LEGAL O BIOLÓGICA?
CONSIDERACIONES EN TORNO A PROBLEMAS JURÍDICOS CONTEMPORÁNEOS
SURGIDOS CON OCASIÓN A LAS NUEVAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA**

*Ingrid Araque Sayago**

.-SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. CONSIDERACIONES PRELIMINARES. 1. Conceptos y principios generales de la filiación. 1.1 Principios fundamentales que constituyen la base jurídica de la filiación. 1.2 Momentos de la filiación natural. III. PROCEDIMIENTOS DE LA REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA. 1. Fertilización *in vitro*. 2. Inseminación artificial. 3. Subrogación. 4. Criopreservación. IV. FUNDAMENTACIÓN DE LA REPRODUCCIÓN ASISTIDA Y PROBLEMAS JURÍDICOS DERIVADOS DE LAS NUEVAS TÉCNICAS DE LA REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA. 1. Criterios para la determinación de la filiación en los procesos de reproducción humana asistida. 1.1 Por el vínculo genético o biológico. 1.2 Por el hecho del nacimiento. 1.3 Intención o voluntad procreacional. 1.4 Interés Superior del Niño. 1.5 Orden Público. 1.6 Complejidad para alcanzar una solución unívoca. 2. Sistema venezolano. 2.1 Fuentes internacionales. 2.2 Fuentes internas. 2.3 Jurisprudencia. V. CONCLUSIONES. VI. FUENTES BIBLIOGRÁFICAS.

I. INTRODUCCIÓN

El acelerado avance tecnológico en los métodos de reproducción humana asistida a nivel mundial, está creando una compleja problemática jurídica dentro del Derecho familiar y el Derecho familiar internacional, especialmente en el establecimiento de las relaciones de filiación y sus efectos (asuntos relacionados con patria potestad, responsabilidad de crianza, obligación de manutención, obligación y derecho de convivencia familiar, y a su vez, derecho a la nacionalidad, a la identidad, entre otros), ya que la relación biológica que genera la filiación resulta difícil de determinar, cuando es producto

* Abogada, egresada de la Universidad Central de Venezuela (UCV), *Magister Scientiarum* en Derecho Internacional Privado y Comparado, UCV.

de la aplicación de estos métodos. Problemática esta que se acentúa aún más, cuando se trata de casos que involucran ordenamientos jurídicos de diferentes países, esto es, cuando se trata de casos con elementos de extranjería.

En este contexto, el objetivo del presente trabajo no es realizar valoraciones ético-morales en torno a las técnicas de reproducción humana asistida, tampoco es realizar un ejercicio de Derecho comparado donde se examine exhaustivamente la manera cómo los distintos ordenamientos han regulado el uso de estas técnicas. Para el presente trabajo hemos preferido circunscribirnos a apreciar los problemas netamente jurídicos que nacen con ocasión al incremento en el uso de estos métodos, por el surgimiento de nuevos paradigmas de familia: la familia internacional, homoparental, monoparental, ensambladas, entre muchas otras, todo lo cual requiere de la revisión y actualización de principios clásicos o tradicionales del Derecho.

Partiendo de que “(t)odo el Derecho de familia está estructurado en torno a dos hechos fundamentales, propios de la naturaleza: la unión de la pareja y la procreación”¹ la determinación de la filiación humana, surgida con ocasión éstas técnicas resulta un tema crucial para el Derecho, en cuanto va dirigida a la identificación de las partes de la relación de filiación con los efectos jurídicos correspondientes, en razón de la pluralidad de intereses en posible conflicto a atender. En este sentido, nos ha llamado la atención el impacto ocurrido en el mundo jurídico como consecuencia de la aplicación de estos métodos, en lo relativo la naturaleza jurídica de la prueba materno filial. En efecto, en Venezuela la prueba de maternidad, tanto en la filiación matrimonial como en la extramatrimonial, se pone de manifiesto por un hecho notable y evidente, que es el parto de la madre.² A su vez, la demostración de la maternidad implica una doble prueba: i) el parto de la mujer y ii) la identidad de la persona nacida de ese parto, con aquella que pretende ser beneficiada por esa comprobación.

Como sabemos, todas estas consideraciones son derivadas del principio *mater semper certa est*.³, que entre nosotros supone una prueba de *iure et de iure*, ante lo cual resulta menester una apropiada revisión, ya que, para el caso de los niños nacidos gracias a la aplicación de estas técnicas, el parto no es siempre prueba de maternidad. Una mujer puede perfectamente dar a luz a un niño del cual no es la madre biológica.

¹ Isabel Grisanti Aveledo de Luigi, *Lecciones de Derecho de Familia*, 301.

² “La filiación materna resulta del nacimiento, y se prueba con el acta de la declaración de nacimiento inscrita en los libros del Registro Civil, con identificación de la madre.” *Código Civil* (Venezuela), art. 197.

³ *Digesto*, II, IV, 5.

Así, nos parece de capital importancia abordar los criterios para establecer la filiación como vínculo del cual emanan el goce y disfrute de los Derechos Humanos como el derecho a la identidad, y a la nacionalidad, cuando surgen con ocasión a la aplicación de técnicas de reproducción humana asistida. La meta de este trabajo es entonces, ilustrar tal problemática, apreciar su complejidad y abrir líneas de reflexión que a su vez puedan conducir a posibles soluciones.

II. CONSIDERACIONES PRELIMINARES

1. CONCEPTO Y PRINCIPIOS GENERALES DE LA FILIACIÓN

Se denomina *filiación, lato sensu*, a la relación de parentesco que existe entre personas que descienden las unas de las otras. De tal manera que así concebida la filiación es el parentesco consanguíneo en línea recta, sea ésta descendente o ascendente, esto es, se entiende a la filiación como sinónimo de descendencia o de ascendencia.

En *stricto sensu*, la filiación se limita a la relación inmediata de parentesco que existe entre el padre o la madre y el hijo. En este orden de ideas, la filiación supone exclusivamente la consanguinidad de primer grado en línea recta, tanto descendente como ascendente. A los efectos del presente trabajo, entendemos a la filiación de acuerdo al *stricto sensu*.

La *filiación* es la fuente normal y principal de pariente consanguíneo, ya que el vínculo natural de sangre entre las personas, solo puede derivar de la procreación⁴. Asimismo, y por ficción de la ley, la consanguinidad puede derivar de la adopción actual.⁵

1.1 PRINCIPIOS FUNDAMENTALES QUE CONSTITUYEN LA BASE JURÍDICA DE LA FILIACIÓN

TODA FILIACIÓN DEBE SER LEGALMENTE PROBADA. Jurídicamente solo puede hablarse de filiación si existe prueba de ella. La filiación como vínculo jurídico tiene su base en el hecho natural de la

⁴ “El parentesco puede ser por consanguinidad o por afinidad.” *Código Civil* (Venezuela), art. 37, § 1.

⁵ “**Efectos de filiación.** La adopción confiere al adoptado o adoptada la condición de hijo o hija, y al adoptante la condición de padre o madre.

