

Maternidad subrogada

Henry J. MARTÍNEZ S. *

Sumario

Introducción 1. ¿En qué consiste la maternidad subrogada?
2. Tipos de maternidad subrogada 2.1. *Maternidad subrogada parcial* 2.2. *Maternidad subrogada total* 2.3. *Maternidad subrogada altruista* 2.4. *Maternidad subrogada comercial* 2.5. *Maternidad subrogada fragmentada* **3. Regulación legal de la subrogación a nivel internacional** **4. Regulación en Venezuela.**
Conclusiones

Introducción

La maternidad ha ido cambiando significativamente con el avance de la humanidad. Anteriormente, este hecho biológico se circunscribía a una mujer que aportaba un óvulo y disponía de su cuerpo –útero– para alojar el producto de la concepción, que fecundado con el esperma del hombre daba origen a una nueva vida, repitiéndose siempre el viejo aforismo romano *mater semper certa est* –la madre siempre es cierta–, de lo que deriva la comprobación de la maternidad y la consecuente filiación materna –relación por vínculo de sangre–. En años anteriores era impensable imaginar la posibilidad de que existiera otra madre distinta a la madre genética o biológica, y que ello hiciera tambalear la protección jurídica desplegada por el Derecho en relación con la filiación –verdad biológica– y los derechos que de ella derivan, generándose entonces multiplicidad de conflictos que deben ser resueltos en los órganos jurisdiccionales.

* **Universidad Central de Venezuela**, Abogado; Especialista en Derecho Penal y en Derechos Humanos; Profesor de Práctica Jurídica y Seminario.

La necesidad y el deseo del ser humano en relación con reproducirse y trascender se han convertido en un elemento motivador en la difusión y avance de las técnicas de reproducción asistida. El subsanar o mejorar condiciones de infertilidad a través de la utilización de estos medios científicos, es una oportunidad ampliamente aceptada por las parejas que presentan estos problemas, y que sienten que si bien en principio sus deseos de tener un hijo, se veían frustrados pues la única opción existente era la adopción, hoy se adhieren a las técnicas de laboratorio con el firme objetivo de materializar sus esperanzas en la procreación y ponerle coto a una situación que era imposible por medios naturales, y que en el caso que nos ocupa se trata de la llamada «maternidad subrogada», «vientre en alquiler» o «vientre sustituto». Y no solamente entran en juego los deseos de la madre o de la pareja de tener un hijo, sino que la maternidad es un derecho tutelado en distintas constituciones a nivel mundial y, en nuestro caso, en el artículo 76 de la Carta Magna.

La maternidad subrogada, en la cual el producto de la concepción que ha sido fertilizado mediante técnicas de reproducción asistida –en laboratorio– se implanta en el útero de una mujer distinta –receptora–, con el fin de gestarlo y posteriormente darlo a luz, en cierta medida resuelve una situación puntual ante el deseo de tener hijos, pero no es menos cierto que jurídicamente cambia los paradigmas establecidos en relación con la filiación materna tradicional y la consecuente filiación legal posterior, ya que se manifiesta a través de una mujer que da a luz a un hijo que, dependiendo del caso, será suyo –si ella presta su óvulo–; de no ser así, puede ser que solamente preste su útero por lo que biológica o genéticamente ese hijo no es suyo. Son realidades que el Derecho debe atender y que cada día avanzan a pasos agigantados generando una serie de conflictos intersubjetivos en relación con la interpretación que se suele dar a situaciones que, por los derechos involucrados, generan controversias no solo de tipo jurídico, sino también éticas, morales y religiosas, y que involucran distintos derechos en una misma relación jurídica tal como ocurre con algunos derechos de la personalidad, como son la dignidad, la del derecho a la intimidad, la vida, entre otros, además de los derechos del mismo niño a conocer su verdadera identidad tanto legal como genética, todo ello para preservar su integridad física, psíquica y moral.

1. ¿En qué consiste la maternidad subrogada?

