

# EL DERECHO A TENER UNA FAMILIA, COMENTARIOS DE LA SENTENCIA 1187/2016 DEL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA VENEZOLANO: RECONOCIMIENTO Y VALIDEZ FORMAL DE ACTOS JURÍDICOS CELEBRADOS EN EL EXTRANJERO, UN CASO DE DOBLE FILIACIÓN MATERNA CON OCASIÓN DE MATERNIDAD SUBROGADA\*

INGRID ARAQUE SAYAGO\*\*

*[...] vivir en familia actualmente no tiene un sentido unívoco. A nuestro alrededor coexiste una diversidad de modelos familiares que ha alcanzado la consideración social de normalidad, a partir de la superación de la exclusividad de un rígido esquema tradicional, el de la familia nuclear y jerarquizada, incompatible con una sociedad democrática, en la que impera, [...] el respeto a la libertad personal de formar una familia con sentimientos libres y sin prejuicios sexistas.<sup>1</sup>*

## 1. INTRODUCCIÓN

En el caso sobre el que hablaremos se puede visualizar cómo las personas que conforman estos nuevos paradigmas de familia buscan allanarse a ordenamientos jurídicos distintos a los de su nacionalidad o su

---

\* Agradezco a la Academia Mexicana de Derecho Internacional Privado (AMEDIP), especialmente a su Pte. Juan Carlos Guerrero Valle, a Eli Rodríguez Martínez, y a la Escuela Judicial del Estado de México, especialmente al Dr. Leonel Pérez Nieto, y a Yaritza Pérez Pacheco, por permitirme presentar una versión preliminar de este texto como ponencia en el *Seminario de Derecho Internacional Privado de Familia* organizado por la AMEDIP y la Asociación Chilena de Derecho Internacional Privado (ADIPRI) y que tuvo lugar los días 25 y 26 de marzo de 2019.

\*\* *Magister Scientiarum* en Derecho Internacional Privado y Comparado y Abogada por la Universidad Central de Venezuela (UCV). Abogada litigante en materia de familia internacional.

<sup>1</sup> VILLAGRASA ALCAIDE, Carlos, *La diversidad de modelos familiares y su tratamiento jurídico*, Universidad de Barcelona, 2016-2017, p. 1.

residencia con la finalidad de proteger y ver reconocidos derechos e intereses, que de otra manera no verían reconocidos, por lo que el Derecho Internacional Privado en tanto que disciplina jurídica adquiere cada vez más relevancia en un mundo globalizado en el que coexisten y cada vez más interactúan distintos ordenamientos jurídicos para ser aplicados a un mismo supuesto.

La Sentencia 1187/2016 del Tribunal Supremo de Justicia venezolano nos interesa porque muestra todos esos elementos y pone de manifiesto “el alcance jurídico privado que afecta a derechos subjetivos de las personas implicadas en las procreaciones asistidas”,<sup>2</sup> específicamente, en un caso de maternidad subrogada que involucró los ordenamientos jurídicos de dos países distintos, motivado a que cada uno de esos ordenamientos aborda de manera diferente, no sólo la institución del matrimonio, sino también la de la filiación, lo cual se traduce en el impacto que estas instituciones tienen en la conformación de una familia.

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”,<sup>3</sup> la determinación de la filiación humana, surgida en casos de maternidad subrogada 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 que ella conlleva.

Nos ha llamado la atención el impacto que ha tenido en el mundo jurídico la aplicación de este método de reproducción humana asistida, en lo relativo la naturaleza jurídica de la prueba materno filial. En efecto, tradicionalmente la prueba de maternidad, tanto en la filiación matrimonial como en la extramatrimonial, se pone de manifiesto por un hecho notorio y evidente, que es el parto de la madre.<sup>4</sup>

<sup>2</sup> BERNAD MAINAR, Rafael, *Efectos jurídicos de las nuevas técnicas de reproducción humana*, Caracas, Universidad Católica Andrés Bello, 2000, p. 45.

<sup>3</sup> GRISANTI AVELEDO DE LUIGI, Isabel, *Lecciones de Derecho de Familia*, Caracas, Vadell Hermanos editores, 2014, p. 301.

<sup>4</sup> “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), artículo, p 197.