“**Constitución de parentesco.** La adopción crea parentesco entre: a) El adoptado o adoptada y los y las integrantes de la familia del adoptante; b) El o la adoptante y el o la cónyuge de la persona adoptada; c) El o la adoptante y la descendencia futura de la persona adoptada; d) El o la cónyuge de la persona adoptada y los integrantes de la familia del o de la adoptante; e) Los integrantes de la familia del o de la adoptante y la descendencia futura de la persona adoptada.” *Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes* (Venezuela), art. 425–426.

generación. Desde el punto de vista natural o biológico toda persona, tiene un padre y una madre. Ahora bien, si el hecho natural no ha trascendido al plano jurídico y no se ha establecido legalmente, no existe vínculo jurídico de filiación.⁶

LOS EFECTOS DE LA FILIACIÓN SON INDEPENDIENTES DEL MEDIO DE PRUEBA UTILIZADO PARA DEMOSTRARLA. Una vez comprobada la filiación surte todos sus efectos legales, cualquiera que haya sido el medio jurídico utilizado para su demostración.⁷

LOS EFECTOS DE LA FILIACIÓN SON INDEPENDIENTES DEL TIEMPO O DEL MOMENTO DE LA PRUEBA. Determinado legalmente el vínculo de filiación, sus efectos se producen desde que el hijo existió y no a partir de la constatación de la filiación. Esto es, el parentesco no surge con la prueba, ese vínculo existía previamente, solo que ahora se ha puesto de manifiesto. Así, sea cual fuere el momento o la época de la prueba sus efectos alcanzan a toda la vida de las personas a quienes une la filiación y como consecuencia, tanto al pasado, al presente y al futuro de ellas.⁸

1.2 MOMENTOS DE LA FILIACIÓN NATURAL

Se trata de dos hechos naturales diferentes que se encuentran relacionados entre sí: El nacimiento y la concepción.

El nacimiento es un hecho cierto, manifiesto y patente, fácil de determinar con toda precisión; en principio no tiene relevancia para establecer la filiación, ni aun la certeza de ésta, respecto del padre. En cuanto a la madre, si se comprueba la identidad del producto del parto con la persona que pretende ser tenido como hijo de ésta, habrá quedado establecida la filiación materna. Tiene importancia, en cambio, el nacimiento, para calcular el momento de la concepción.

La concepción, no obstante ser un hecho cuyo momento es de casi imposible determinación y de muy fácil prueba, es el único hecho capaz de servir para establecer la filiación y su certeza, por lo que el legislador se ha visto obligado a tomarla como prueba fundamental para fijar el carácter de filiación. De ahí que, partiendo del hecho cierto del nacimiento, se calcule este momento de la concepción, fijándolo en uno cualquiera de los 121 días que transcurren entre los 300 y los 180 anteriores al parto.⁹

⁶ Grisanti, *Lecciones...*, 302.

⁷ *Ibid.*, 303.

⁸ Francisco López Herrera, *Derecho de familia*, tomo II, 297.

⁹ *Ibid.*, 300.

En la regulación venezolana el Código Civil construyó el derecho de filiación optando por la biología del nacimiento y no por la concepción. En este marco, es que precisamente los niños nacidos con ocasión a los métodos de reproducción humana asistida quedan por fuera de las previsiones regulatorias.

III. PROCEDIMIENTOS DE LA REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA

1 FERTILIZACIÓN *IN VITRO*

Es la técnica que se realiza fuera del cuerpo femenino en un laboratorio donde se unen los gametos femeninos con intervención de técnicos especializados y se obtiene un embrión que puede ser posteriormente implantado en una mujer para fines de su desarrollo y concepción.

Para esta técnica deben realizarse estudios al líquido seminal masculino que se centrarán en la motilidad, concentración, viabilidad, morfología y resistencia del semen. Siempre que estos cinco elementos se encuentren sobre la media el semen del hombre podrá ser utilizado para realizar el procedimiento. Así mismo, deberá estimularse hormonalmente a la mujer a los fines de extraer uno o más óvulos. El especialista tomará los espermatozoides y el o los óvulos los colocará en una probeta y facilitará la fecundación en dicho ambiente. Los embriones resultantes pueden ser congelados para su posterior uso o pueden ser introducidos en el útero de la mujer de forma casi inmediata para que se desarrolle el feto.

En esta técnica puede hacerse uso de los gametos de la pareja o de terceros.

2 INSEMINACIÓN ARTIFICIAL

La inseminación artificial es el procedimiento mediante el cual se introduce en el útero de la mujer el líquido seminal del hombre de manera que ocurra la fecundación dentro del organismo de la mujer trayendo como resultado la formación de un embrión el cual, luego de ser implantado, y si el organismo receptor lo permite pasará a desarrollarse hasta convertirse en un feto y finalmente en un bebé.

Esto requiere de dos pasos previos diferenciados, en primer lugar, que el hombre acuda al médico para realizar estudios a su semen. Lo frecuente es que el semen sea congelado para su posterior utilización, pero puede hacerse uso del mismo estando fresco.

El segundo paso se refiere a la estimulación hormonal en la mujer de manera que el médico se asegure que se haya producido un óvulo que sirva a los fines de la fecundación, la cual debe ser realizada en el momento preciso del ciclo menstrual de la mujer.

La inseminación artificial que involucra la utilización del semen de la pareja (esposos, concubinos o compañeros) se denomina *inseminación artificial homóloga*. De manera que el bebé resultante de dicho procedimiento tiene carga genética de ambas personas de la pareja. En contrapartida, se conoce como *inseminación artificial heteróloga* a aquel procedimiento donde se utiliza el semen de un tercero extraño a la pareja, es decir, de un donante. Esto implica que el bebé que resulta de dicho procedimiento tiene la carga genética de uno de los progenitores, pero no del otro.

Esta técnica, por supuesto, requiere del consentimiento de la persona dentro de la pareja que no participará activamente en el procedimiento, especialmente si se trata de una pareja casada o que vive en concubinato, puesto que las presunciones de filiación le serían aplicables por haber nacido dentro del matrimonio o del concubinato.

En el ordenamiento jurídico venezolano no se cuenta con normativa expresa sobre el tratamiento de las técnicas de reproducción humana asistida. Mientras que para los casos de las relaciones fuera del matrimonio la filiación dependerá del reconocimiento, es decir, si el progenitor decidiera reconocer al hijo resultante de dicho procedimiento como suyo.

3 SUBROGACIÓN

Es quizás la técnica más controversial y al mismo tiempo con más adeptos dentro del mundo de la reproducción asistida. No es una técnica independiente y puede ser utilizada como complemento de las dos técnicas descritas anteriormente.

La subrogación consiste en utilizar a una mujer por la cual se sustituye a la madre genética (quien ha aportado los gametos femeninos) a efecto que sea la primera quien geste y dé a luz al bebé, llamándosele madre sustituta o madre subrogada a quien gesta al bebé. En la práctica, esta técnica también ha derivado en el uso de madre sustitutas por infertilidad total de la futura madre no existiendo correspondencia genética entre la madre sustituta y el concebido ni entre la madre contratante y el mismo.

En caso de constituirse como complemento de la inseminación artificial, el bebé concebido por dicho procedimiento será hijo biológico del donante del líquido seminal y de la madre subrogada

o sustituta, ya que en la técnica de la inseminación artificial el óvulo debe ser producido por la mujer a la cual se le introduce el semen.

Cuando constituye un complemento de la fertilización *in vitro*, en cambio, puede haber relación genética: (1) con ambas personas que constituyen la pareja que ha buscado la subrogación; (2) solamente con uno de ellos sin que exista necesariamente relación genética con la madre sustituta; (3) con ninguna de las personas de la pareja que luego fungirá como padres del concebido.

