

# La última sentencia de la Sala Constitucional en materia de instituciones familiares: La familia homoparental

Edison Lucio VARELA CÁCERES \*

## Sumario

**Introducción 1. La diversidad familiar 2. La sentencia N° 1187/2016 de la Sala Constitucional 2.1. Síntesis de los hechos 2.2. Razonamientos de la sentencia 2.3. El voto disidente 3. Comentarios a la sentencia N° 1187/2016 de la Sala Constitucional 3.1. Aspectos que requieren de una depuración 3.1.1. Presupuestos para la práctica de las técnicas de reproducción humana asistida 3.1.2. La gestación subrogada 3.1.3. La voluntad procreacional 3.2. Aspectos no dilucidados 3.2.1. El orden de los apellidos 3.2.2. Los matrimonios y las uniones estables de hecho por parejas del mismo sexo 3.2.3. La adopción conjunta por parejas afectas a su mismo sexo Conclusiones**

---

\* **Universidad de Los Andes**, Abogado *Cum Laude*. **Universidad Central de Venezuela**, Especialista en Derecho de la Niñez y de la Adolescencia; Profesor Instructor por concurso de oposición de Derecho Civil I Personas. **Universidad Bolivariana de Venezuela**, Profesor de Derecho de Familia. **Universitat de Barcelona**, Máster en Derecho de Familia e Infancia.

Dedico este modesto opúsculo al profesor Manuel ESPINOZA MELET, quien, desde que conocí una mañana en su lección pública para ingresar a la ilustre Universidad Central de Venezuela, ha continuado impresionándonos con su nivel académico y su firme convicción cívica y democrática, digno no solo de la casa de estudio que lo cuenta entre los suyos, sino del buen nombre de sus antepasados, el cual lleva sobre sus anchos hombros con solvencia moral.

## Introducción

Con ocasión a una reciente decisión de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en la cual declara la constitucionalidad de «las familias homoparentales» y la «doble maternidad»<sup>1</sup>, se ha considerado oportuno reflexionar sobre algunas tendencias en materia de Derecho de Familia, comenzando por su diversidad, siguiendo con sintetizar los argumentos expuestos en el fallo, así como del voto salvado que lo acompaña, finalizando con algunos comentarios sobre aspectos polémicos que se desprenden de la decisión, ya sea por lo que dice o calla la referida sentencia.

Por tanto, no se ha centrado el presente análisis en la justificación de la familia homoparental y la doble maternidad, sino en las consecuencias que su declaración de constitucionalidad produce en institutos familiares, *verbi gratia*: las técnicas de reproducción humana asistida, la gestación subrogada, la voluntad procreacional, el orden de los apellidos, los matrimonios, las uniones estables de hecho y la adopción conjunta por parejas afectas a su mismo sexo.

### 1. La diversidad familiar

Cualquier análisis de las normas que integran el Derecho de Familia debe necesariamente partir de su diversidad, de allí que el artículo 75 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela aluda a la protección de «las familias» en plural, proyectando su tutela preferente sobre una variedad de formas de constituirla<sup>2</sup>.

Ciertamente, aquella visualización de la familia «legal» como única representación de los vínculos familiares, fundada en la «sacrosanta» institución

<sup>1</sup> TSJ/SC, sent. N° 1187, del 15-12-16, con voto particular disidente, <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/diciembre/194078-1187-151216-2016-16-0357.HTML>.

<sup>2</sup> *Vid.* VARELA CÁCERES, Edison Lucio: «El Derecho de Familia en el siglo XXI: Aspectos constitucionales y nuevas tendencias». En: *Revista de Derecho*. N° 31. TSJ. Caracas, 2009, pp. 56 y ss.

del matrimonio, hoy en día no tiene sentido, pues se encuentra desvirtuada por la realidad y por el Derecho<sup>3</sup>.

En efecto, los hechos demuestran que pueden surgir nexos familiares de otros institutos distintos al matrimonio, e incluso que este último ni siquiera es necesario para la configuración de efectos jurídicos dentro de esta materia. Por su parte, la misma Constitución reconoce a la unión estable de hecho como una forma válida de constituir una familia (artículo 77), así como destaca a la «familia sustituta» como complemento en caso de faltar la de «origen» (artículo 75) y contempla la protección de la filiación y, en consecuencia, de la maternidad y la paternidad con independencia de la relación de pareja de los progenitores (artículo 76).

Empero, aunque el Derecho de Familia es una de las ramas del Derecho Civil más dinámicas y por ello siempre está en constante evolución, en el caso del ordenamiento jurídico venezolano se observan graves atrasos que devienen en enormes complicaciones prácticas<sup>4</sup>. Es verdad que la propia Sala Constitucional

---

<sup>3</sup> Al respecto recuerda nuestro profesor VILLAGRASA ALCAIDE, Carlos: «La diversidad de modelos familiares y su tratamiento jurídico» (material digital del Máster en Derecho de Familia e Infancia, UB. Barcelona, 2016-2017), p. 1, «Debemos comenzar por considerar que 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 familiar nuclear y jerarquizada, incompatible con una sociedad democrática, en la que impera, desde la conciencia colectiva, el respeto a la libertad personal de formar una familia con sentimientos libres y sin prejuicios sexistas».

<sup>4</sup> Cfr. TORRES-RIVERO, Arturo Luis: *Derecho de Familia –parte general–*. Vol. I. UCV. Caracas, 1964, p. 43, «Del estudio de los diferentes aspectos en la evolución de la familia, se establece la dinámica de ésta y de los regímenes vigentes, pues la familia no es estática, inmutable; su concepto es una secuela de las manifestaciones de la vida humana; su constitución y su organización están en relación a los principios imperantes en el tiempo y en el espacio», por tanto señala el mismo autor: «El Derecho debe afrontar lo que vive y lo que sucede. Para cumplir su objetivo, tiene que ajustarse a esa realidad; si no, se convertirá en algo arcaico, caduco, totalmente inadecuado» («El Derecho de Familia y el desarrollo». En: *Revista del Colegio de Abogados del Estado Lara*. Barquisimeto, 1973, p. 19).

ha tratado de resolver algunos escollos, por medio de sus «interpretaciones vinculantes», pero ellas, aunque cargadas de buena fe, han añadido mayores interrogantes que respuestas<sup>5</sup>, el fallo que motiva esta reflexión podría ser un claro ejemplo de lo que se afirma.

Por otra parte, esta amplitud no es arbitraria, ya que una de las cualidades que presenta esta área del Derecho es que sus institutos están vinculados con el orden público<sup>6</sup>, las buenas costumbres e imperativos legales que se transforman en limitaciones a la autonomía de la voluntad de las partes y, también, en prohibiciones a los poderes constituidos cuando las restricciones son a nivel constitucional.

Justamente, sobre esto último, se dispone de un caso paradigmático y sumamente complejo, cuando se observa que la propia Carta Magna en el artículo 77 establece que tanto el matrimonio como la unión estable de hecho se establece «entre un hombre y una mujer», expresión que claramente se dirige

<sup>5</sup> Vid. sobre unión estable de hecho (sent. N° 0190, del 28-02-08, y sent. N° 1682, del 15-07-05); filiación (sent. N° 806, del 08-07-14; sent. N° 1443, del 14-08-08; sent. N° 2491, del 21-12-07, y sent. N° 1456, del 27-07-06); matrimonio (sent. N° 1353, del 16-10-14, y sent. N° 953 del 16-07-13); divorcio (sent. N° 446 del 15-05-14 y sent. N° 693, del 02-06-15). En relación con esta última materia, véase: VARELA CÁCERES, Edison Lucio: «La última sentencia de divorcio de la Sala Constitucional (comentarios a la sentencia N° 693 de fecha 2 de junio de 2015)». En: *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*. N° 6. Caracas, 2016, pp. 145 y ss. ESPINOZA MELET, Manuel: «La transformación del artículo 185-A del Código Civil». En: *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*. N° 4. Caracas, 2014, pp. 233 y ss.

<sup>6</sup> Vid. VARELA CÁCERES: art. cit. («El Derecho de Familia...»), pp. 34 y 35. SOJO BIANCO, Raúl: *Apuntes de Derecho de Familia y Sucesiones*. 14ª, Mobil-Libros. Caracas, 2007, destaca que sobre el Derecho de Familia «predomina el interés colectivo sobre el privado, es decir, que casi todas son de orden público y, por tanto, no pueden renunciarse ni relajarse en beneficio de los particulares». También, DE FREITAS DE GOUVEIA, Edilia: «La autonomía de la voluntad en el derecho de la persona natural». En: *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*. N° 1. Caracas, 2013, p. 125, ha apuntado: «Los estados derivados del matrimonio están relacionados con el orden público; por ende, son indisponibles, pero la ley da cabida a la intervención de la voluntad dentro de sus límites y requisitos. El sujeto decide contraer matrimonio, pero bajo las formalidades legales».

a excluir, desde el plano constitucional, cualquier otro tipo de unión de pareja, como lo sería entre personas afectas a su mismo género<sup>7</sup>.

Obviamente, tal limitación no resulta coherente con la evolución de los referidos institutos en el Derecho comparado, y mucho menos con la sociedad venezolana que reclama con justicia una ampliación para las parejas compuestas por homosexuales. Sin embargo, así quedó establecido en la Constitución, que, además, como ella misma indica, es «la norma suprema» (artículo 7).