Partiendo de que todas estas consideraciones son derivadas del principio *mater semper certa est*,<sup>5</sup> el cual supone una prueba de *iure et de iure*, resulta necesario una apropiada revisión, ya que, para el caso de los niños y niñas nacidos por maternidad subrogada, el parto no es prueba de maternidad. Una mujer puede perfectamente dar a luz a un niño del cual no es la madre biológica.

La *maternidad subrogada* probablemente es el procedimiento que más genera discusión y, a su vez, el que cuenta con más adeptos en el mundo de la reproducción humana asistida. No es un procedimiento autónomo y se puede utilizar como complemento de otros métodos de los que no hablaremos en esta exposición.

## 2. LA MATERNIDAD SUBROGADA

La maternidad subrogada consiste en que una mujer por la cual se sustituye a la madre genética aporta sus gametos femeninos, a efecto que sea la primera quien gesté y dé a luz al bebé, llamándosele madre sustituta o madre subrogada a esta persona. En la práctica, esta técnica también ha derivado en el uso de madres 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.

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.<sup>6</sup>

Luego de estas consideraciones preliminares pasemos a hablar de la sentencia, comenzando por la cronología de los hechos:

<sup>5</sup> *Digesto*, II, IV, 5.

<sup>6</sup> DOMÍNGUEZ GUILLÉN, María Candelaria, “Gestación subrogada”, *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*, Caracas, núm. 1, 2013, p. 208.

Es el caso que el 28 de junio de 2013, luego de dos años de relaciones, dos venezolanas contraen matrimonio en Argentina donde, a diferencia de Venezuela, se reconoce válidamente el derecho al matrimonio civil sin discriminación por su orientación sexual, decidiendo llevar a cabo en Venezuela un procedimiento de ovodonación, habiendo fecundado *in vitro* el óvulo de una de las integrantes de esta pareja, el cigoto fue implantado en el útero de la otra integrante, regresando a Argentina con el objeto de garantizar el derecho a la identidad de su hijo, y el derecho a la doble maternidad.

Luego de nacer el niño en Argentina, regresan a Venezuela e intentan juntas la inserción de la partida de nacimiento de su hijo.

En fecha 18 de noviembre de 2014, solicitan el reconocimiento de la doble filiación materna, así como el reconocimiento de la nacionalidad del niño por ser hijo de dos ciudadanas venezolanas por nacimiento. Hay que tomar en cuenta que para este momento la pareja ya ha realizado 4 viajes entre Venezuela y Argentina, para satisfacer y garantizar derechos que el ordenamiento jurídico de su país de origen y en el cual residen no les reconoce.

Antes de que fuera emitida la decisión del organismo competente, en fecha 13 de diciembre de 2014 una de las solicitantes, muere asesinada en Caracas.

En fecha 10 de febrero de 2015 se introduce acción mero-declarativa ante el Tribunal Décimo de Primera Instancia de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes solicitando se declare al niño *heredero único y universal*.

En fecha 13 de abril de 2015, la Oficina Nacional de Registro Civil, reconoce que el niño es efectivamente venezolano y considera procedente la expedición del Acta de Nacimiento y establece que el *vínculo filial materno* que debía asentarse en el acta que se expida, es el de *una sola madre*, desconociendo así la doble maternidad del niño.

En fecha 16 de abril de 2015, el Tribunal Décimo de Primera Instancia de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes declara que el *matrimonio* celebrado entre las ciudadanas venezolanas es *válido únicamente en Argentina*; que la única filiación reconocible para el ordenamiento jurídico venezolano es la existente entre el niño y la ciudadana que lle-

vó el embarazo y el nacimiento; por lo que no se le puede otorgar la presunción de maternidad a la *de cujus*, ya que los vínculos familiares y conyugales que soportan el pedimento, no son compatibles con la legislación venezolana y, por ende, no puede declararse al niño como su heredero. El juzgador venezolano sustenta su análisis para la determinación de la filiación en la madre que da a luz. Posteriormente se solicita el registro de nacimiento del niño, quedando inscrito con los dos apellidos de su representante. Es decir, la que llevó a cabo tanto la gestación como el alumbramiento.

En fecha 17 de julio de 2015, se intenta un amparo constitucional contra la sentencia dictada el 16 de abril de 2015, y el 2 de julio de 2015 el Tribunal Superior Tercero, con competencia Nacional de Adopción Internacional declaró que: el Tribunal Décimo de Primera Instancia actuó correctamente en la forma prevista por el legislador venezolano.