Al efecto, el Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional refiere las modalidades enunciadas de fecundación asistida o artificial, según sigue:

- 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 gestado¹⁰

4 CRIOPRESERVACIÓN

Supone una técnica auxiliar por lo que podría requerir complementarse con otras técnicas como la fertilización *in vitro*, bien por la inseminación artificial, e inclusive la subrogación. Consiste en extraer los gametos femeninos y/o masculinos y almacenarlos a temperaturas bajo cero para su posterior

¹⁰ Véase: TSJ/SC, Sent. N° 1456 del 27-7-2006, <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Julio/1456-270706-05-1471.htm>. Agrega la sentencia 1456: “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*.”

uso. El procedimiento de criopreservación puede realizarse de manera separada, bien solo el semen o solo los óvulos, o con el embrión resultante de la unión entre los gametos femeninos y masculinos de una pareja.

IV. FUNDAMENTACIÓN DE LA REPRODUCCIÓN ASISTIDA Y PROBLEMAS JURÍDICOS DERIVADOS DE LAS NUEVAS TÉCNICAS DE LA REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA

En la actualidad nos encontramos ante el surgimiento de nuevos paradigmas familiares, hay un aumento de las denominadas nuevas estructuras familiares por la proliferación de las familias reconstituidas, monoparentales, homoparentales, entre muchas otras. Asimismo, hay un aumento significativo en las denominadas familias internacionales, que son las conformadas por individuos que están bajo la jurisdicción de naciones diversas.

De forma tal, que en la actualidad puede darse el caso de una familia que al incrementar sus miembros y ante cruces de fronteras frecuentes, junto al desarrollo tecnológico de la medicina, participa en una serie de diversas actividades que pueden quedar incluso lejos de una regulación nacional o doméstica.¹¹

Así pues, los problemas nacidos con ocasión a la implementación de métodos de reproducción asistida son múltiples y álgidos,¹² trayendo como resultado que surjan múltiples dudas referidas a la filiación respecto de padres e hijos. ¿Quién debe reputarse como madre/padre de un niño? ¿Qué alcance jurídico tiene la donación de los gametos? ¿Pueden invocar el (o los) donante(s) derechos filiatorios sobre el (los) hijo(s) concebido(s) con el (los) gameto(s) donado(s)?

“La concepción o fecundación ‘artificial o asistida’ supone acudir al auxilio de la ciencia médica a los fines de propiciar la fertilización, por no haber sido posible la concepción por vía de los métodos tradicionales o naturales [...]La fecundación artificial puede generar diversos problemas jurídicos tales como la existencia de embriones sobrenumerarios en la fertilización *in vitro*, conflictos filiatorios (doble maternidad, madres subrogadas), donantes anónimos, inseminación *post mortem*.”¹³

¹¹ María Mercedes Albornoz y Nuria González Martín, “Aspectos transfronterizos de la gestación por sustitución”, 7.

¹² María Candelaria Domínguez Guillén, “Gestación subrogada”, 4

¹³ María Candelaria Domínguez Guillén, *Diccionario de Derecho Civil*, 39.

1 CRITERIOS PARA LA DETERMINACIÓN DE LA FILIACIÓN EN LOS PROCESOS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA

1.1 POR EL VÍNCULO GENÉTICO O BIOLÓGICO

En este punto, hay que distinguir *la maternidad o paternidad biológica de la maternidad o paternidad legal*. La biológica es el vínculo biológico o genético que existe entre el embrión resultante y quien ha aportado los gametos, mientras que la legal implica el vínculo que el ordenamiento jurídico le reconoce a ciertas personas en función del rol que han desempeñado en el proceso de reproducción asistida.¹⁴

1.2 POR EL HECHO DEL NACIMIENTO

Dispone el artículo 197 del Código Civil venezolano vigente que “La filiación de los hijos legítimos se prueba por la partida de nacimiento, y en su defecto, por la posesión constante del estado de hijo legítimo”. De allí que podamos afirmar que el principio “*mater in iure semper certa est*” contenido en el artículo 197 del Código Civil no resuelve el problema de la denominada madre uterina o sustituta¹⁵.

Sin embargo, Francisco López Herrera señala que “legalmente, la madre sustituta es la madre de la criatura que nazca, pues ella da a luz” (Art. 197 del Código Civil). Y el mismo autor añade que por aplicación de dicha norma “no existe filiación legal entre el niño que haya nacido y la mujer que haya suministrado el óvulo para su fertilización *in vitro* (a pesar de que ella es, en realidad, la madre biológica)”

El mencionado artículo 197 del Código Civil bien podría quedar opacado no solo por razón de su clara antigüedad que lo deja fuera del contexto científico actual, sino en virtud de la primacía del artículo 56 de la Constitución¹⁶ que establece la verdad de la filiación, puesto que se trata de una norma de rango *supra* legal que le da preeminencia a la realidad filiatoria, esto es, al vínculo genético. En efecto, la partida de nacimiento requerida por ley ciertamente podrá impugnarse por no corresponder con la realidad filiatoria genética, ya que en atención a la norma constitucional citada,

¹⁴ Martiza Méndez Zambrano, “La reproducción asistida”, 757.

¹⁵ Cf. María Petzold-Rodríguez, “Algunas consideraciones filosófico-jurídicas sobre el estatuto del embrión humano”, 661.

¹⁶ “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.” *Constitución de la República Bolivariana de Venezuela*, art. 56.

los instrumentos de identificación deberían corresponder con la identidad biológica que se identifica con la verdad genética. El vientre subrogado constituye un supuesto excepcional de no correspondencia entre la filiación legal plasmada en el acto con la filiación genética y por tal impugnabile. Con base en ello, ante un conflicto de doble maternidad consecuencia del vientre subrogado, ante la respectiva impugnación de la filiación derivada del parto, bien puede el juzgador decidir la maternidad en forma definitiva con base en la filiación, que es un vínculo de sangre y genético, el cual ciertamente trasciende el simple hecho del parto o nacimiento referido en la norma legal indicada *supra*.¹⁷

1.3 INTENCIÓN O VOLUNTAD PROCREACIONAL

En relación a la *intención o voluntad procreacional*, en esta elección, el legislador no tiene plena libertad de configuración normativa, sino que debe atenerse a las previsiones constitucionales dictadas al efecto. En la doctrina extranjera se plantea una solución intermedia que parte del consentimiento, tomando en última instancia en consideración la voluntad de quién quiere tener el hijo para sí trayendo cómo resultado a una tercera opción denominada “maternidad de deseo” que apunta al elemento volitivo.¹⁸

En la solución del asunto se sigue a la verdadera intención de la maternidad, lo cual pudiera tener obvia relación con el interés del niño, a quien no le convendría permanecer con una madre cuya intención no es la de ser tal, a pesar de haberle dado a luz. En efecto, un interesante caso decidido con base en la teoría de la intención, citado por Lamm¹⁹ expone que para esta propuesta teórica la madre legal es aquella que tiene la intención de procrear y de criar al hijo concebido. Esta es conocida como la madre comitente (*commissioning mother*). Esta teoría parte de que sin el interés de la pareja que contrató a la mujer gestante, la criatura no hubiese sido gestada. Teoría que fue desarrollada por el estado de California en el caso de Johnson v. Calvert de 1993. En este asunto una Corte se planteó por vez primera la interrogante sobre si la madre legal es aquella que alumbró al niño o la que provee el material genético. Todo ello en virtud de que tanto la madre biológica como la gestante tenían una pretensión legítima en cuanto a la maternidad. Así, la Corte se vio en la obligación de buscar un nuevo criterio para el establecimiento de la filiación materna y optó por

¹⁷ María Candelaria Domínguez Guillén, “Gestación subrogada”, 208.