Lo antepuesto obliga a realizar mayores esfuerzos para buscar una interpretación lo más adecuada a la dignidad humana y que no desvirtúe el texto del artículo 77 en su sentido literal, teleológico, sistemático e histórico<sup>8</sup>, y por ello

<sup>7</sup> Sobre las uniones estables véase: VARELA CÁCERES, Edison Lucio: «Una lección. La unión estable de hecho (Comentario a la sentencia N° RC.000326, de la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia)». En: *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*. N° 1. Caracas, 2013, p. 344, las parejas integradas por personas del mismo sexo «se encuentran excluidas del concepto de unión estable de hecho y, por tal motivo, se ubican dentro de la noción amplia de ‘queridato’, mas no se desea pecar de falsa moral, en realidad aunque en el modelo actual de nuestro ordenamiento jurídico dichas situaciones no se puedan encasillar dentro del artículo 77 de la Carta Fundamental, ello no quiere decir que se encuentren proscritas y sean realidades criminales, nada de eso, lo que se afirma es que dichas relaciones no reciben una protección destacada del Estado, esto a razón que a través de las mismas no se está resguardando a la familia como asociación natural –artículo 75 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela–. En otras palabras, los escenarios descritos pueden perfectamente obtener repercusión e incluso protección en otras áreas del Derecho, como por ejemplo en materia de seguro, ámbito laboral, tutela por no discriminación, responsabilidad civil, etcétera. Pero no le son aplicables las salvaguardas estrictamente de carácter familiar, por así determinarlo expresamente el constituyente, otra cosa sería si se reformara la Constitución y se diera una ampliación al articulado en comentario». Véase también: RIQUEZES CONTRERAS, Oscar: «A propósito de la Ley Orgánica de Registro Civil ¿El concubinato crea un nuevo estado civil?». En: *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*. N° 3 (digital). Caracas, 2014, pp. 297 y ss. [www.rvlj.com.ve](http://www.rvlj.com.ve).

<sup>8</sup> En otras oportunidades se ha indicado que el sentido «literal» del texto es regular el requisito de diversidad de sexo, que esa fue la «intención» con su incorporación en la Constitución de 1999, que además es coherente con otras disposiciones, como lo sería el artículo 44 del Código Civil y que históricamente dicha restricción no se encontraba en

se ha aclarado que lo que persigue la referida disposición es promocionar una protección «preferente», mas no «exclusiva», lo que implicaría que podrían crearse otras formas distintas de reconocer y de dotar de efectos jurídicos a aquellas parejas que no se encasillen dentro de esas figuras básicas.

En tal sentido, podría perfectamente, a través de una ley, regularse estos nexos de pareja sin denominarlos «matrimonio» o «unión estable de hecho», sino por ejemplo: «pactos de convivencia», donde se establezcan los efectos más relevantes: comunidad ordinaria de bienes, vocación hereditaria, obligación de alimentos, derechos sobre prestaciones de seguridad social –pensión de sobreviviente, seguro médico, etcétera–, preferencias habitacionales, laborales, crediticias, entre otros<sup>9</sup>.

---

los textos constitucionales anteriores –como sería el caso de las Constituciones de 1947 y 1961, *vid.* BREWER-CARIAS, Allan R.: *Las constituciones de Venezuela*. Tomo II. 3<sup>a</sup>, Academia de Ciencia Sociales y Políticas. Caracas, 2008, *passim*–, pues para dichos momentos no existía ninguna discusión sobre tal diversidad, aspecto que sí ha sido planteado con fuerza en las últimas décadas y que justamente motivaron al constituyente a elevar la limitación, que para ese entonces era únicamente legal, a rango constitucional. *Cfr.* VARELA CÁCERES: art. cit. («El Derecho de Familia...»), pp. 67 y ss. Por su parte, BREWER-CARIAS, Allan R.: *Debate constituyente (aportes a la Asamblea Nacional Constituyente)*. Tomo III. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 1999, pp. 114 y 167, quien fue constituyente salvó su voto al artículo 80 del proyecto «por considerar que no debió eliminarse, al protegerse el matrimonio, la referencia al ‘hombre y la mujer’ que traía la redacción original pues ya no parece ser obvio, en el mundo moderno, que los matrimonios solo deban existir entre hombre y mujer», añadiendo, «Se eliminó la referencia al ‘hombre y la mujer’ al protegerse el matrimonio, lo cual no consideramos correcto por las desviaciones que podrían derivarse», opinión que fue escuchada, pues se volvió a añadir la referencia en el texto final. Sobre los métodos hermenéuticos véase: VON SAVIGNY, Friedrich Karl: *Sistema del Derecho romano actual*. Tomo I. F. Góngora y Compañía, Editores. Trad. J. MESÍA y M. POLEY. Madrid, 1878, pp. 149 y ss.

<sup>9</sup> Fue la alternativa que adoptaron, en un principio, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires en Argentina a través de la «Ley de Unión Civil» del 2002 y en el Distrito Federal de México según la «Ley de Sociedades de Convivencias» del 2006, *vid.* ADAME GODDARD, Jorge: «Análisis y juicio de la Ley de Sociedades de Convivencia para el Distrito Federal». En: *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*. N° 120. UNAM. México D. F., 2007, pp. 931 y ss.

No obstante, la solución idónea y correcta es que se recurra al «Poder de revisión de la Constitución» –enmienda, reforma o Asamblea Nacional Constituyente<sup>10</sup>– con la intención de modificar el artículo 77 y así suprimir la restricción que se ha aludido, ampliando el matrimonio y la unión estable de hecho no solo a la parejas con diversidad de sexo, sino a las otras opciones, eliminándose el tradicional requisito de fondo para el matrimonio<sup>11</sup>.

Pero el escenario sombrío antes aludido, no solo cubre a las relaciones de parejas afectas a su mismo sexo, ya que, en general, todo el Derecho de Familia demanda a gritos una evolución de sus institutos, los cuales se encuentran claramente desfasados, la propia unión estable de hecho se halla huérfana de ley que regule sus efectos jurídicos de forma adecuada, desoyendo con tal omisión el mandato constitucional. El matrimonio, en lo que se refiere a su disolución por medio del divorcio, también urge de una transformación. La filiación no se queda atrás y las nuevas técnicas de reproducción humana andan libremente a su cuenta, sin ningún tipo de control o freno –como se palpa paladinamente en el fallo comentado *infra*–, contradiciendo lo establecido la Constitución al exigir que tales prácticas se rijan por «valores éticos y científicos» (artículo 76).

Todo lo denunciado demanda un poco de coherencia que, por un lado, implique la superación de las posiciones tradicionales en relación con las instituciones familiares –que rayan en lo atávico, con oscuros prejuicios– y, por otro, que se realicen los esfuerzos necesarios para la adopción de un «Código de

<sup>10</sup> Vid. PEÑA SOLÍS, José: «La revisión de la Constitución de 1999». En: *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*. N° 5. Caracas, 2015, pp. 537 y ss. y HERNÁNDEZ-MENDIBLE, Víctor Rafael: «El poder de reforma de la Constitución límites del poder constituido». En: *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*. N° 7-II (digital). Caracas, 2016, pp. 611 y ss. [www.rvlj.com.ve](http://www.rvlj.com.ve). Véase: DOMÍNGUEZ GUILLÉN, María Candelaria: «Breves consideraciones jurídicas sobre las uniones homosexuales en el marco de la Constitución Venezolana». En: *Revista Cuestiones Jurídicas*. Vol. VII, N° 1. URU.. Maracaibo, 2013, pp. 11-40.

<sup>11</sup> Vid. DOMÍNGUEZ GUILLÉN, María Candelaria: *Manual de Derecho de Familia*. 2ª, Editorial Paredes. Caracas, 2014, p. 68; LÓPEZ HERRERA, Francisco: *Derecho de Familia*. Tomo I. 2ª, UCAB. Caracas, 2006, p. 240.

Familia»<sup>12</sup> que modernice los referidos institutos y los acerque a las necesidades que demanda la sociedad venezolana del siglo XXI.

## 2. La sentencia N° 1187/2016 de la Sala Constitucional

Para poder comentar los aciertos y desaciertos del fallo bajo foco, se requiere previamente ilustrar los hechos que lo motivaron y los razonamientos que exhibió la Sala para arribar al dispositivo donde «interpreta» el artículo 75 de la Constitución «en el sentido de que la jefatura de las familias pueden ejercerlas las familias homoparentales» y, en consecuencia, «reconoce» la doble «filiación» materna.

### 2.1. Síntesis de los hechos

Dos mujeres venezolanas contraen matrimonio en el año 2013, en la provincia de Santa Fe de Argentina<sup>13</sup>, posteriormente regresan a Venezuela en donde practican una técnica de fertilización artificial con espermatozoides donados –obtenidos de una banco de semen– y óvulos suministrados por una de ellas e insertado el cigoto en la otra mujer. Seguidamente, viajan nuevamente a Argentina con el propósito de dar a luz al niño concebido a través de la referida técnica de reproducción humana, el cual nace en Buenos Aires en el 2014, y es presentado ante el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas argentino como hijo de ambas mujeres<sup>14</sup>, y regresan a Venezuela.

<sup>12</sup> Reclamos que además son de vieja data, pero no por ello frívolos. Así recordamos que el expresidente Herrera Campins, en su oferta electoral, señalaba: «Se revisará y complementará la legislación referente a la familia, y se promoverá la promulgación de un Código de Familia», empero cuando ganó la elección se olvidó de su propuesta, véase: PRINCE DE KEW, Carmen: *Reforma parcial del Código Civil. Análisis de una política pública*. USB-Congreso de la República. Caracas, 1990, p. 44. También, la doctrina ha sugerido un código especial para esta materia, *cfr.* TORRES-RIVERO: art. cit. («El Derecho de Familia...»), p. 34.

<sup>13</sup> Desde 2010, por medio de la Ley N° 26618 que modifica el Código Civil, se permiten los matrimonios entre personas del mismo sexo en toda la República Argentina –antes solo en algunas provincias–, actualmente regulado en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación que comenzó a regir desde agosto de 2015.

<sup>14</sup> El voto salvado que acompaña la decisión indica que fue inscrito en el «Registro Civil de la Provincia de Santa Fe».



Finalmente, comienza un conjunto de trámites administrativos en Venezuela con el objetivo de que las autoridades del Registro del Estado Civil reconozcan el referido matrimonio y la filiación antes aludida, así como pretensiones judiciales que devienen en la acción de amparo constitucional<sup>15</sup> que conoce la Sala Constitucional y que motiva estos comentarios.