El 29 de julio de 2015 el Tribunal Superior declaró inadmisibile el amparo constitucional. El 15 de diciembre de 2016, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, revisa la solicitud de acción de amparo y constata que la cónyuge a través de las técnicas de reproducción humana asistida se encuentra en condición de *gestante subrogada*, aquí ya nos encontramos en los razonamientos del juzgador de la máxima instancia judicial venezolana.

El ordenamiento jurídico venezolano atribuye la filiación materna a la cónyuge sobreviviente por haber llevado 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 asistida, nunca hubo la intención de *entrega del niño* por parte de la gestante subrogada, condición que consta en las actas del expediente y recaudos de la institución médica de fertilización.

En relación a ello precisó, que el Estado protege la maternidad y la paternidad de manera integral conforme a lo dispuesto en el artículo 78 de la Constitución venezolana y al respecto, señaló que: la *voluntad procreacional* unida a las técnicas de reproducción humana asistida constituye el fundamento de una *nueva clase de filiación*, que si bien no se encuentra regulada dentro del ordenamiento jurídico venezolano, a la luz de la interpretación dinámica y tuitiva de los derechos humanos a la igualdad y a la protección integral de la familia, es absolutamente compatible con él.

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.

Así, luego de analizado y valorado el informe pericial de fecha 06 de marzo de 2015, 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, *reconociendo la doble filiación materna del niño*.

La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia señala que el niño 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 el hecho con base en la igualdad y a la no discriminación.

Así se advierte que la Sala Constitucional anula las decisiones previas y reconoce la filiación del niño con sus dos madres, ordena la inserción de la partida de nacimiento emitida por autoridades argentinas en el registro civil venezolano, sin hacer alusión alguna a la internacionalidad de la relación y a las normas de Derecho Internacional Privado venezolanas,<sup>7</sup> cuya Ley especial de la materia, por cierto, ya cumplió 20 años de su entrada en vigor.

### 3. CONSIDERACIONES DEL DERECHO VENEZOLANO

Entonces, tomando en cuenta que el Derecho venezolano no tiene una regulación expresa con contemple la situación de la madre que da a luz un hijo que genéticamente no es suyo porque el óvulo es de otra mujer, a lo que se denomina *madres sustitutas* y que actualmente existe un vacío

---

<sup>7</sup> MADRID MARTÍNEZ, Claudia. "Venezuela: Reconocimiento de la filiación homoparental", *Cartas obligatorias*, 2017, <https://cartasblogatorias.com/tag/familia-homoparental/>

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, Número 1187 de fecha 15 de diciembre de 2016, Acción de Amparo Constitucional, a partir de un análisis realizado con base en los Derechos Humanos, hizo un reconocimiento de una doble filiación materna de pareja homoparental, en el sentido del derecho a conformar una familia.

De tal manera que, a pesar de que no se hizo ninguna mención del matrimonio celebrado válidamente en Argentina en la dispositiva y que la decisión a la que se llegó no fue el producto de una feliz disertación, pues no partió de las fuentes legislativas de las que disponemos para los casos de Derecho Internacional Privado. Ha debido tomarse en cuenta el Interés Superior de Niño para invocar así, la institución de Derechos Adquiridos prevista en el artículo 5 de la Ley de Derecho Internacional Privado,<sup>8</sup> por medio de la cual, en virtud del citado *interés superior del niño* se habría aplicado a su vez orden público internacional atenuado.<sup>9</sup> Esto es, como se trata de situaciones jurídicas válidamente creadas en el extranjero, pueden desplegar los efectos *periféricos* y *no nucleares* que se derivan de ellas, ya que el contacto en el tiempo y en el espacio de tales situaciones con el foro es débil y lejano, por lo tanto no generan daño sustancial a la estructura básica y a la cohesión del país receptor.

Lo cual implica, para el orden público internacional atenuado, que si bien podría rechazarse la figura que contraría al orden público venezolano, también se permitiría que sus efectos periféricos fueran desplegados, surtiendo su eficacia en el territorio nacional. Por ejemplo, no se

<sup>8</sup> Artículo 5º. “Las situaciones jurídicas creadas de conformidad con un Derecho extranjero que se atribuya competencia de acuerdo con criterios internacionalmente admisibles producirán efectos en la República, a no ser que contradigan los objetivos de las normas venezolanas de conflicto, que el Derecho venezolano reclame competencia exclusiva en la materia respectiva, o que sean manifiestamente incompatibles con los principios esenciales del orden público venezolano.” Ley de Derecho Internacional Privado.