¹⁸ Idem.

¹⁹ Eleonora Lamm, “El elemento volitivo como determinante de la filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida”, 158.

hacer una determinación de la intención de la voluntad de las partes al celebrar ese contrato de subrogación, con independencia en las condiciones de validez del citado contrato. Concluyendo que la madre legal es aquella con la intención, con el propósito de procrear y de criar al niño.

Entre nosotros, la Sala Constitucional del máximo Tribunal, en la decisión 1456, de fecha 27 de julio de 2006, sobre la cual volveremos más adelante, se refiere a este criterio:

(...) 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.

1.4 INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO

El interés superior del niño, supone un criterio interpretativo y de aplicación normativa en materia de protección de niños y adolescentes. Fue mencionado en la *Declaración sobre los Derechos del Niño*, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1959, como un principio inspirador para la creación de leyes en la materia. Posteriormente, en la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989,²⁰ en el artículo 3 se aumenta el campo de aplicación del interés superior del niño y se determina que “(e)n todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, *una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.*”²¹

En cuanto al establecimiento de la filiación a partir de este criterio, será fundamental un pronóstico orientado por el interés del menor, teniendo en cuenta que pese a las reglas filiatorias, el niño no debe ser tratado como un objeto susceptible de ser adjudicado, hay que tomar en consideración las posibles consecuencias emocionales. Siendo éste un asunto de importancia capital que plantea la figura bajo análisis, ya que básicamente podría perderse de vista que el niño pudiese ser el más afectado, pues por su incipiente edad no le permitirá comprender la dimensión e implicaciones del conflicto, pudiendo repercutir en su desarrollo psicológico y emocional. En nuestro derecho interno, debe atenderse a lo previsto en el artículo 8 de la Ley Orgánica para la

²⁰ *Ley Aprobatoria de la Convención sobre los Derechos del Niño* (Venezuela). Gaceta Oficial N° 34.541, 29 de agosto de 1990.

²¹ Andrés Carrasquero Stolk, “Interés Superior del Niño como criterio atributivo de jurisdicción”, 784. *Cursivas nuestras*.

Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, el cual lo define y establece una lista de guías para su correcta aplicación en los siguientes términos:

El Interés Superior de Niños, Niñas y Adolescentes es un principio de interpretación y aplicación de esta Ley, el cual es de obligatorio cumplimiento en la toma de todas las decisiones concernientes a los niños, niñas y adolescentes. Este principio está dirigido a asegurar el desarrollo integral de los niños, niñas y adolescentes, así como el disfrute pleno y efectivo de sus derechos y garantías.

Parágrafo Primero: Para determinar el interés superior de niños, niñas y adolescentes en una situación concreta se debe apreciar:

- a. La opinión de los niños, niñas y adolescentes;
- b. La necesidad de equilibrio entre los derechos y garantías de los niños, niñas y adolescentes y sus deberes;
- c. La necesidad de equilibrio entre las exigencias del bien común y los derechos y garantías del niño, niña o adolescente;
- d. La necesidad de equilibrio entre los derechos de las demás personas y los derechos y garantías del niño, niña o adolescente;
- e. La condición específica de los niños, niñas y adolescentes como personas en desarrollo.

Parágrafo Segundo: En aplicación del Interés Superior de Niños, Niñas y Adolescentes, cuando exista conflicto entre los derechos e intereses de los niños, niñas y adolescentes frente a otros derechos e intereses igualmente legítimos, prevalecerán los primeros.

1.5 ORDEN PÚBLICO

Partiendo de que en Venezuela la materia filiatoria se encuentra sustraída del campo de la autonomía de la voluntad, de acuerdo a lo pautado en el artículo 6 Código Civil venezolano vigente.²² Surge la interrogante sobre la posibilidad de celebrar acuerdos en lo que respecta al vientre subrogado. Y la respuesta, precisamente por tratarse de un asunto que envuelve el orden público, es radicalmente negativa por lo que el contrato oneroso que pretenda regular la cuestión filiatoria y otras disposiciones de las partes sobre tal estado, estarían afectadas de nulidad. Así pues, mal podría pretenderse hacer valer en juicio un contrato preestablecido entre la madre genética y la gestante, ya que el mismo carecería de validez o más precisamente estaría viciado de nulidad absoluta.²³ Al efecto, comenta Guerrero que en tal caso el objeto del contrato es ilícito por ser contrario al orden público de conformidad con el artículo 1155 del Código Civil, así como la causa a tenor del artículo 1157 *ejusdem*²⁴.

²² “No pueden renunciarse ni relajarse por convenios particulares las leyes en cuya observancia están interesados el orden público o las buenas costumbres.” *Código Civil* (Venezuela), art. 6.

²³ María Candelaria Domínguez Guillén, “Gestación subrogada”, 214.

²⁴ Gilberto Guerrero Quintero, “Genética y Filiación en el Derecho Venezolano”, 483.

Se ha diferenciado entre subrogación “comercial” y subrogación “altruista” en virtud de que comporte o no contraprestación económica y pecuniaria. La doctrina extranjera plantea que de aceptarse la posibilidad de una gestación substituta ha de ser necesariamente altruista y por estricta imposibilidad de gestar.²⁵

1.6 COMPLEJIDAD PARA ALCANZAR UNA SOLUCIÓN UNÍVOCA

Dispone el artículo 56 de la Carta Magna que la filiación supone un vínculo de sangre o genético que supera el hecho del ‘nacimiento’. De tal manera que cualquier acuerdo o contrato en la materia carece de validez, en virtud de lo previsto en el artículo 6 del Código Civil que sustrae del principio de autonomía de la voluntad, materias como la relativa al de estado filiatorio. La doctrina se manifiesta en torno a la nulidad del contrato relativo a maternidad subrogada. Ante el silencio del legislador, el posible conflicto de ‘doble maternidad’ (la que da a luz y la que dio su óvulo) producto de la fertilización artificial precisará necesariamente de un análisis de los principios filiatorios y de protección a la infancia a la luz de la Carta Fundamental y en atención al Interés Superior del niño. De plantearse este asunto, no puede resolverse fundamentando únicamente que ‘madre es la que da a luz’ o ‘*mater semper certa est*’ porque por imperativo constitucional la filiación es mucho más que esto, es un vínculo de sangre y genético que une a dos personas (artículo 56). Si a ello, se le acompaña el interés superior del niño —que tiene carácter constitucional— no solo de acceder a su filiación biológica o genética, sino el derecho de crecer en el seno de una familia, conformada por un padre y una madre y ser criado por estos, podría concluirse que sería perfecta y jurídicamente posible admitir que el artículo 197 del Código Civil no debe ser interpretado aisladamente, sino dentro de todo el marco jurídico que le rodea.