## 2.2. Razonamientos de la sentencia

Previo a los pronunciamientos de forma –declaratoria de su competencia para conocer el asunto e «inadmisibilidad por inepta acumulación de pretensiones»–, pasa a conocer del fondo por razón de «orden público constitucional», indicando:

... esta Sala observa que del escrito contentivo de la presente acción de amparo se evidencia que los derechos presuntamente violados afectan no solo la esfera particular de los derechos subjetivos de los accionantes, sino de un número indeterminado de personas que forman el grupo de LGBT revistiendo tales violaciones el carácter de orden público indicado por la norma, afectando las buenas costumbres. Incluso, en razón de todos los niños, niñas y adolescentes, que como hijos o hijas de homosexuales o transexuales, tienen derecho a pertenecer a una familia y a gozar de todos los beneficios que esto conlleva...

En tal sentido, a los fines de resolver el asunto, que además declara de «mero Derecho», la Sala se limita a transcribir algunas disposiciones constitucionales (artículos 43, 44, 56, 75 y 76), de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes (artículos 5, 17, 44 y 45), su propio precedente<sup>16</sup>, disposiciones de tratados internacionales como: del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos (artículos 23 y 24), Convención

<sup>15</sup> Los artículos denunciados de la Constitución son: 20 –libre desarrollo de la personalidad–, 56 –derecho a la identidad– y 78 –derechos de la infancia–.

<sup>16</sup> TSJ/SC, sent. N° 1456, del 27-07-06, fallo también polémico donde se decide un asunto relacionado con la fecundación artificial *post mortem*. Vid. DOMÍNGUEZ GUILLÉN, María Candelaria: «Breve referencia a la filiación *post mortem*». En: *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*. N° 134. UCV. Caracas, 2009, pp. 195 y ss.

sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (artículo 16), Convención sobre los Derechos del Niño (artículo 7) y Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (artículo 6), algunos de los cuales no tiene relación y peso argumentativo con el *thema decidendi*, pero que le permiten afirmar:

... 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...

A continuación, la Sala Constitucional se detiene a desarrollar el «concepto y regulación en el Derecho comparado relacionado con los métodos de reproducción asistida, entre lesbianas, gays, bisexuales y transexuales (LGBT)», para lo cual recurre a fuentes no confiables, es decir, a recursos documentales no oficiales, que además no se encuentran arbitrados por comunidades científicas y por ello pueden contener fallas o distorsiones que ponen en duda la seriedad de los razonamientos de la propia Sala, así, *verbi gratia*, recurrir a «Wikipedia» no es la mejor forma de demostrar la certitud de una posición, más cuando en la doctrina nacional o extranjera existen estudios formales y bien documentados que tratan el asunto como se verá *infra*.

En tal orden, al definir la «reproducción asistida» señala que «consiste en la manipulación del óvulo o el espermatozoide con el objetivo de conseguir un embarazo, con independencia de la causa de la esterilidad».

La «gestante subrogada», sería «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 y parirlo en sustitución de la mencionada persona o pareja».

Entonces, para la Sala «existen casos de personas que acuden a dichos métodos, para encontrar una solución a una situación jurídica todavía no regulada por el ordenamiento jurídico, en nuestro caso, aun no prevista en forma expresa, como lo es la reproducción en parejas de un mismo sexo, que pueden dar origen a una filiación»<sup>17</sup>.

Prosigue el fallo citando las pruebas documentales que constan en el expediente y transcribiendo como «hechos notorios» una información que extrae de un blog de una organización no gubernamental –claramente parcializada– y de un periódico que difunde declaraciones de la accionante en amparo.

Con dichos elementos, la Sala comienza el «análisis concreto de la situación planteada en la acción de amparo», el cual centra en el reconocimiento de la identidad, así como en «el derecho a tener ambos apellidos, a heredar de sus progenitores»<sup>18</sup>.

Para resolver el punto referido a la identidad relacionada con la doble maternidad, reproduce un precedente en el cual fija doctrina sobre el interés superior del niño<sup>19</sup>, y realiza una declaración de principio: «el objetivo principal

<sup>17</sup> La frase: «la reproducción en parejas de un mismo sexo» es francamente ininteligible, ya que es imposible –según el «adelanto» de la ciencia, salvando tal vez la hipótesis de la clonación– la generación de un ser a partir de dos personas del mismo sexo. En todo caso, a lo que se debe referirse la Sala es a la posibilidad de establecer legalmente la filiación con dos madres o padres, cuando ellos recurran a la utilización de técnicas de reproducción humana, lo cual es otra cosa.

<sup>18</sup> Conviene desatacar que la Sala menciona que la mujer aportante del óvulo falleció después del nacimiento del presunto hijo.

<sup>19</sup> TSJ/SC, sent. N° 1917, del 14-07-03. *Vid.* WILLS RIVERA, Lourdes: «Visión jurisprudencial sobre el interés superior del niño». En: *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*. N° 136. UCV. Caracas, 2012, pp. 149 y ss. TERÁN PIMENTEL, Milagro: «Sobre un concepto de interés superior del menor». En: *Anuario de Derecho*.

de esta Sala Constitucional es materializar la protección de forma integral del niño involucrado en la presente controversia».

Así, sostiene que la maternidad de la mujer que dio a luz al niño tiene fundamento en el artículo 197 del Código Civil, pues «resulta suficiente para declarar como cierto el vínculo jurídico que une a un hijo con su madre, el parto; en virtud de razones naturales» y al recurrir a «técnicas de reproducción asistida se encuentra en la condición de gestante subrogada» por lo que «conforme a nuestro ordenamiento jurídico se le atribuye la filiación materna (...) ya que fue ésta la que llevó a cabo el proceso de gestación y materializó el hecho cierto del parto, filiación que esta Sala Constitucional ratifica, por cuanto realmente desde el inicio del procedimiento de reproducción asistida nunca hubo tal intención de ‘entrega del niño’ por parte de la gestante subrogada».

Por otra parte, la Sala observa que el artículo 56 del texto constitucional hace referencia a una identidad fundada en vínculos biológicos<sup>20</sup>, lo cual, en su opinión, justificaría la filiación con la madre aportante de la carga genética –óvulo<sup>21</sup>–. Esta conclusión la efectúa previa ponderación de la prueba de ADN realizada y referencias a un artículo de prensa publicado en 1999.

Lo anterior le permite a la Sala Constitucional constatar «una clara manifestación de voluntad de constituir una familia homoparental con los efectos

---

N° 31. ULA. Mérida, 2014, pp. 13 y ss. SIRA SANTANA, Gabriel: «El interés superior del niño como limitante a la libertad de expresión, a propósito de la sentencia N° 359/2014 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia». En: *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*. N° 5. Caracas, 2015, pp. 569 y ss.

<sup>20</sup> Vid. VARELA CÁCERES, Edison Lucio: «La identidad biológica y la filiación: comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de Justicia, en Sala Constitucional, N° 1443 de fecha 14 de agosto de 2008». En: *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*. N° 134. UCV. Caracas, 2009, pp. 219 y ss. AGUILAR CAMERO, Ramón Alfredo: *La filiación paterna (consideraciones sobre el nuevo régimen legal y su fundamento constitucional)*. UCV. Caracas, 2013, *passim*.

<sup>21</sup> Vale mencionar que la Sala comete otro error conceptual al hacer referencia a que la madre aportante del óvulo realizó una «ovodonación», ya que dicho término, como se desprende de su literalidad, se refiere a la cesión del gameto femenino y justamente de ocurrir una «donación» ello haría incompatible cualquier reclamación de filiación materna.

jurídicos que la misma conllevaría en similares circunstancias a la de una familia tradicional».

Entonces, la doble maternidad, a juicio de la Sala, se encuentra justificada en el artículo 75 de la Constitución que «garantiza la protección integral a la madre, al padre o a quienes ejerzan la jefatura de la familia, como asociación natural de la sociedad», lo cual considera «concatenado al derecho a la igualdad y no discriminación, previstos en el artículo 21», por lo que concluye:

Del reconocimiento de tal filiación biológica que hace esta Sala Constitucional y la legal conforme al hecho natural, que se verifica entre ambas madres y su hijo, así como el vínculo jurídico que hoy se declara por esta Sala Constitucional, es ineludible, asimismo, plantear que en esta nueva situación que merece especial atención jurídicamente, ambas ciudadanas manifestaron ampliamente su voluntad procreacional, siendo éste uno de los elementos a considerar para la concepción y la determinación del futuro nuevo sujeto de derechos (...) siendo que surgen serias consecuencias jurídicas, que como fueron señaladas por la parte accionante no se circunscriben solo al derecho a la identidad del niño, sino que se equipara la esfera jurídica de éste a la de cualquier niño nacido solo con la herencia biológica de una madre (...) En virtud, de que como ya se ha explicado anteriormente, resultan involucrados tanto los derechos de las progenitoras y el derecho que tiene el niño, de conocer su origen, la identidad de los mismos y en este sentido llevar sus apellidos tal como lo consagra el artículo 56 constitucional; así como el ostentar la nacionalidad que corresponde según el ordenamiento jurídico venezolano (...) así como ser cuidado por tales progenitoras (...) pues resulta lógico pensar que únicamente si se conoce a los progenitores, se puede ejercer de manera plena y efectiva el derecho a ser cuidado por ellos, que además está indefectiblemente relacionado con el derecho a ser criado en una familia (...) En consecuencia, 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 éstos sujetos de derecho, que gozan de todos

los derechos 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 (...) Corolario de lo anterior, estos niños tienen derecho a la sucesión universal del patrimonio de sus progenitores, de ser el caso, lo cual ha acontecido en la situación bajo análisis (...) Asimismo, es preciso establecer que bajo la interpretación que se hace sobre el ejercicio de la jefatura de las familias, en aquellas de las conocidas como homoparentales, sus miembros tendrán los mismos deberes, responsabilidades y derechos compartidos, iguales e irrenunciables de criar, formar, educar, custodiar, vigilar, mantener y asistir material, moral y afectivamente a sus hijos e hijas, dentro del marco de protección garantizada por el Estado...