Esta práctica se conoce a través de distintos nombres como son: maternidad subrogada, vientre en alquiler, maternidad sustituta, etc. También se denomina «gestación subrogada»¹ al acuerdo de voluntades mediante el cual una mujer fértil, acepta quedar embarazada, por medio de técnicas de reproducción asistida, bien sea a través de inseminación artificial o fecundación *in vitro*, con el fin de llevar a cabo la gestación –o embarazo– y dar a luz a un niño o niña producto de este proceso y que en el momento de su nacimiento o días después deberá entregar a otra persona o a una pareja, para que estos lo críen como suyo, renunciando a sus derechos como madre; es una maternidad por sustitución. Se sustituye a la madre biológica, y se ubica una madre sustituta, con lo que al final existen dos madres. En líneas generales se hace por un beneficio económico, aunque existen excepciones a esta regla, hay casos en que se utiliza esta figura por altruismo.

DOMÍNGUEZ GUILLÉN señala: «La maternidad subrogada admite varias modalidades inclusive con participación de tres mujeres: una que aporta el óvulo, otra la gestación y otra que criará al niño»². Continúa diciendo:

... la «gestación» subrogada tiene lugar generalmente cuando una mujer da su óvulo para que le sea implantado a otra que gestará y dará a luz el ser. Lo que pretende trasladarse a otra mujer distinta a la que aporta su carga genética a través de su óvulo es el proceso de gestación que obviamente incluye el parto. Es decir, una mujer será la madre genética porque concede el óvulo y otra distinta gestará al concebido dándole a luz. De allí que más propio para el caso que nos ocupa es referirse a «vientre subrogado»

¹ Véase incluyendo la amplia bibliografía allí referida: DOMÍNGUEZ GUILLÉN, María Candelaria: «Gestación subrogada». En: *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*. Nº 1. Caracas, 2013, pp. 183-227, www.rvlj.com.ve. Dada la extensión del presente ensayo, limitaremos la bibliografía citada fundamentalmente a la escrita por la autora homenajeada.

² Véase: *ibíd.*, p. 189.

o «gestación subrogada», porque la maternidad genética subsiste respecto de aquella madre que aporta el óvulo»³.

Lo anteriormente expuesto genera una serie de situaciones jurídicas precisamente por la existencia de, como mínimo, dos maternidades, es decir, de quien aporta el óvulo y de quien gesta el producto, situación que puede desencadenar conflictos intersubjetivos por la existencia de dos madres, la que gesta y la que da a luz, en la cual la madre genética conserva intacta su identidad, la que puede perfectamente ser determinada a través de experticias heredo-biológicas, se rompe aquí con el viejo aforismo romano *mater semper certa est*, es decir, madre solo hay una y es la que da a luz. Resulta muy complicado el hecho de entender que una mujer pueda gestar a un hijo, al que posteriormente dará a luz y que no le pertenecerá, puesto que deberá desprenderse de él para entregarlo a otra persona. Esto último al menos es la creencia común, pues el asunto ciertamente está sustraído de la autonomía de la voluntad por ser materia de orden público⁴.

Es quizás la última oportunidad que tienen quienes desean tener un hijo luego del fracaso de tratamientos o técnicas de inseminación artificial cuyos resultados no han sido los deseados, y no quieren hacer uso de otras instituciones, como es el caso de la adopción, institución jurídica que implica la creación de una filiación legal en la cual se hace de un hijo biológicamente ajeno, un hijo propio; sino que, por el contrario, al utilizar el óvulo de la madre y el espermatozoide del padre, siendo concebido a través de las técnicas de reproducción

³ *Ibíd.*, p. 191.

⁴ Véase: *ibíd.*, pp. 214-218. Véase también señalando la filiación como de orden público y por ende tales contratos sustraídos de la autonomía de la voluntad: 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, pp. 122 y 134, www.rvlj.com.ve. Véase también indicando que el artículo 414, literal b de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes como principio de orden público establece que la madre solo puede consentir válidamente en la adopción del niño nacido: 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, p. 105.

asistida y utilizando un vientre subrogado –de otra mujer– se conserva la carga genética de sus progenitores.

La maternidad subrogada tiene implicaciones muy diversas de índole inter-subjetiva, que llevan aparejadas situaciones emocionales o psicológicas y un alto porcentaje de cuestionamientos tanto en el ámbito social, ético, sexual, moral y jurídico. En el aspecto psicológico en algunas oportunidades produce sentimientos de culpa y depresión, ante la separación de la madre y del bebé; en relación con el aspecto jurídico en algunas situaciones se establecen contratos que no se encuentran amparados por el ordenamiento jurídico, y por supuesto están viciados de nulidad por ser la filiación materia de orden público, dejando sin protección a ambas partes.