2 SISTEMA VENEZOLANO

2.1 FUENTES INTERNACIONALES

En lo que se refiere a la materia de la reproducción humana asistida no disponemos en Venezuela de tratados internacionales en el ámbito del Derecho internacional privado. No obstante, en materia de Derecho público si existen regulaciones, tales como la Declaración Universal de los Derechos Humanos que prevé en su artículo 25 numeral 2 que “La maternidad y la infancia tiene derecho a

²⁵ María Candelaria Domínguez Guillén, “Gestación subrogada”, 217.

cuidados y asistencia especiales. Todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio, tienen derecho a igual protección social”, con lo cual se equipara en sus derechos, a los hijos habidos dentro del matrimonio con los extramatrimoniales.²⁶

Una disposición similar la encontramos en el artículo 24.1 del *Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos* el cual reza: “*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.*”²⁷ En la misma línea de pensamiento, pero yendo más allá el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966) establece: Artículo 10. “Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen que: (...) 3. Se deben adoptar medidas especiales de protección y asistencia en favor de todos los niños y adolescentes *sin discriminación alguna por razón de filiación o cualquier otra condición.* Debe protegerse a los niños y adolescentes contra la explotación económica y social. Su empleo en trabajos nocivos para su moral y salud, o en los cuales peligre su vida o se corra el riesgo de perjudicar su desarrollo normal, será sancionado por la ley. Los Estados deben establecer también límites de edad por debajo de los cuales quede prohibido y sancionado por la ley el empleo a sueldo de mano de obra infantil.”²⁸

De la misma forma, la *Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño* establece el derecho del niño a tener una identidad, a adquirir una nacionalidad y a conocer la identidad de sus padres, así como ser cuidado por ellos. Así las normas al respecto prevén: Artículo “7.1. *El niño será inscripto 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.* 2. Los Estados Partes velarán por la aplicación de estos derechos de conformidad con su legislación nacional y las obligaciones que hayan contraído en virtud de los instrumentos internacionales pertinentes en esta esfera, sobre todo cuando el niño resultara de otro modo apátrida”, artículo “8.1. Los Estados Partes se comprometen a respetar *el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares,* de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas”.²⁹

²⁶ Martiza Méndez Zambrano, “La reproducción asistida”, 765.

²⁷ *Ley Aprobatoria del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos* (Venezuela). Gaceta Oficial N.º 2146 Ext., 28 de enero de 1978. Cursivas nuestras.

²⁸ *Ley Aprobatoria del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales* (Venezuela). Gaceta Oficial N.º 2146 Ext., 28 de enero de 1978. Cursivas nuestras.

²⁹ *Ley Aprobatoria de la Convención sobre los Derechos del Niño* (Venezuela). Gaceta Oficial N.º 34.541, 29 de agosto de 1990. Cursivas nuestras.

2.2 FUENTES INTERNAS

Aunque en el ámbito interno no contamos con normativa concreta relativa a la materia de la reproducción humana asistida, en el marco constitucional si existen disposiciones normativas que permitirían el desarrollo de instrumentos normativos y legales al respecto. Así tenemos el artículo 75 de nuestra Carta magna el cual reza:

“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 y el esfuerzo común, la comprensión mutua y el respeto recíproco a 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.”

A nivel legislativo entre las fuentes internas podemos citar: La Ley de Derecho Internacional Privado, el Código Civil y la Ley sobre Trasplante de Órganos y Materiales Anatómicos entre Seres Humanos.

En torno a la Ley de Derecho Internacional Privado podemos decir que, si bien no consagra disposiciones inherentes a la reproducción humana asistida, si contiene disposiciones dirigidas a la determinación de la filiación. Así en el artículo 24 se establece la filiación, así como las relaciones entre padres e hijos en virtud del domicilio del hijo. De tal manera que para determinar el derecho aplicable hay que estar a la residencia habitual del hijo y no de los padres, como era la solución tradicional de la materia.³⁰

En el Código Civil solo encontramos una disposición normativa expresa relativa a la reproducción asistida humana: “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.*”³¹

³⁰ Haydeé Barrios, “Filiación y Relaciones Paterno-Filiales”, 589.

³¹ Las cursivas son nuestras.

Vale mencionar que en Venezuela esta es la única norma que contempla de alguna forma la reproducción humana asistida.

Por último, la Ley sobre Trasplante de Órganos y Materiales Anatómicos entre Seres Humanos, con el único objeto de señalar que se excluyen de su regulación contempla los materiales celulares utilizados en la aplicación de métodos de reproducción asistida. Así el artículo 1 reza:

Objeto. El objeto de la presente Ley es la regulación de los procedimientos con fines terapéuticos, de investigación o de docencia para la donación y trasplante de órganos, tejidos y células en seres humanos, en el ámbito del territorio nacional y con base al derecho a la salud previsto en la Constitución, las leyes, los tratados, pactos y convenios internacionales suscritos y ratificados por la República. Se excluyen del objeto de esta Ley, las células madre embrionarias, ovarios, óvulos y espermatozoides, así como la sangre y sus componentes, excepto células progenitoras hematopoyéticas.

2.3 JURISPRUDENCIA

En cuanto a la jurisprudencia venezolana son pocas las decisiones que el máximo Tribunal ha emanado para asuntos relativos a la reproducción humana asistida. Así en primer lugar, debemos referirnos a la *Sentencia del Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional, N° 1187 de fecha 15 de diciembre de 2016 (Migdely Miranda Rondon, Acción de Amparo Constitucional) Derecho Internacional Privado, Derechos Humanos y reconocimiento de una doble filiación de pareja homoparental*.

Es el caso que dos venezolanas contraen matrimonio en Argentina, donde se reconoce válidamente el derecho al matrimonio civil sin discriminación por orientación sexual, decidiendo llevar a cabo en Venezuela un procedimiento de ovodonación, habiendo fecundado *in vitro* el óvulo, el cigoto fue implantado en el útero de la otra, regresando a Argentina con el objeto de garantizar el derecho a la identidad de su hijo fecundado, y el derecho a la doble maternidad.

Al nacer el niño, regresan a Venezuela e intentan juntas la inserción de la partida de nacimiento de su hijo, en fecha 18 de noviembre de 2014, solicitando el reconocimiento de la filiación, así como el reconocimiento de la nacionalidad del niño por ser hijo de dos ciudadanas venezolanas por nacimiento. Antes de que fuera emitida la decisión del organismo competente, en fecha 13 de diciembre de 2014 una de las solicitantes fue asesinada en Caracas.

Señala el fallo que:

En fecha 13 de abril de 2015, la Oficina Nacional de Registro Civil, (...), establece que efectivamente (...) es venezolano y considera procedente la expedición del Acta de Nacimiento por parte del Registro Civil venezolano, condicionando la misma, al desconocimiento de la relación de parentesco de una de las dos madres, estableciendo que la legislación venezolana no contempla o permite la doble filiación materna o paterna (...) insistiendo que el Acta de Nacimiento presentada, no hace mención

a quién dio a luz al niño, por lo que procedió a solicitar mediante el Ministerio del Poder Popular de Relaciones Exteriores y representación diplomática venezolana en la República Argentina, documento que demostrara lo requerido, estableciendo la misma Oficina Nacional de Registro Civil que el vínculo filial materno que debía asentarse en el Acta de Nacimiento que se expida, es el de una solo madre (...) el de mi representada, desconociendo así la doble maternidad del niño...³²

En la misma sentencia se señala que

...en fecha 16 de abril de 2015, el Tribunal Décimo de Primera Instancia de Mediación, Sustanciación y Ejecución de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes (sic) declaró que el acto jurídico celebrado entre (...)” las ciudadanas venezolanas, “(...) es válido únicamente en la República Argentina; que la única filiación reconocible para nuestro derecho es la existente entre el niño (...) y la ciudadana (...) quién llevó el embarazo y el nacimiento; y por consecuencia (...) la sucesión referida a la *de cuius*, debe llevarse en concordancia con las leyes venezolanas; que la Declaración como Único y Universal Heredero (...) como hijo (...), no es procedente, ya que fue reconocido por dicha ciudadana en Argentina, bajo disposiciones legales que (...) discrepan de las venezolanas y a la cual no se le puede otorgar la presunción de maternidad, ya que de los recaudos y dichos, se desprende que no fue la *de cuius* (sic) que (sic) alumbró al niño y finalmente decide que los vínculos familiares y conyugales que soportan el pedimento, no son compatibles con la legislación venezolana vigente...