### *2.3. El voto disidente*

El magistrado Calixto Ortega Ríos, salva su voto sobre la anterior decisión, donde, además de discutir la competencia y la conformación del «acervo probatorio», expone las siguientes consideraciones:

... esta Sala Constitucional ha debido centrar sus análisis en el reconocimiento del derecho de toda persona, en especial de todo niño o niña, a conocer y que sea legalmente reconocida su identidad como parte fundamental de su personalidad, y, no, en interpretar el artículo 75 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (...) Lo anteriormente planteado se sujeta en la consideración de quien disiente de que el derecho a la identidad de una persona es independiente del estado civil de las personas que la procrearon...

Continúa transcribiendo disposiciones de la Constitución (artículo 56), de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes (artículos 16 y 17) y de la Ley Orgánica de Registro Civil (artículos 89 y 93), lo que le permite aseverar:

... en el estado actual del Derecho venezolano los efectos deseados así como los derechos invocados por la parte actora no se encuentran

configurados, por ende, la pretensión de la actora supera la protección que la acción de amparo presta a las personas pues esta tiene como límite lógico los derechos constitucionalmente consagrados. Así como aquellos inherentes que puedan a la luz del sistema normativo nacional invocarse. Por ello, quien aquí disiente observa que se ha configurado un fraude a la ley, en los términos que la doctrina en Derecho Internacional Privado lo define, puesto que se observa que de forma maliciosa pero por medios lícitos, las ciudadanas (...) se colocaron bajo el imperio de la ley argentina para obtener una situación que les era favorable cuando en Venezuela dichos supuestos no podían, como todavía no pueden, surgir efectos jurídicos. Así, es menester observar que se está en presencia de los elementos materiales e intencionales del fraude, así como se obtuvo el resultado pretendido cuando las normas que se desafiaron son del más estricto orden público en tanto se refieren al estado y capacidad de las personas.

Concretamente reproduce normas de la Ley de Derecho Internacional Privado (artículo 5) y del Código Civil (artículo 9), que a su juicio permitirían sostener:

... las decisiones que fueron anuladas por esta Sala Constitucional en la sentencia que antecede no debieron haberlo sido, toda vez que quienes en ellas actuaron al proceder al registro del nacimiento del niño reconociendo que era hijo de su madre biológica –a los efectos de esta decisión se entiende como tal a quien lo gestó y alumbró– no solo no era una acción lesiva de derecho constitucional alguno que pudiera reconocérsele a la ciudadana (que aportó el óvulo), ni a su hijo, sino que constituye el acatamiento de las normas de Derecho nacional y una resistencia legítima a evitar reconocerle efectos a un hecho fraudulento. Es así un hecho a considerar que la resistencia al registro del niño, en los términos que lo solicitó su progenitora constituye un supuesto típico de limitación a la aplicación en territorio nacional de la ley extranjera (...) Por las razones antes expuestas, quien suscribe el presente voto considera que la presente acción de amparo resultaba a todas luces inadmisibles, así como que los criterios sobre los cuales se

tomó la decisión de fondo no resultan aplicables al Derecho venezolano, y por ende, que el resultado decisorio de esta Sala no debió apuntar en ese sentido... (Paréntesis añadidos).

### **3. Comentarios a la sentencia N° 1187/2016 de la Sala Constitucional**

Aunque se juzga –en términos generales– que la decisión que toma la Sala Constitucional es ajustada a los principios jurídicos que rigen la institución, no se puede obviar que los argumentos empleados son deficientes, pues, algunos resultan claramente errados, otros son irrelevantes con relación al objeto de la pretensión y, finalmente, en ciertos casos, se deja de examinar aspectos que serían de interés para la formación de un juicio sereno y conveniente al debate planteado y, en sintonía, al dispositivo que se fijó.

#### *3.1. Aspectos que requieren de una depuración*

Se cree necesario la clarificación de algunos puntos que la sentencia no aborda con la debida propiedad y que, a la postre, generan distorsiones indebidas, a saber:

##### **3.1.1. Presupuestos para la práctica de las técnicas de reproducción humana asistida**

Como se ha puesto en evidencia, no existe en el ordenamiento jurídico venezolano una ley que de forma sistemática regule las condiciones, requisitos y protocolos médicos para acceder a la realización de las diferentes técnicas de reproducción humana asistida. En efecto, solo se pueden visualizar normas aisladas que reconocen sus efectos en materia de filiación (artículo 204 del Código Civil), que dan valor a la identidad biológica (artículo 56 de la Constitución), a su prueba genética (artículos 27, 28 y 31 de la Ley de Protección a las Familias la Paternidad y la Maternidad<sup>22</sup>) y que promocionan la prestación de servicios de planificación familiar (artículo 76 de la Constitución), incluyendo servicios de reproducción asistida (artículo 20 de la Ley de Protección a las Familias la Paternidad y la Maternidad).

<sup>22</sup> Vid. *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N° 38773, del 20-09-07.



El panorama descrito ha dado pie para que en dicha materia –altamente técnica y de asombrosa evolución– se generen situaciones conflictivas, a las cuales se añaden los casos en los que existe algún elemento de extranjería, ya sea producto de la globalización, los mecanismos de integración regional, el turismo reproductivo y, por qué no advertirlo, a veces, con fines fraudulentos.

Empero, la carencia de texto legislativo no puede llevar al intérprete a ignorar la realidad existente, sino que lo compromete a recurrir a todos los recursos hermenéuticos necesarios para colmar los vacíos legislativos. Por lo anterior, apelando a las normas jurídicas citadas y a otras que se refieren al sector sanitario –como la Ley sobre Donación y Trasplante de Órganos, Tejidos y Células en Seres Humano<sup>23</sup>–, se pueden construir unos perfiles mínimos que deben regir las técnicas de reproducción humana, al menos en términos amplios<sup>24</sup>. Ellos serían los siguientes:

i. Razonabilidad ética, científica y jurídica: Todo tratamiento médico debe contar con el aval profesional y técnico que determine su posibilidad como una mejora para la salud, pero, a su vez, no debe chocar con la moral ni

<sup>23</sup> *Vid. Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N° 39808, del 25-11-11. Téngase en cuenta que, como indica el propio texto legislativo y recuerdan NIÑO GAMBOA, Ana Julia y PELLEGRINO PACERA, Cosimina: «Breves comentarios a la nueva Ley sobre Donación y Trasplante de Órganos, Tejidos y Células en Seres Humanos». En: *Anuario de Derecho Público*. N° 5. Universidad Monteávil. Caracas, 2012, p. 204, «La prenombrada Ley tiene como objeto la regulación de la donación y el trasplante de órganos, tejidos y células en seres humanos solo con fines terapéuticos, de investigación o de docencia (artículo 1), excluyéndose de su ámbito de aplicación ‘las células madre embrionarias, ovarios, óvulos y esperma, así como la sangre y sus componentes, excepto células progenitoras hematopoyéticas’». Lo anterior no implica ausencia de principios comunes, sino se refiere a que cada una de las aludidas áreas sanitarias poseen procedimientos técnicos que por su especificidad requieren de normas especiales, como lo sería el caso de la Ley de Transfusión y Bancos de Sangre, *Gaceta Oficial de la República de Venezuela* N° 31356, del 08-11-77.

<sup>24</sup> BERNAD MAINAR, Rafael: *Efectos jurídicos de las nuevas técnicas de reproducción humana*. UCAB. Caracas, 2000, pp. 47 y ss, hace referencia a unos principios «que se revelan como criterios básicos en esta rama, y que se sustentarían en el propio sentido común, la naturaleza de las cosas, amén de la lógica jurídica y los principios generales del Derecho».

mucho menos con el ordenamiento jurídico<sup>25</sup>. Para el caso de las técnicas de planificación familiar, la Constitución es clara en exigir que las mismas deban estar basadas «en valores éticos y científicos» (artículo 76). A lo anterior pudiera añadirse las repercusiones éticas y jurídicas que se originan del tratamiento de las muestras genéticas y su uso, por ejemplo de los gametos y preembriones no utilizados —en relación con su destino, tiempo de conservación o destrucción<sup>26</sup>—; así como los aspectos relacionados con los acuerdos de fijación de la responsabilidad civil entre los pacientes y las clínicas, y las condiciones técnicas para resguardar la información en protección a los derechos a la intimidad de los usuarios de estos servicios, entre otros temas de interés.

ii. Gratuidad: El carácter no lucrativo de la aportación de gametos o preembriones para las técnicas de reproducción humana asistida, es fundamental, por cuanto se está tratando con un objeto que se encuentra fuera del comercio,

<sup>25</sup> BERNAD MAINAR: ob. cit. (*Efectos jurídicos...*), p. 47, refiere: «Tales prácticas se realizan solamente cuando haya razonables probabilidades de éxito y no constituyan riesgo grave para la salud de la mujer o de la posible descendencia».