<sup>9</sup> 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. *cfr.* IUD, CAROLINA, “Los matices del orden público internacional en las relaciones de familia”, *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*, Caracas, núm. 8, vol. 5, 2013, pp. 437–451.

reconocería el matrimonio de pareja homoparental constituido conforme a un Derecho extranjero, el efecto nuclear de la alianza, de la unión individualmente considerada, pero si los efectos derivados de ella como podrían ser los efectos patrimoniales (derecho a la repartición equitativa del patrimonio de la unión, obligación de manutención), sucesorales (derecho a la vocación hereditaria), civil (derecho al apellido o patronímico procedente de la unión, al registro de dicho nombre, disolución del vínculo), social, (inscripción en el seguro social).<sup>10</sup>

Esto en virtud de que, en Venezuela se consagra exclusivamente como válido el matrimonio entre un solo hombre y una sola mujer,<sup>11</sup> siendo la disposición normativa que lo contempla 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 el Interés Superior del Niño, como criterio base de interpretación, porque el escenario contrario lo dejaría en un estado de indefensión, no solo al niño sino también a la cónyuge sobreviviente peticionante.

Es justo mencionar las referencias particulares que en el único voto salvado de esta sentencia se hacen al sistema de Derecho Internacional Privado venezolano. Con el objeto de sustentar la inadmisibilidad del recurso de amparo, se insinúa la existencia de un fraude a la Ley por el hecho de que las ciudadanas venezolanas se hayan trasladado a Argentina para celebrar su matrimonio, a fin de evadir al ordenamiento jurídico venezolano, ya que en Venezuela se mantiene la prohibición al matrimonio igualitario, como antes señalamos. Pese al fraude al que hace referencia el Magistrado disidente invoca al artículo 5 de la Ley de Derecho Internacional Privado venezolana, el cual prevé el reconocimiento de las situaciones jurídicas válidamente adquiridas conforme a un Derecho extranjero. A su vez invoca al artículo 9 del Código Civil, disposición que fue

<sup>10</sup> cfr. LUGO HOLMQUIST, Claudia y Mirian RODRÍGUEZ REYES, “Las uniones homoafectivas celebradas en el extranjero. Sistema venezolano de Derecho Internacional Privado”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 149, mayo-agosto de 2017, pp. 794-795.

<sup>11</sup> Artículo 44, “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).

derogada por la Ley de Derecho Internacional Privado y que consagraba la aplicación de la Ley nacional al estado y capacidad de las personas.<sup>12</sup>

#### 4. CONCLUSIÓN

Hoy día resulta innegable la necesidad de superar la determinación de la filiación de la maternidad por la ocurrencia del parto, fundada en el principio *mater semper certa est*. El mundo actual presenta novedosas realidades, que demandan de una regulación jurídica en virtud de toda una casuística que le supera y que surge entre otras razones, por las nuevas tecnologías, por los nuevos métodos de reproducción humana asistida, así como por el cruce de fronteras que abarcan a más de un ordenamiento jurídico. Se plantean casos novedosos de personas que acuden a estos métodos de fertilización asistida, no porque padezcan problemas de fecundación, sino para poder conformar una familia en parejas de un mismo sexo, transexuales y transgéneros, esto es, en virtud de nuevos paradigmas familiares, incluida la familia internacional.<sup>13</sup> Por lo cual, nos parece de capital importancia el análisis realizado por el Tribunal Supremo de Justicia venezolano sobre el derecho a tener una familia desde el enfoque de los Derechos Humanos.

Toda esta confluencia de circunstancias constituye para nosotros uno de los mayores desafíos, de los mayores retos de Derecho Internacional Privado como disciplina jurídica que debe dar respuesta a esta materia de trascendencia social, y ponerse a su vez al servicio de la defensa y promoción de los Derechos Humanos.

---

<sup>12</sup> MADRID MARTÍNEZ, C., *op. cit.*

<sup>13</sup> ALBORNOZ, María Mercedes y Nuria GONZÁLEZ MARTÍN, “Aspectos transfronterizos de la gestación por sustitución”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, Ciudad de México, núm. 16, 2016, p. 7.