Solicitándose, posteriormente, ante la oficina de registro civil municipal del Distrito Capital, municipio Libertador, parroquia Santa Teresa, el registro de nacimiento, quedando inscrito con los dos apellidos de su representada.

En fecha 17 de julio de 2015, el apoderado de la cónyuge sobreviviente y el hijo presenta un amparo constitucional contra la sentencia dictada el 16 de abril de 2015, por ante el mencionado *Tribunal Décimo de Primera Instancia de Mediación, Sustanciación y Ejecución de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes (sic)* y el dos de julio de 2015 el Tribunal Superior Tercero, del circuito judicial de Niños, Niñas y Adolescentes de la circunscripción judicial del área metropolitana de Caracas y Nacional de Adopción Internacional, actuando en sede constitucional declaró que: el Tribunal Décimo de Primera Instancia actuó correctamente en la forma prevista por el legislador venezolano, en razón de lo cual cualquier hipotética violación en razón de las garantías constitucionales del accionante en amparo no devendría de una decisión ajustada a derecho, sino de una cuestión distinta en nuestra convención venezolana y finalmente declara procedente *in limine litis* la acción de amparo presentada. Seguidamente el Tribunal Tercero se declara incompetente para conocer la acción de amparo constitucional presentada por el apoderado judicial de la madre, a favor de su hijo.

La acción de amparo fue ejercida contra la decisión dictada el 16 de abril de 2015 por el *Tribunal Décimo de Primera Instancia de Mediación, Sustanciación y Ejecución de Protección de Niños, Niñas y*

³² <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/diciembre/194078-1187-151216-2016-16-0357.HTML>

Adolescentes (sic) de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas y Nacional de Adopción Internacional, mediante la cual se declaró improcedente la acción mero declarativa interpuesta por los apoderados de la madre en la que solicitaron: se declarara único y universal heredero al niño reconocido por la hoy fallecida, de un matrimonio legalmente constituido según la legislación de la República Argentina.

Contra la decisión dictada el 29 de julio de 2015 por el Tribunal Superior Tercero del mismo Circuito Judicial de Protección, que declaró inadmisibile el amparo constitucional, contra la referida decisión dictada el 16 de abril de 2015 del Tribunal Décimo de Primera Instancia de Mediación, Sustanciación y Ejecución del mismo Circuito, que declaró improcedente la acción merodeclarativa. También se ejerció contra la comunicación emanada de la Oficina Nacional de Registro Civil de fecha 13 de abril de 2015. La Sala concluye en declarar inadmisibile tal solicitud, por inepta acumulación de pretensiones en la acción de amparo con fundamento en lo establecido en el artículo 133 numeral 1 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, artículo 81 del Código de Procedimiento Civil en concordancia con el artículo 78 *ejusdem*.

No obstante lo anterior, la sala en cuanto al sentido del orden público señaló que el concepto de orden público a los efectos de la excepción del cumplimiento de ciertas normas relacionadas con los procesos de amparo constitucional se refiere a la amplitud en que el hecho, supuestamente violatorio del derecho a norma constitucional, afecta a una parte de la colectividad o a los valores en general más allá de los intereses particulares. Observa que del escrito de la presente acción de amparo se evidencia que los derechos presuntamente violados afectan no sólo la esfera particular de los derechos subjetivos de los accionantes, sino un número indeterminado de personas que forman el grupo de LGBT, revistiendo tales violaciones el carácter de orden público indicado en la norma. Incluso, en razón de todos los niños, niñas y adolescentes que como hijos de homosexuales o transexuales tienen derecho a pertenecer de una familia y a gozar de todos los beneficios que ello conlleva.

La Sala Constitucional, en atención a lo esgrimido en la presente acción de amparo constata que la cónyuge a través de las técnicas de reproducción humana asistida se encuentra en condición de gestante subrogada definida en el fallo *in comento* como:

aquella mujer que, de común acuerdo con una persona o pareja, acepta que se le transfiera a su útero el embrión previamente engendrado mediante fecundación *in vitro* por esa otra persona o pareja con el fin de quedar embarazada de dicho embrión, gestarlo a término, parirlo en sustitución de la mencionada persona o pareja y con intención de entregárselo a éstas.

Nuestro ordenamiento jurídico atribuye la filiación materna a la cónyuge sobreviviente por haber llevado a cabo el proceso de gestación y el hecho cierto del parto, filiación ratificada por la Sala Constitucional del máximo tribunal por cuanto, desde el inicio del procedimiento de reproducción humana asistida, nunca hubo tal intención de “entrega del niño” por parte de la gestante subrogada, condición que consta en las actas del expediente, recaudos de la institución médica de fertilización, evidenciando tal situación. Lo que la Sala Constitucional constata es una manifestación expresa de voluntad de constituir una familia homoparental con los efectos jurídicos que la misma conllevaría en circunstancias análogas a la de una familia tradicional.

Sin embargo, a fin de alcanzar la verdad real y con base en el artículo 56 de la Carta Magna³³, luego de analizado y valorado el informe pericial practicado por la Unidad Criminalística contra la Vulneración de Derechos Fundamentales en al Área Metropolitana de Caracas, en fecha 06 de marzo de 2015, se concluyó que el niño es hijo de la ciudadana fallecida, por lo cual tiene derecho a ser inscrito con los dos apellidos de sus progenitoras y así se ordena que sea rectificado por la autoridad civil competente.

Ahora bien, de conformidad con el artículo 75 del mismo texto constitucional el cual prevé “(...) El Estado garantizará la protección a la madre, al padre o a quienes ejerzan la jefatura de la familia.”, concatenado con el artículo 21 *ejusdem*, se reconoce el derecho a la maternidad a las dos ciudadanas, conforme al hecho natural que se verifica entre ambas madres y su hijo. En este sentido, la misma Sala se pronunció sobre la importancia de que los niños y adolescentes sean criados, educados, asistidos y formados en su familia de origen.³⁴ Afirma la Sala:

...la protección del Estado a la familia no se circunscribe tan sólo a la madre o padre, así como tampoco se limita al estado civil de éstos, sino que se extiende a quienes ejerzan la jefatura de la familia, esto en virtud de que la familia es el centro de gravedad de una serie de disposiciones de mayor importancia, las cuales van desde el derecho reconocido al niño y al adolescente de ser criado y educado dentro de tal familia.

...una lectura acorde con la Constitución, conlleva a una protección del Estado sin distinción a la forma de conformación de la familia, por ello está llamada a incluir a los niños, niñas y adolescentes nacidos en familias homoparentales, siendo estos sujetos de derecho, que gozan de todos los derechos

³³ “Toda persona tiene derecho a un nombre propio, al apellido del padre y al de la madre, y a conocer la identidad de los mismo. El Estado garantizará el derecho a investigar la maternidad y la paternidad. *Toda persona tiene derecho a ser inscrito gratuitamente en el registro civil después de su nacimiento y a obtener documentos públicos que comprueben su identidad biológica, de conformidad con la ley.* Estos no contendrán mención alguna que califique la filiación.” *Constitución de la República Bolivariana de Venezuela*, art. 56. El resaltado es nuestro.