<sup>26</sup> Vid. ESPARZA, Jesús: «Conflictos bioéticos a la luz de los derechos corporales: de gametos y embriones, y del *nasciturus*». En: *Memoria del VIII Congreso Mundial sobre Derecho de Familia*. Tomo I. UCV. Lourdes WILLS RIVERA, coord. Caracas, 1994, pp. 135 y ss. (también: «Las técnicas de reproducción asistidas y la investigación embrionaria: una visión bioética pluralista para la determinación del *status* jurídico del *nasciturus*». En: *Memorias del I Congreso venezolano de Derecho de Familia*. ULA. Mérida, 1999, pp. 239 y ss.); HERNÁNDEZ-BRETÓN, Eugenio: «Anotaciones a la Ley Alemana sobre Protección de los Embriones: genoma humano y cuestiones de responsabilidad penal». En: *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*. N° 103. UCV. Caracas, 1997, p. 185, recuerda: «Este vacío además de mantener presentes una cantidad de problemas éticos, deja sin respuesta jurídica una cantidad de situaciones que exigen respuesta inmediata ante la proliferación de experimentación genética en nuestro país». Por su parte, RIBEIRO SOUSA, Delia María: «Situación jurídica del concebido ante los avances de la ciencia». En: *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*. N° 118. UCV. Caracas, 2000, pp. 290 y 291, sostiene: «no debemos incurrir en el grave error de aseverar que ante el vacío de la norma, en Venezuela puede libre e indiscriminadamente preservarse, utilizarse y desecharse los embriones que se encuentren congelados», pues «todo concebido —sea intrauterino o *in vitro*—, por tratarse de su bien, gozará de la protección constitucional a ser amparado en su vida».

como son los derivados genéticos del cuerpo humano. Así, por ejemplo, en el caso de la Ley sobre Donación y Trasplante de Órganos, Tejidos y Células en Seres Humanos, tal carácter se deja establecido expresamente como un principio en su artículo 2 y lo desarrolla en el artículo 10: «Está prohibida cualquier transacción comercial, compensación monetaria o retribución material, directa o indirecta, por los órganos, tejidos y células a ser usados con fines terapéuticos, de investigación o docencia. La donación de órganos, tejidos y células, solamente deberá realizarse a título gratuito...», similar regulación establece la Ley de Transfusión y Bancos de Sangre (artículos 2, 7 y 10) e igual razonamiento debería operar para los donantes de óvulos, espermatozoides o embriones.

iii. Voluntariedad a través de un consentimiento libre, informado, revocable y personalísimo: La «donación» es un acto estrictamente voluntario y personalísimo donde el donante debe estar consciente de las implicaciones físicas y jurídicas que la cesión implica. Igual razonamiento operaría para los receptores de la técnica. Por ello es un derecho que las personas involucradas que preste su consentimiento sean previamente informadas sobre todas sus implicaciones<sup>27</sup>. Incluso este principio se desprende de la Ley de Protección a las

<sup>27</sup> La Ley sobre Donación y Trasplante de Órganos, Tejidos y Células en Seres Humanos en el artículo 18 dispone: «... Los médicos o médicas, a cuyo cargo esté la operación de trasplante, informarán suficientemente al o a la donante y al receptor o receptora, sobre posibles complicaciones y responsabilidades que deriven de la operación y sus secuelas», en concordancia con el artículo 41 N° 1; el artículo 21 establece: «La disposición de donación de órganos, tejidos y células es voluntaria y, en tal sentido, es siempre revocable hasta el momento de la intervención quirúrgica...». Las condiciones en el albedrío del donante quedan recaladas en el artículo 19 *eiusdem*, cuando requiere que el mismo deberá: «... 4. Firmar consentimiento, luego de haber recibido información completa en los términos de su comprensión, sobre los riesgos del procedimiento y las consecuencias de la donación (...) 5. Haber expresado su voluntad por escrito, libre de incentivos materiales, coacción física o moral, otorgada ante dos testigos idóneos...». La Ley de Transfusión y Bancos de Sangre hace lo propio al señalar que la donación de sangre debe ser «voluntaria, libre y gratuita» (artículos 7 y 10) –salvo catástrofe nacional o acción bélica donde podrá ser impuesta por el Estado (artículo 11)–. Por su parte, el nuevo Código Civil y Comercial de Argentina establece: «Artículo 560.- Consentimiento en las técnicas de reproducción humana asistida. El centro de salud

Familias la Paternidad y la Maternidad, que al regular el deber del Estado de promocionar programas reproductivos aclara que ellos «deberán incluir la información y el acceso a métodos y estrategias para la planificación familiar y para el ejercicio de una sexualidad sana y responsable» (artículo 19).

iv. Donación anónima: Con la finalidad de impedir eventuales litigios sobre reclamaciones de filiación, además de proteger el derecho a la intimidad e incentivar la donación de gametos, las legislaciones foráneas y la doctrina recomiendan que la identidad de los «donantes» del material genético para la realización de la técnica reproductiva se mantenga en completo secreto y que además se regule la imposibilidad de que se pueda establecer algún tipo de vínculo filial<sup>28</sup>. Únicamente se reconoce el derecho a conocer los orígenes, facultad de la persona que ha sido concebida bajo la modalidad de averiguar la biografía general del donante –rasgos físicos, profesión u oficio, pertenencia a grupo étnico, etcétera–, sin incluir los datos específicos de la identidad –nombre civil u otros que permita su individualización–. En efecto, sobre el derecho al origen se indica que en el supuesto de reproducción humana asistida con donación de gametos, se puede indagar información contenida en la historia clínica, sin que dicha inquisición implique repercusiones jurídicas familiares, únicamente tutela el acceso a cierta información que satisfaga la curiosidad del titular de descubrir cuál es su historia biológica<sup>29</sup>.

---

interviniente debe recabar el consentimiento previo, informado y libre de las personas que se someten al uso de las técnicas de reproducción humana asistida. Este consentimiento debe renovarse cada vez que se procede a la utilización de gametos o embriones».

<sup>28</sup> BERNAD MAINAR: ob. cit. (*Efectos jurídicos...*), pp. 80 y 81, alude a que «El contrato ha de ser gratuito, formal y secreto, y se celebrará entre el donante y el centro autorizado al efecto», por tanto, «el anonimato ha de considerarse en una doble dirección: de una parte, el donante no ha de conocer a los beneficiados con su semen; de otra, éstos últimos no han de conocer el nombre del donante».

<sup>29</sup> Conforme con la anterior posición se manifiesta DOMÍNGUEZ GUILLÉN, María Candelaria: *Ensayos sobre capacidad y otros temas de Derecho Civil*. 3ª, TSJ. Caracas, 2010, p. 512, para quien en el artículo 56 de la Constitución: «... se ha considerado incluido dentro del derecho a la identidad, el conocimiento que debe tener todo ser humano sobre su identidad biológica, a saber, tener información sobre sus padres genéticos. Así se le debe reconocer a todo ser humano la posibilidad de acceder al conocimiento de su identidad biológica o genética, aun cuando no se deriven de ello

En definitiva, la Sala Constitucional perdió una la oportunidad idónea para pronunciarse sobre los anteriores puntos, pues de las fuentes que cita no queda claro, por ejemplo, el tema de la voluntariedad o la gratuidad de la donación, así como su anonimato o lo ético de la «gestación subrogada».

### 3.1.2. La gestación subrogada

Esta modalidad alude a la situación donde una mujer receptora del cigoto lo lleva a término con la condición de que una vez ocurrido el nacimiento entregarlo a una persona o pareja que aporte la carga genética o gestione la técnica de reproducción, todo con la finalidad de que estos últimos sean los progenitores legales del neonato.

Para DOMÍNGUEZ GUILLÉN, esta figura «tiene lugar cuando una mujer gesta un hijo por encargo, con la promesa de entregarlo a otra mujer que generalmente aporta su óvulo», práctica de la cual se originan problemas legales al suponer dos maternidades contradictorias<sup>30</sup>.

---

consecuencias jurídicas, como sería en el caso de la adopción o de la procreación asistida. Esa sana curiosidad de conocer nuestro origen forma parte de la identidad y constituye un derecho innegable de la persona humana», véase de la misma autora: «Aproximación al estudio de los derechos de la personalidad». En: *Revista de Derecho*. N° 7. TSJ. Caracas, 2002, p. 124; y «Notas sobre el derecho a la identidad en el ordenamiento jurídico venezolano». En: *Revista de Actualidad Jurídica Iberoamericana*. N° 6. IDIBE. Valencia, 2017, pp. 41-69, <http://idibe.org/numeros-de-revista/>. *Manual de Derecho Civil I (personas)*. Ediciones Paredes. Caracas, 2011, p. 290. BERNAD MAINAR, Rafael: «El Tribunal Constitucional español ante la Ley de Técnicas de Reproducción Asistida». En: *Revista de la Facultad de Derecho*. N° 57. UCAB. Caracas, 2002, p. 376, «el anonimato reconocido por la Ley no supone la absoluta imposibilidad de determinar la identidad del donante, pues excepcionalmente sí se puede obtener en algunos casos determinados. Incluso, se concede el derecho a obtener una información general de los donantes, a reserva de su identidad, lo cual evita que se pueda hablar de una situación de desprotección para los hijos».

<sup>30</sup> DOMÍNGUEZ GUILLÉN, María Candelaria: «Gestación subrogada». En: *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*. N° 1. Caracas, 2013, p. 188. *Vid.* VELA SÁNCHEZ, Antonio J.: «Comentario a la iniciativa legislativa popular para la regulación de la gestación por subrogación en España». En: *Diario La Ley*. N° 8457. Madrid, del 13-01-15, p. 1, «A día de hoy, la situación es compleja y confusa, pues, en principio, la STS de 6 de febrero de 2014 ratificaba la doctrina de que no podía inscribirse la filiación

En efecto, las complicaciones en la gestación subrogada se aprecian en que ella presupone un acuerdo mediante el cual la mujer que da a luz se compromete a entregar el niño a la mujer que aporta el óvulo –o, incluso si el mismo es donado, a la mujer que tramita la técnica– con la intención de que para esta última se establezca la filiación.

Sin embargo, el caso objeto de análisis por la Sala Constitucional no corresponde, en propiedad, con un supuesto de «subrogación», pues ambas mujeres que participan desean ser madres legales desde el primer momento y lo que aspiran es recurrir a la fecundación artificial con donación de semen para lograr desempeñar ambas el rol de la maternidad, lo cual por vía natural no pueden conseguir. Por tanto, aquí no se está ante una «encomienda» de gestación, debido a que, para fortalecer los lazos afectivos con la descendencia, una mujer aporta parte de la carga genética y la otra lo concibe, compartiendo ambas responsabilidades.

Por lo descrito, la mayoría de las legislaciones<sup>31</sup> –secundada por la jurisprudencia y la doctrina– no permiten la cesión de la filiación, que en definitiva

---

de los nacidos mediante convenio de gestación por sustitución, aún válidamente celebrado por españoles en país extranjero que lo permita. La doctrina jurisprudencial se basa en que dicha registración infringiría el orden público internacional español, en cuanto vulneraría la dignidad de la mujer gestante y del niño así nacido, mercantilizaría la gestación y filiación y permitiría explotar a mujeres pobres. Además, el principio esencial del interés superior del menor, contenido en la legislación nacional e internacional, no permitiría al juez desvincularse del sistema de fuentes al que está sujeto a tenor del artículo 117 de la Constitución española. Frente a ello, las SSTEDH de 26 de junio de 2014 –Caso *Menesson vs. France* y Caso *Labassee vs. France*–, concluyen que la negativa a inscribir una filiación derivada de sentencia extranjera, dictada conforme a la legislación del país correspondiente, aun en el supuesto de convenio de gestación por encargo, afecta gravemente al respeto de la vida privada y familiar del hijo así nacido, así como a su identidad y al principio esencial del interés superior del menor, por lo que se vulnera el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos».