La maternidad subrogada es un tema muy complicado y álgido, puesto que requiere de una variedad de elementos y a su vez de la participación de varias personas para poder llevarla a cabo. Pudiendo entonces considerarla de acuerdo a las distintas posiciones que se ocupen, lo cual haremos someramente de seguidas:

En primer lugar, tenemos a la mujer o la pareja que desea tener un hijo y que por causas naturales se encuentra imposibilitada por ser un hecho cierto que la mujer no puede gestarlo, por lo que acude a otra mujer con el fin de que esta geste el producto de la concepción, con el consecuente embarazo y posterior alumbramiento.

En segundo lugar, se encuentra la mujer dispuesta a prestar su útero con el fin de llevar a feliz término el embarazo; es decir, la madre sustituta, llamada así independientemente de que su motivación a colaborar con esta práctica tenga que ver con fines de solidaridad, altruismo o simplemente se afiance fines con contenidos económicos.

En tercer lugar, la donación de óvulos o de gametos, que implica la utilización de ambos elementos o de alguno de ellos para lograr la fecundación a través de las técnicas de reproducción asistida, lo que incidirá en que sea

una maternidad uterina en la que se contempla la gestación y el parto, o maternidad genética que presupone la utilización del óvulo de la madre subrogada.

En cuarto lugar, el contrato de subrogación; es decir, la manifestación de voluntades de las partes, el acuerdo entre la madre –o los padres– y la madre sustituta, en la cual establecen las condiciones y la forma para cumplir el acuerdo. Elemento que será determinante en la motivación y valoración que se le dé a la maternidad subrogada, ya que, si bien es una situación controvertida, lo será en mayor o menor grado dependiendo de las condiciones en que se acuerde la misma.

Vistos estos supuestos procederemos de seguidas a identificar en el próximo punto los tipos de maternidades subrogadas existentes, de acuerdo a la interacción de los sujetos en la misma.

2. Tipos de maternidad subrogada⁵

2.1. Maternidad subrogada parcial

Se origina cuando la mujer que no puede concebir dispone de sus óvulos para que sean fecundados a través de inseminación artificial, bien sea con esperma de su pareja o de un donante, que serán posteriormente implantados en el útero de otra mujer –la futura madre subrogada–. En este caso, la madre subrogada no tiene conexión genética con el embrión implantado, eso corresponde a la madre biológica o donante de óvulos a quien será entregado el bebé luego del alumbramiento, ya que se trata de una maternidad por encargo. Propia subrogación de vientre también llamado «alquiler de vientre», o «gestación subrogada parcial», en la que puede mediar un acuerdo económico para la madre sustituta. En este caso, podemos encontrar también a la pareja de mujeres homosexuales, en la cual una aporta el óvulo a la otra y a través de la inseminación con el semen de un donante anónimo logran el embarazo tan deseado de un hijo que no entregaran a nadie, sino que será producto de esa pareja, sin mediar acuerdo económico, sino afectivo, lo que no impide que una de las madres sea la madre gestante o subrogada.

⁵ Vid. <http://repositorio.usfq.edu.ec/bitstream/23000/334/1/84587.pdf>, pp. 17 y 18.

2.2. *Maternidad subrogada total*

En esta situación es la madre subrogada, quien, a su vez, es la madre genética o biológica, puesto que es la que dispone de sus óvulos, para que sean fecundados con espermatozoides de quien pretende ser el padre o de un donante anónimo. Se aporta tanto vientre como óvulos por parte de la madre genética. Es decir, el embrión es hijo biológico de la madre sustituta, quien posteriormente entregará el bebé a otra pareja que serán los padres legales del mismo. Pudiendo establecerse un contrato a favor de la madre subrogada. En esta misma situación, y quizás de manera más compleja, se encuentran hoy en día las parejas homosexuales, también llamadas «homoparentales»⁶, entre las que hallamos el caso de parejas de sexo masculino, quienes contactan a una mujer para que esta aporte un óvulo que pueda ser fecundado con el espermatozoides de alguno de los miembros de la pareja, con el fin de poder acceder a ser padres. Igualmente, se encuentran los homosexuales de género masculino sin pareja que desean ser padres y acuden a esta modalidad, con el aporte de semen propio y óvulo de la mujer. En el mismo orden de ideas, podemos hacer referencia a la mujer sola que no tiene pareja y que desea tener un hijo, pero físicamente no es fértil y acude a la utilización de un vientre en alquiler o una madre sustituta que aportará su óvulo y será inseminada con semen de un donante anónimo. Situaciones estas últimas que profundizan la complejidad de la maternidad subrogada, sobre todo, ante la imposibilidad, en el caso de las parejas conformadas por hombres, de que el niño producto de esa modalidad pueda tener una guía en su desarrollo como persona y que vaya más allá de esa madre ocasional, que simplemente tuvo relevancia o importancia hasta el momento de su nacimiento.