³⁴ “Se entiende por familia de origen la que está integrada por el padre y la madre, o por uno de ellos y sus descendientes, ascendientes y colaterales hasta el cuarto grado de consanguinidad.” *Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes* (Venezuela), art. 345.

y garantías consagradas a favor de las personas en el ordenamiento jurídico al igual que cualquier otro niño que haya nacido dentro de una familia tradicional.

Así se observa lo previsto en el artículo 10 de Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, antes mencionada, la cual expresa:

Todos los niños, niñas y adolescentes son sujetos de derecho; en consecuencia, gozan de todos los derechos y garantías consagrados en favor de las personas en el ordenamiento jurídico, especialmente aquellos consagrados en la Convención sobre los Derechos del Niño.

Como resultado de lo anterior, la Sala señala que el niño cuyo caso ha sido objeto de la situación bajo análisis, tiene derecho a la sucesión universal del patrimonio de su progenitora fallecida, en virtud de que constató que en la sociedad se han originado ciertas relaciones humanas de las cuales surgen necesidades que han quedado desprovistas de una regulación especial, las cuales deben ser resueltas aplicando disposiciones que regulen casos semejantes o materias análogas, resultando necesario para este asunto, aplicar los valores superiores del ordenamiento jurídico y principios generales del derecho, a fin de solucionar en derecho el hecho con base del derecho a la igualdad y a la no discriminación, a la dignidad humana y al libre desenvolvimiento de la personalidad. Así:

...uno de los fines supremos es establecer un Estado en el cual se asegure la igualdad sin discriminación ni subordinación alguna, desde un punto de vista multiétnico y pluricultural; procurando privativamente el bien común, la integridad territorial, la convivencia y éstas sólo tendrán posibilidades reales de cumplimiento dignificando a aquellos cuya situación de hecho no han encontrado bajo regulaciones preconstitucionales la efectiva protección, que en la Constitución de 1999, esta Sala Constitucional en aplicación de la misma está llamada a garantizar a todos los venezolanos y venezolanas sin ninguna distinción, máxime cuando el órgano legislativo nacional llamado a legislar sobre esta materia de trascendencia social se encuentra al margen del Estado de Derecho, por el manifiesto y continuo desacato a las decisiones de esta máxima instancia judicial, evidenciando una omisión en relación con el tema.

Por los anteriores motivos, sin hacer alusión alguna a la internacionalidad de la relación y a las normas de Derecho internacional privado, la Sala anula las decisiones anteriores y reconoce la filiación del niño, ordenando la inserción de la partida de nacimiento emitida por autoridades argentinas en el registro civil venezolano.

Solo en el voto salvado se hacen ciertas alusiones bastante particulares al sistema de Derecho internacional privado, con el objeto de sustentar la inadmisibilidad del recurso de amparo. Así se sugiere la existencia de un fraude a la Ley por el hecho de que las ciudadanas venezolanas se hayan

trasladado a Argentina para contraer matrimonio, siendo que Venezuela mantiene la prohibición al matrimonio homosexual. A pesar del fraude que anuncia el magistrado disidente cita el artículo 5 de la Ley de Derecho Internacional Privado que consagra el reconocimiento de las situaciones válidamente adquiridas conforme a un Derecho extranjero. Además, cita el artículo 9 del Código Civil, norma que ha sido derogada por la Ley de Derecho Internacional Privado y que disponía la aplicación de la Ley nacional al estado y capacidad de las personas.

Aún con sus desatinos, hay que destacar que esta decisión constituye un hito verdaderamente significativo en el sistema venezolano, ante una realidad que exige respuestas que el mundo actual cambiante y globalizado reclama.

Sentencia del Tribunal Supremo de Justicia, en Sala Constitucional, N° 1456 (Yamilex Coromoto Núñez de Godoy Vs. Grupo Médico de Fertilidad, C.A. del Centro Médico Docente La Trinidad) del 27 de julio de 2006. Inseminación artificial post mortem

En este asunto la controversia se suscitó por la negativa del Grupo Médico de Fertilidad a realizar la inseminación artificial a la mujer solicitante, con el semen criopreservado de su cónyuge, una vez fallecido aquél.

La peticionaria pretendía impedir que el Grupo Médico de Fertilidad destruyera la muestra de semen congelado que se encontraba bajo su resguardo y conservación. Al mismo tiempo, el Laboratorio de Fertilidad alegaba que el consentimiento expreso manifestado por el fallecido, no contemplaba el caso en que ocurriera su muerte, y ante la ausencia de un testamento no podría derivarse la intención del cónyuge donante, para el caso de su fallecimiento.

Así las cosas, la Sala Constitucional del máximo Tribunal, dio cabida a la Acción de Amparo interpuesta por la parte actora con avocamiento a la interpretación de un asunto sin precedente judicial en el país, no solo por la expectativa de la solicitante acerca de la realización de la inseminación artificial, sino por la circunstancia de la muerte del cónyuge donante. Sobre el asunto en comentario la parte actora solicitó a la 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 MÉDICO DE FERTILIDAD, C.A. del CENTRO MÉDICO DOCENTE LA TRINIDAD...³⁵

³⁵ Cursivas y mayúsculas de la Sala.

Sobre los derechos que la solicitante alegaba le habían sido conculcados, tales como: derecho a la procreación, derecho a la maternidad sin discriminación alguna, derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad, la Sala pasó a discurrir y al mismo tiempo realizó un análisis sobre la reproducción humana asistida, sus modalidades y el establecimiento de la filiación para estos casos, utilizando para ello el fallo del Tribunal francés, sobre el caso de la viuda 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 solución del Tribunal de Gran Instancia de Créteil, en fallo de fecha 1º de agosto de 1984, dispuso la entrega del esperma a la esposa reclamante, examinando diversos aspectos del asunto y constituyó un hito en la historia moderna de la filiación. El Tribunal francés 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

Con base en la motivación antes esbozada, la Sala estimó que en el presente caso están dados los presupuestos para declarar parcialmente con lugar la tutela constitucional solicitada, y en ese sentido el fallo se decidió en los siguientes términos:

- 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, Aspectos legales del embrión como resultado de la técnica 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.³⁶

³⁶ Mayúsculas de la Sala.

V CONCLUSIONES

Actualmente la maternidad, lo materno se concibe de una manera muy distinta a lo que tradicionalmente se ha entendido como tal, sobre la base del principio *mater semper certa est*. La superación de la determinación de la filiación de la maternidad por la ocurrencia parto, fundada en este principio, resulta en el mundo actual una realidad innegable, que demanda necesariamente de una regulación jurídica en virtud de toda una casuística que le supera y que surge entre otras razones, por los nuevos métodos de reproducción humana asistida.

Las técnicas de reproducción humana asistida suponen una serie de procedimientos o métodos que permiten la procreación humana a través de medios artificiales, ante el fracaso de la fecundación producto de relaciones sexuales en forma tradicional o natural. Sin embargo, hoy día se plantean casos de personas que acuden a estos métodos de fertilización asistida, no porque padezcan problemas de fertilidad, sino para poder conformar una familia en parejas de un mismo sexo, transexuales y transgéneros.