<sup>31</sup> Hoy en día, en muchos países, todavía se encuentra impedida, por ejemplo: Argentina o España, entre otros. Así, comenta nuestra profesora LÓPEZ PELAEZ, Patricia: «Cuestiones jurídicas de carácter civil en la reproducción asistida: El caso español» (material digital del Máster en Derecho de Familia e Infancia, UB. Barcelona, 2016-2017),

es lo que implica la maternidad subrogada, debido a que la consideran contraria al orden público, entre otros razonamientos. Así pues, en los casos en donde se admite el matrimonio entre personas afectas a su mismo sexo se permite que dos mujeres recurran a las técnicas de reproducción artificial, pero siempre la madre será la mujer de donde nació el niño y puede además existir doble maternidad si la que aporta la carga genética o pareja ha expresado su voluntad, previamente a la realización de la fecundación, de también ser madre. Esta posición impide que un hombre que aporte la carga genética o dos hombres que se encuentren casados, según su legislación, recurran a la gestación subrogada con el objetivo de excluir a la que mujer gestante, pues ella siempre sería madre, ya que, como se indicó, estaría prohibido la supresión de la maternidad.

En consecuencia, la Sala Constitucional se equivoca al no comprender la verdadera naturaleza de la gestación subrogada que es que la mujer que da a luz se compromete a entregar al niño, y tal supuesto no se observa en el caso debatido, pues, como ella reconoce, «nunca hubo tal intención de ‘entrega del niño’ por parte de la gestante». Además, de que no examinar con el rigor que amerita la materia si tal opción es válida constitucionalmente hablado<sup>32</sup>.

### 3.1.3. La voluntad procreacional

Este término se emplea para justificar el establecimiento de la filiación cuando se recurre a las técnicas de reproducción humana, así ocurre, por ejemplo, en

---

p. 17, apunta: «La ley española no define la figura de la maternidad subrogada, ni distingue los diferentes supuestos, sino que simplemente se limita a negar efectos a este contrato, y ello tanto en el texto inicial de la Ley 35/1988, como en la Ley vigente sobre esta materia, Ley 14/2006. Establece así el artículo 10 que ‘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 en 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’».

<sup>32</sup> Vid. LÓPEZ HERRERA, Francisco: *Estudios sobre Derecho de Familia*. UCAB. Caracas, 1998, p. 145; PIÑA VALLES, Ovelio: *Contexto jurídico de la procreación médica asistida*. LUZ. Maracaibo, 2007, *passim*.

nuestro Derecho con el caso contemplado en el artículo 204 del Código Civil<sup>33</sup>. En tal sentido, la filiación en principio está sustentada en términos biológicos, pero puede perfectamente reconocerse hipótesis en que sin presuponer el nexo genético, se determinen una filiación legítima, tales como en el supuesto de la adopción, la fecundación artificial heteróloga<sup>34</sup> e incluso los denominados «reconocimientos de complacencia»<sup>35</sup>. En tales modalidades lo que ocurre es que el Derecho de Familia le da cierta cabida a la «autonomía de la voluntad» a los fines de que prive esta a los efectos de la determinación de la filiación, todo ello condicionándolo a las normas de orden público que le sean aplicables.

En el caso objeto de análisis, la Sala Constitucional utiliza el término inapropiadamente, pues, indica: «ambas ciudadanas manifestaron ampliamente su voluntad procreacional, siendo éste uno de los elementos a considerar para la concepción».

<sup>33</sup> El Código Civil y Comercial argentino lo regula expresamente: «Artículo 562.- Voluntad procreacional. Los nacidos por las técnicas de reproducción humana asistida son hijos de quien dio a luz y del hombre o de la mujer que también ha prestado su consentimiento previo, informado y libre en los términos de los artículos 560 y 561, debidamente inscripto en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, con independencia de quién haya aportado los gametos».

<sup>34</sup> BERNAD MAINAR, Rafael: «Las nuevas técnicas de reproducción humana y sus repercusiones legales en el Derecho español». En: *Revista de la Facultad de Derecho*. N° 54. UCAB. Caracas, 1998, pp. 160 y 161, «Se distingue entre inseminación homóloga, cuando se efectúa con semen del marido o del que conviva maritalmente, e inseminación heteróloga, con el del hombre no unida matrimonialmente o de hecho, sino que es de un hombre cierto, o anónimo –procedente de un banco de semen–».

<sup>35</sup> *Vid.* DOMÍNGUEZ GUILLÉN, María Candelaria y VARELA CÁCERES, Edison Lucio: «El abuso de derecho. Un estudio tres autores». En: *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*. N° 8. Caracas, 2017, p. 543, donde se toca de pasada esta figura. *Cfr.* RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco: «Los reconocimientos de complacencia (con ocasión de unas sentencias recientes)». En: *Anuario de Derecho Civil*. Vol. 58, N° 3. Madrid, 2005, pp. 1049 y ss. BERROCAL LANZAROT, Ana Isabel: «Reconocimiento de la filiación por complacencia. A propósito de la sentencia del Tribunal Supremo de 29 de noviembre de 2010». En: *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*. N° 728. Madrid, 2011, pp. 3451 y ss. GALLO VÉLEZ, Ana Silvia: *Los reconocimientos de complacencia en el Derecho común español*. Dykinson. Madrid, 2017, *passim*.



En realidad, la filiación que se declara en el fallo no está fundamentada en la referida voluntad, ello debido a que, para el caso de una de las madres, la justifica en el hecho del alumbramiento, según el viejo aforismo romano: *mater semper certa est* y, para la otra, en el vínculo biológico al ser dicha mujer la aportante del gameto femenino. Por tanto, no se visualiza en el razonamiento de la Sala que haya privado la voluntad, sino que recurrió a dos fórmulas tradicionales que normalmente se excluyen cuando existe conflicto en la maternidad, aunque la decisión no repara en dicho dato y simplemente concluye que ello es suficiente para establecer una doble maternidad, que incluso llega a calificar de «natural», cuando lo verdaderamente innato es que toda especie posea una sola madre.

En fin, cuando en realidad se toma en cuenta la voluntad de ser padre o de ser madre es totalmente indiferente que tal consentimiento posea soporte en el nexo biológico, porque justamente se recurre al elemento volitivo cuando se carece del vínculo biológico o este no es relevante.

### 3.2. Aspectos no dilucidados

De admitirse la doble maternidad, como lo determina la sentencia, debe advertirse que se dejan muchos cabos sueltos, como los siguientes:

#### 3.2.1. El orden de los apellidos

Como se sabe, las vigentes reglas que rigen el establecimiento de los apellidos fueron incorporadas con la reforma del Código Civil de 1982; antes de ello se aplicaba una costumbre jurídica<sup>36</sup>. En efecto, el texto legal en su artículo 235, establece: «El primer apellido del padre y de la madre forma, en ese orden, los apellidos de los hijos»<sup>37</sup>.

<sup>36</sup> Sobre la costumbre como fuente del Derecho véase VARELA CÁCERES, Edison Lucio: «Introducción a las fuentes del Derecho». En: *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*. N° 7-II (digital). Caracas, 2016, pp. 408 y ss. [www.rvlj.com.ve](http://www.rvlj.com.ve).

<sup>37</sup> Disposición que se encuentra en concordancia con el artículo 502 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes para el caso de adopción.

La referida norma jurídica ha sido objeto de diversas críticas<sup>38</sup>, fundamentalmente centradas en que resulta discriminatorio el darle preferencia a un sexo sobre otro, determinando una prioridad en el apellido del padre sobre el de la madre.

A los fines de estos comentarios, se observa que la Sala Constitucional aunque «acuerda la inscripción con los dos apellidos de ambas madres, en el Registro Civil», no se efectúa pronunciamiento alguno sobre el tema del orden. No obstante, hay que reconocer que en el referido caso ya la escogencia se materializó cuando se inscribió al neonato en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas argentino, momento en el cual se efectuó la escogencia según dicho Derecho<sup>39</sup>.

Sin embargo, queda la duda sobre qué regla debe operar si el niño se presenta originalmente en Venezuela. Al respecto, en Derecho comparado se ha ido suprimiendo la aludida preferencia al apellido paterno, por ser calificada de inconstitucional por discriminatoria para la mujer<sup>40</sup>; en Venezuela se ha planteado

<sup>38</sup> Vid. nuestros comentarios en: *Los principios sectoriales del Registro del Estado Civil*. UCV. Trabajo de ascenso a la categoría de profesor asistente. Caracas, 2017, pp. 136 y ss.

<sup>39</sup> Hoy día tal asunto se regiría por el Código Civil y Comercial de la Nación el cual establece: «Artículo 64.- Apellido de los hijos. El hijo matrimonial lleva el primer apellido de alguno de los cónyuges; en caso de no haber acuerdo, se determina por sorteo realizado en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas. A pedido de los padres, o del interesado con edad y madurez suficiente, se puede agregar el apellido del otro. Todos los hijos de un mismo matrimonio deben llevar el apellido y la integración compuesta que se haya decidido para el primero de los hijos. El hijo extramatrimonial con un solo vínculo filial lleva el apellido de ese progenitor. Si la filiación de ambos padres se determina simultáneamente, se aplica el primer párrafo de este artículo. Si la segunda filiación se determina después, los padres acuerdan el orden; a falta de acuerdo, el juez dispone el orden de los apellidos, según el interés superior del niño».