Como corolario de la aplicación de estas técnicas, en circunstancias de hecho no previstas, surgen diversos problemas jurídicos que sin duda reclaman soluciones que deben ser atendidas. Ejemplos de estos problemas, son los siguientes: la presunción y determinación de la maternidad y de la paternidad; disposiciones en el caso de los padres fallezcan durante la gestación; el derecho de los padres a rechazar al bebé por malformaciones y pedir a la madre sustituta el aborto del mismo.³⁷

En la legislación venezolana no se cuenta con regulación expresa que contemple la situación de la madre que da a luz un hijo que genéticamente no es suyo porque el óvulo es de otra mujer, denominado también ‘madres sustitutas’.

Si bien actualmente existe un vacío legislativo en lo que a conceptos sobre materia de reproducción asistida se refiere, es obligatorio destacar que la Sentencia emanada de la Sala Constitucional en el caso Sentencia del Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional, N° 1187 de fecha 15 de diciembre de 2016 (Migdely Miranda Rondon, Acción de Amparo Constitucional), en lo que respecta a los Derechos Humanos y reconocimiento de una doble filiación de pareja homoparental. Pese a que no se hizo mención alguna del matrimonio celebrado válidamente en Argentina y que la decisión a la que se llegó no fue el producto de una feliz disertación, puesto que ha debido partirse del Interés Superior de Niño para invocar así, la institución de Derechos Adquiridos prevista en el artículo 5 de la Ley de Derecho Internacional

³⁷ <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/diciembre/194078-1187-151216-2016-16-0357.HTML>

Privado, por medio de la cual, en virtud del citado Interés Superior del Niño se habría aplicado a su vez orden público internacional³⁸ atenuado, también previsto en la misma Ley, y consecuentemente se lograría reconocer el matrimonio de pareja homoparental con todos sus efectos jurídicos. Es decir, en Venezuela se consagra exclusivamente como válido el matrimonio entre un solo hombre y una sola mujer,³⁹ siendo la disposición normativa que lo consagra una norma de aplicación necesaria, y para el caso de referencias, en virtud de los derechos e intereses involucrados, creados válidamente bajo el imperio de un ordenamiento extranjero debe prevalecer Interés Superior del Niño, puesto que el escenario contrario lo dejaría en un estado de indefensión, no solo a él sino también a la cónyuge sobreviviente peticionante. De todas formas, la decisión vino a dar respuestas sobre circunstancias que el mundo actual cambiante y globalizado reclama.

La tarea de regular sobre esta materia de trascendencia social se encuentra en cabeza de la Asamblea Nacional, órgano legislativo que se encuentra limitado en sus funciones debido a la constante intromisión e invasión de los poderes ejecutivo y judicial. En este sentido, será una deuda que se podrá saldar, luego de que se recobre el Estado de Derecho en Venezuela.

³⁸ El Orden Público Internacional es una de las herramientas de las que se vale un Estado para preservar y asegurar en su territorio la vigencia de ciertos principios sociales, culturales, morales y jurídicos que hacen al espíritu de su sistema. Cf. Carolina Daniela Iud, “Los matices del orden público internacional en las relaciones de familia.”, 437–451.

³⁹ “El matrimonio no puede contraerse sino entre un solo hombre y una sola mujer. La Ley no reconoce otro matrimonio contraído en Venezuela sino el que se reglamenta por el presente Título, siendo el único que producirá efectos legales, tanto respecto de las personas como respecto de los bienes.” *Código Civil* (Venezuela), art. 44.

VI. FUENTES BIBLIOGRÁFICAS

- Albornoz, M.M. y Nuria González Martín.** “Aspectos transfronterizos de la gestación por sustitución.” *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, N.º 16 (2016): 1–27.
- Barber Cárcamo, R.** “Reproducción asistida y determinación de la filiación.” *REDUR*, N.º 8 (2010): 25–37.
- Barrios, H.** “Filiación y Relaciones Paterno-Filiales.” En *Ley de Derecho Internacional Privado Comentada*, editada por Tatiana B. Maekelt *et. al*, tomo I, 585–604. Caracas: UCV-CDCH, 2005.
- Carrasquero Stolk, A.** “Interés Superior del Niño como criterio atributivo de jurisdicción.” En *Derecho Familiar Internacional: metodología para su estudio. Homenaje a Haydée Barrios*, coordinado por Víctor Hugo Guerra, Yaritza Pérez y Claudia Lugo Holmquist, 781–809.
- Domínguez Guillén, M.C.** *Diccionario de Derecho Civil*. Caracas: Panapo, 2009.
- . “Gestación subrogada.” *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*, N.º 1 (2013): 183–228.
- Grisanti Aveledo de Luigi, I.** *Lecciones de Derecho de Familia*. 21era edición. Valencia: Vadell Hermanos Editores, 2014.
- Guerra, V.H.** *Análisis de las fuentes en el sistema venezolano de derecho internacional privado*. Caracas: Universidad Central de Venezuela, 2000.
- , **Yaritza Pérez y Claudia Lugo Holmquist (coords.)** *Derecho Familiar Internacional: metodología para su estudio. Homenaje a Haydée Barrios*. Bogotá: Biblioteca Jurídica Diké, 2014.
- Guerrero Quintero, G.** “Genética y Filiación en el Derecho Venezolano.” *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*, Vol. 64, N.º 134 (1997): 467–491.
- Hernández-Bretón, E.** *Problemas contemporáneos del Derecho Procesal Civil Internacional Venezolano*. Caracas: Editorial Sherwood, 2004.
- Iud, C.D.** “Los matices del orden público internacional en las relaciones de familia.” *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*, Vol. 5, N.º 8 (2013): 437–451.
- Lamm, E.** “El elemento volitivo como determinante de la filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida.” Tesis para el programa “El Derecho en una Sociedad Globalizada”, Facultad de Derecho, Universidad de Barcelona, 2008.
- López Herrera, F.** *Derecho de familia*. II tomos. 2da edición. Caracas: Universidad Católica Andrés Bello, 2005.
- Méndez Zambrano, M.** “La reproducción asistida.” En *Derecho Familiar Internacional: metodología para su estudio. Homenaje a Haydée Barrios*, coordinado por Víctor Hugo Guerra, Yaritza Pérez y Claudia Lugo Holmquist, 745–778. Bogotá: Biblioteca Jurídica Diké, 2014.
- Petzold-Rodríguez, M.** “Algunas consideraciones filosófico-jurídicas sobre el estatuto del embrión humano.” En *Temas de Derecho Civil. Libro Homenaje a Andrés Aguilar Mawdsley*, editado por Fernando Parra Aranguren, tomo II, 661–675. Caracas: Tribunal Supremo de Justicia, 2004.
- Rubaja, N.** “El Derecho Internacional Privado al servicio de los derechos fundamentales de los niños nacidos por el empleo de la gestación por sustitución en el extranjero.” En *Jornadas de la ASADIP 2014*, coordinado por José Antonio Moreno Rodríguez y Claudia Lima Marques, 281–336. Porto Alegre – Asunción: Gráfica y Editora RJR, 2014.

Sisco Ricciardi, O. “Maternidad subrogada. Aspectos generales. Su regulación en Venezuela.” En el *X Foro de Derecho de la Infancia y de la Adolescencia*, organizado por la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia y el Fondo para la Infancia de las Naciones Unidas (UNICEF), Caracas, 2013:

https://www.academia.edu/12325452/Maternidad_Subrogada._Aspectos_Generales._Su_regulaci%C3%B3n_en_Venezuela