<sup>40</sup> Recientemente se ha planteado en Italia –véase: Corte Constitucional, sent. N° 286, del 08-11-16, que declaró «inconstitucional» los artículos 237, 262 y 299 del *Codice Civile*; 72, c. 1°, del Decreto N° 1238, del 09-07-39; y 33 y 34 del Decreto N° 396, del 03-11-00, que regulaban una preferencia en el apellido paterno y el uso de un solo apellido, <http://www.cortecostituzionale.it/actionSchedaPronuncia.do?anno=2016&numero=286>–, también en México –véase: Suprema Corte de Justicia de la Nación, Primera Sala, amparo en revisión N° 208/2016, que declara la inconstitucionalidad de

cautelosamente el asunto del orden de los apellidos, tanto por la jurisprudencia<sup>41</sup>, como por la doctrina al momento de discutirse la reforma del Código Civil<sup>42</sup>. En definitiva, la fórmula más aceptada es la de supeditar la determinación del orden de los apellidos al acuerdo de los progenitores y establecer un mecanismo para el caso de discrepancia.

En la hipótesis de la doble maternidad no existen inconvenientes para postular igual regla jurídica, en el sentido que el orden de los apellidos se determine según la aquiescencia de las madres. Por último, en el supuesto de desacuerdo se deberá recurrir a las normas y principios jurídicos que regulan el ejercicio de la patria potestad (artículo 349 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes) y la actividad del funcionario del Registro Civil

---

la primera parte del artículo 58 del Código Civil del Distrito Federal, [https://www.scnj.gob.mx/Primera\\_Sala/.../AR-208-2016-160929.pdf](https://www.scnj.gob.mx/Primera_Sala/.../AR-208-2016-160929.pdf). Además, de aquellos países que ya incorporaron normas al respecto como Argentina –citada *supra*–, Portugal (artículo 1875 del Código Civil), España (artículos 109 del Código Civil y 49 de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, en vigor de forma completa desde el 30-06-17), entre otros.

<sup>41</sup> *Vid.* TSJ/SCS, sent. N° 014, de 20-01-04, en este caso se planteó alterar el orden de los apellidos, sin embargo la Sala de Casación Social únicamente se limitó a sostener que la norma objeto de interpretación «es literalmente clara» por lo que considera «inadmisible el recurso de interpretación presentado».

<sup>42</sup> *Vid.* «Exposición de motivos del Anteproyecto de Ley sobre la Igualdad de las Personas en cuanto al Matrimonio y la Familia» de 1975 propuesto por Libia CÁRDENAS DE MARIANI, que indicaba: «Las disposiciones del Anteproyecto consagran: (...) Como quiera que establecer el uso de los apellidos paternos y maternos conforme un orden determinado equivale a establecer prioridades que pretenden eliminarse en el espíritu y la letra del Anteproyecto, éste deja a la costumbre la determinación del orden de los apellidos, así como al acuerdo entre los padres», reproducido en: *Ley de reforma parcial del Código Civil (resúmenes y actas Comisión Técnica)*. Despacho de la Ministro de Estado para la Participación de la Mujer en el Desarrollo. Caracas, 1984, p. 62. Por su parte, el «Anteproyecto de Ley de reforma a Algunas Instituciones de la Familia» de 1974, permitía la elección del orden solo en el caso del reconocimiento: «El hijo toma el apellido del padre o de la madre que lo haya reconocido; si ha sido reconocido por ambos podrá usar como primer apellido el materno o el paterno. Una vez hecha la elección ésta es irrevocable», citado en: *Código Civil de Venezuela artículos 214 al 226*. UCV. Amarilis GARCÍA DE ASTORGA, relatora. Caracas, 1981, p. 368.

para así llenar el evidente vacío<sup>43</sup>. Fórmulas que, en todo caso, se deberán extender a los progenitores con diversidad de sexo, pues, en caso contrario, se actuaría con discriminación en razón de la orientación sexual<sup>44</sup>.

### 3.2.2. Los matrimonios y las uniones estables de hecho por parejas del mismo sexo

La Sala Constitucional, en este caso, no se pronuncia sobre la validez de un matrimonio o unión estable de hecho conformado en el extranjero entre pareja del mismo sexo. Lo cual es una posición cómoda que busca disminuir la polémica en un fallo de por sí llamativo.

Dichas relaciones de pareja, según la Constitución, no pueden ser reconocidas como matrimonio o unión estable, pues vulneran el texto expreso de la norma suprema; por tanto, no queda más que declararlas inexistente para nuestro Derecho<sup>45</sup>.

<sup>43</sup> *Vid.* para mayor amplitud VARELA CÁCERES: ob. cit. (*Los principios sectoriales...*), pp. 142 y ss.

<sup>44</sup> En efecto, indica el fallo de la Suprema Corte de Justicia mexicana, citado *supra*, que: «La parte quejosa argumentó lo siguiente en la demanda de amparo: El orden de los apellidos impuesto por el artículo 58 contraviene el derecho a la igualdad y no discriminación de las parejas heterosexuales con respecto de las parejas homosexuales. Lo anterior en atención a que estas últimas si pueden escoger el orden de los apellidos que llevaran sus hijos, mientras que las parejas heterosexuales quedan obligadas por el orden previsto por el Código Civil –apellido paterno primero–».

<sup>45</sup> GORDILLO CAÑAS, Antonio: *Capacidad, incapacidades y estabilidad de los contratos*. Tecnos. Madrid, 1986, p. 259, señala: «la inexistencia, en efecto, es una categoría cuyo origen resulta perfectamente conocido», justamente en el caso de personas del mismo sexo «El buen sentido, ayudado del ingenio, alumbró en dicho trance la figura de la inexistencia. Tal pretendido matrimonio no necesita para su descalificación ser declarado nulo; simplemente no existe; no es esa la unión que constituye el matrimonio». *Cfr.* DOMINICI, Aníbal: *Comentarios al Código Civil venezolano (reformado en 1896)*. Tomos III y IV. Editorial REA. Caracas, 1962, p. 94, «Llámense inexistentes los contratos que no tienen por decirlo así ser real o verdadero, desde el punto de vista legal, civil y aun en ocasiones material. Faltan en ellos, no los elementos indispensables para la validez de las convenciones, sino los que se requieren para la existencia del hecho mismo. Hablando del matrimonio, pusimos como ejemplo de uno inexistente el que se hubiese celebrado entre dos personas de un mismo sexo».

Se reitera que ello no es acorde con la evolución que demanda la institución, pero, al ser una limitación constitucional, la única forma de solventarla con coherencia y sin vulnerar la jerarquía normativa es recurrir a una modificación de su texto que elimine dicha traba y se dé una amplitud para que estas parejas puedan conformar dichas relaciones jurídicas familiares<sup>46</sup>.

El fallo, adecuadamente, evita fundar la filiación discutida en las presunciones matrimoniales y, en efecto, le da un tratamiento al asunto como si las madres no tuvieran nexo de pareja, es decir, a través de los mecanismos de establecimiento de la filiación extramarital.

### 3.2.3. La adopción conjunta por parejas afectas a su mismo sexo

Como se observó con nitidez, la Sala Constitucional se pronuncia sobre dos aspectos: i. la doble maternidad y ii. el reconocimiento de la familia homoparental en Venezuela. Ello, obviamente, lleva a reflexionar de que si es legítima una familia formada por dos madres a través de la aplicación de técnicas de reproducción humana asistida, también puede ser factible y legal que se dé este supuesto de la doble maternidad, e incluso paternidad, en el caso de «adopción conjunta» por una pareja formada por personas afectas a su mismo sexo.

Sobre tal punto, siempre nos hemos manifestado de acuerdo, pues, en definitiva, para el niño «protegido» con la adopción ello es más conveniente que seguir «recluido» en una entidad de atención que ingenuamente aspira el legislador a que le dispense un trato como si fuera una «familia»<sup>47</sup>, viviendo

<sup>46</sup> Vid. MÁRQUEZ LUZARDO, Carmen María: *Interpretación evolutiva de la Constitución y teorías de la interpretación constitucional*. UCAB-Konrad Adenauer Stiftung. Caracas, 2014, pp. 51 y ss. CUBIDES CÁRDENAS, Jaime Alfonso: «Disertaciones sobre las parejas del mismo sexo a través del rol ejercido por la Corte Constitucional colombiana en el reconocimiento de sus derechos». En: *Anuario de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*. N° 28. ULA. Mérida, 2011, pp. 13 y ss.

<sup>47</sup> Vid. VARELA CÁCERES, Edison Lucio: «La colocación familiar como medida de protección de los niños y adolescentes». En: *Revista de Derecho de la Defensa Pública*. N° 2. Caracas, 2016, pp. 309 y 308, la colocación en familiar o entidad de atención: «siempre es ‘familiar’, por cuanto su fin último es crear, de forma controlada, un régimen que represente un ambiente hogareño, aunque en el mismo no participen los progenitores

en la práctica dicho infante una doble privación de una familia y de la libertad —véase que se desea superar los eufemismos muy comunes en esta área—.

Los temores de algunos «conservadores» sobre el supuesto efecto nocivo que se produciría en la moralidad del adoptado, claramente no poseen asidero, ya que es suficientemente evidente que nadie se vuelve homosexual o heterosexual en razón de la orientación sexual de los progenitores o las personas con las que convive. Y los posibles peligros a abusos a la indemnidad sexual de los niños y adolescentes son idénticos a los que pudiera estar expuesto un hijo con su progenitor heterosexual, pues dichos atentados no dependen de la orientación sexual, sino del comportamiento corrompido del abusador, sea este heterosexual u homosexual.

En tal sentido, la posible restricción surge de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes que, al regular la adopción conjunta, la condiciona a que exista matrimonio o unión estable de hecho; concretamente establece: «... La adopción conjunta solo puede ser solicitada por cónyuges no separados o separadas legalmente, y por parejas conformadas por un hombre y una mujer, que mantengan una unión estable de hecho que cumpla los requisitos establecidos en la Ley...» (artículo 411). Empero, dicha limitación debe examinarse de acuerdo a su justificación constitucional, por cuanto el texto supremo determina que el menor de edad «tienen derecho a vivir, ser criados y a desarrollarse en el seno de su familia» y cuando ello no es posible debe recurrirse a otras opciones, como lo es la adopción.

Por lo tanto, el requisito aludido no es solo un obstáculo para las parejas no casadas o no unidas formalmente, sino que, además, restringe, en cierto sentido, la posibilidad de que los niños y adolescentes tengan una familia sustituta, lo cual afecta sus derechos fundamentales.

---

por encontrarse limitados en el ejercicio efectivo de la patria potestad», por tanto, «Su finalidad es ofrecer un ambiente familiar sustituto que permita el desarrollo integral del niño o adolescente y lograr la integración o reintegración con la familia de origen».

Para determinar si la limitación comentada al derecho del infante a una «familia sustituta» –en este caso, conformada a través de la adopción de una pareja no casada y no «unida estable de hecho», pero con la intención de ofrecerle al adoptado estabilidad, afecto, apoyo y comprensión–, es legítima, se deben ponderar ciertos aspectos esenciales que se deducen de la propia Constitución (artículo 75), a saber:

i. Toda adopción debe tener por finalidad ínsita buscar el beneficio del adoptado: Si bien tanto el matrimonio como la unión de hecho son vínculos familiares con cierta estabilidad, esta cualidad en la adopción no es indispensable, en razón que dichos nexos pueden disolverse y no por ello se afecta la filiación producto de la adopción. Por tanto, se puede decir que la relación «formalizada» de la pareja es solo exigida inicialmente durante el procedimiento de adopción, siendo indiferente una vez que se ha acordado<sup>48</sup>.

Por su parte, una pareja que no haya «formalizado» un matrimonio o unión estables, por cuando no lo desea –alegando su derecho de objeción de conciencia (artículo 61 de la Constitución)<sup>49</sup>–, o porque corresponde a una pareja

<sup>48</sup> Incluso puede ocurrir que durante el trámite de la adopción un matrimonio se extinga, por la muerte de uno de los consortes, y aún así se declare la adopción conjunta, formula que la doctrina ha denominado: «adopción *post mortem*». Vid. BOZA SCOTTO, Natalia y SPÓSITO CONTRERAS, Emilio: «La adopción *post mortem* y el interés superior del niño». En: *Revista de Derecho*. N° 32. TSJ. Caracas, 2010, pp. 135 y ss.; y en el mismo número de la anterior *Revista*: HERRÁN NIÑO, Claudia: «La adopción *post mortem*: Breves comentarios con ocasión de la decisión dictada por un tribunal de instancia», pp. 177 y ss.

<sup>49</sup> Vid. BELANDRIA GARCÍA, José Rafael: «La libertad de conciencia: Comentarios a la sentencia N° 1431, de fecha 14 de agosto de 2008, de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia». En: *Revista de Derecho*. N° 32. TSJ. Caracas, 2010, pp. 123 y 124, «la libertad de conciencia supone, por una parte, la libertad que tiene las personas para conformar y mantener sus propias convicciones o para no tener ninguna –dimensión interna– y, por otra parte, la libertad para manifestar externamente dichas convicciones y para comportarse de acuerdo con las mismas –dimensión externas–». Véase FERRERES COMELLA, Víctor: «El principio de igualdad y el ‘derecho a no casarse’ (A propósito de la STC 222/1992)». En: *Revista Española de Derecho Constitucional*. N° 42. CEPC. Madrid, 1994, pp. 163 y ss.

de personas afectas a su mismo sexo –y, por tal motivo, no tiene dicha opción constitucionalmente hablando–, pueden perfectamente demostrar que poseen las condiciones óptimas para ser adoptante y ofrecerle un hogar apropiado al niño o adolescente.

Justamente, para ello se establece un procedimiento con diversas formalidades: acreditación de los solicitantes, informes de idoneidad, emparentamientos y períodos de prueba (artículos 421, 422, 493-G, 493-J, 493-L y 493-M de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes); y si con todos los referidos resguardos se demuestra la aptitud de la pareja solicitante, ¿cómo excluirlos únicamente por no estar casados o en unión estable de hecho?, si pueden dispensarle un ambiente familiar fundado en el amor, la solidaridad y el respeto a un niño carente de una familia.

En definitiva, no se observan argumentos según los cuales las limitaciones de adoptar para las parejas homosexuales se fundamenten en un beneficio real para el adoptado. Por el contrario, se considera perjudicial al excluir a este grupo significativo de parejas, que por su sola orientación sexual se le restringe indebidamente la posibilidad de proteger a muchos infantes y así lograr que salgan de las entidades de atención y conviva con unos progenitores de carne y hueso que les ofrezcan las condiciones afectiva, de apoyo y de atención que todo infante reclama y que la Constitución les debe garantizar (artículo 76).

ii. La adopción produce los mismos efectos de otras formas de establecer la filiación: Si la adopción es un modo de establecer una filiación legítima, y a través de la reproducción asistida se puede producir una doble filiación materna, ¿cómo excluir la doble maternidad en la adopción?, sin caer en una conducta discriminatoria, pues el rol de los progenitores es igual con independencia de la forma con que se determinó la filiación<sup>50</sup> y de la orientación sexual.

---

<sup>50</sup> Vid. VARELA CÁCERES, Edison Lucio: «El principio de unidad de filiación». En: *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*. N° 2. Caracas, 2013, pp. 178 y ss. Véase sin embargo, sosteniendo la necesidad de una figura «materna» y otra «paterna»: DOMÍNGUEZ GUILLÉN: art. cit. («Breves consideraciones...»), p. 28, y de la misma autora: ob. cit. (*Manual de Derecho de Familia*), pp. 260 y 261.



iii. Todo vínculo familiar persigue el desarrollo pleno de sus integrantes: La protección preferente de la familia en la Constitución se fundamenta en que ella permite el desarrollo de sus componentes, ¿cómo sostener que una pareja no casada o sin unión estable «formalizada» no puede alcanzar dicho objetivo? Mayor razón cuando la Sala Constitucional dejó claro que la familia homoparental es una variante constitucional que debe ser reconocida y apoyada, pues, como ella indica, «el ejercicio de la jefatura de las familias, en aquellas de las conocidas como homoparentales, sus miembros tendrán los mismos deberes, responsabilidades y derechos compartidos, iguales e irrenunciables de criar, formar, educar, custodiar, vigilar, mantener y asistir material, moral y afectivamente a sus hijos e hijas, dentro del marco de protección garantizada por el Estado». Entonces, con la adopción por parejas afectas a su mismo sexo es completamente factible y constitucional que el adoptado desarrolle todas sus potencialidades que le permita su «incorporación progresiva a la ciudadanía activa» (artículo 78 de la Constitución) con plena conciencia del respeto a la diversidad como valor democrático.

iv. La maternidad y la paternidad y, en consecuencia, la filiación son protegidas con independencia del estado civil de los progenitores (artículo 76 de la Constitución): El ordenamiento jurídico ha buscado suprimir cualquier referencia al estado de pareja de los progenitores en relación con los derechos que se generan con la filiación; ¿cómo justificar una limitación que justamente exige tener un estado civil de casado o unido estable para poder optar a la adopción?

Entonces, si para la determinación de la filiación y los efectos no se puede distinguirse si los padres son casados o no, si además el estado civil de los progenitores no puede indicarse en el acta de nacimiento inscrita en el Registro (artículo 91 de la Ley Orgánica de Registro Civil) para evitar discriminaciones en razón del origen, se reitera: ¿cómo se puede justificar exigir un determinado estado civil para adoptar?, sin entrar en una evidente contradicción conceptual, solo justificada en los prejuicios que se extiende sobre las relaciones homosexuales como formas para constituir una familia.

Al proceder la Sala Constitucional a darle un reconocimiento a la familia homoparental, resulta necesario levantar los obstáculos para que estas parejas puedan participar en la adopción, que, además, persigue favorecer a los niños y adolescentes «institucionalizados» que demanda una familia verdadera que los proteja íntegramente.

## Conclusiones

La decisión objeto de examen posee aspectos positivos, como el de ampliar el reconocimiento constitucional a las familias prescindiendo de su orientación sexual, así como la posibilidad de la doble maternidad. Lamentablemente, como se destacó, la Sala Constitucional descuida la argumentación y por ello el fallo presenta debilidades conceptuales que a ningún nivel se justifican y por ello deben ser denunciadas con contundencia.

En todo caso, lo más importante de la sentencia comentada no es su dispositivo –que de por sí es relevante–, sino la invitación que origina –a toda la comunidad científica– para reflexionar sobre aspectos medulares del Derecho de Familia y de asumir con responsabilidad el abandonar los viejos prejuicios que siempre atormentan a aquellos que desean vivir en la comodidad del *status quo*.

Entonces, el reto debe asumirse por todos los involucrados, y la presente decisión debe servir de punto de inflexión para allanar el camino a una reforma legislativa –e incluso constitucional en el punto de los matrimonios y uniones estables de parejas afectas a su propio sexo– que permita a nuestra sociedad contar con normas jurídicas modernas y adecuadas a nuestro gentilicio; ello podrá ser por medio de una reforma al Código Civil, por medio de leyes especiales o un ambicioso Código de Familia, pero lo que si es cierto es que su puesta en práctica es urgente y necesaria.

Solo aspiramos que estas cavilaciones no lleguen a oídos sordos y, por el contrario, estimulen a los operadores de justicia a impulsar las urgentes reformas. Así como que la Sala Constitucional comprenda que no solo los fines deben

ser bienhechores, sino que los medios importan y deben ser cuidados en la técnica científica y así tal vez algún día sea un verdadero crisol de donde emane la justicia que los justiciables se merecen y demandan.

\* \* \*

**Resumen:** El autor aprovecha la interesante sentencia N° 1187/2016 de la Sala Constitucional donde se le da reconocimiento a la familia homoparental y a la doble maternidad, para exponer en breves pinceladas sus comentarios. En tal sentido, reflexiona sobre la diversidad familiar, sintetiza los argumentos expuestos en el fallo objeto de examen y manifiesta sus comentarios sobre aspectos relacionados como las técnicas de reproducción humana asistida, la gestación subrogada, la voluntad procreacional, el orden de los apellidos, los matrimonios, las uniones estables de hecho y la adopción conjunta por parejas afectas a su mismo sexo. **Palabras clave:** Sala Constitucional, familia homoparental, doble maternidad.