2.3. *Maternidad subrogada altruista*

Se realiza en el caso de hermanas, hijas, sobrinas, inclusive actualmente se han dado caso de abuelas como madres de gestación, sin pretender ningún pago o contraprestación por ello, es decir, sin fin de lucro. La mujer está dispuesta a prestar el útero para llevar a cabo el embarazo, se vincula a sentimientos

⁶ Véase: TSJ/SC, sent. N° 1187, del 15-12-16, <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/diciembre/194078-1187-151216-2016-16-0357.HTML>.

de solidaridad y generosidad con la persona o la pareja que requiere de la subrogación. En algunas oportunidades se cubren los gastos médicos o legales a que hubiere lugar. En cierto modo es una de las prácticas menos cuestionadas y un poco mejor aceptadas.

2.4. Maternidad subrogada comercial

La mujer que está dispuesta a prestar el útero requiere de un pago o remuneración económica, es decir, embarazo a cambio de compensación con bienes o monetaria. A rasgos generales ha sido cuestionada en muchos países por considerar que se trata de una explotación comercial, que afecta la dignidad del ser humano, no obstante todo ello se practica ampliamente en países como la India, en los que se exige que la mujer embarazada por encargo de otra, sea retribuida económicamente y que se cubran todos los gastos inherentes a ella y al bebé desde la concepción hasta su alumbramiento, incluyendo los gastos de parto, en algunas oportunidades se establecen montos o pagos adicionales en función de obtener embarazos múltiples, dependiendo del contrato celebrado.

2.5. Maternidad subrogada fragmentada

Puede suceder en el caso de que una mujer done su óvulo, otra geste el producto de la concepción y otra sea la que solicite el proceso, convirtiéndose esta última en la madre legal del niño o niña nacido. Se corresponde esta modalidad con la indicada por DOMÍNGUEZ GUILLÉN, de la existencia de tres madres, una biológica, una legal y otra la madre de gestación.

3. Regulación legal de la subrogación a nivel internacional

La maternidad subrogada, vientre en alquiler o gestación subrogada se encuentra ante una ausencia casi absoluta de regulación, lo que no es óbice para que se practique; sin embargo, algunos países tienen una prohibición expresa de cualquiera de sus modalidades, otros condicionan la situación al cumplimiento de ciertos requerimientos y otros la permiten en todas sus versiones. Consideramos que esta poca regulación en la materia genera problemas que deben ser atendidos y resueltos por el Derecho, como lo referente a la presunción

y determinación de la maternidad, el establecimiento de la filiación, la responsabilidad de la madre sustituta en el supuesto de que los padres que contratan el embarazo mueran sin haber culminado la gestación, etc. Es más, esta modalidad de madres sustitutas se ha convertido en algunos países subdesarrollados en una forma de vida de las mujeres de escasos recursos, lo que ha devenido en un negocio ilícito muy atractivo, proliferando agencias que ofrecen el servicio como cualquier mercancía.

De seguidas, haremos una breve referencia sobre la regulación en algunos países y la forma en que abordan el tema de las madres sustitutas o vientres en alquiler⁷.

España prohíbe de manera expresa la maternidad subrogada y señala: «La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto», reafirma el principio *mater semper certa est*, con lo que tenemos que la madre es la que pare o la que da a luz, en la misma posición se ubican Francia y Holanda.

En perspectiva contraria se encuentran Bélgica, Ucrania y la India, que admiten la maternidad subrogada tanto altruista como comercial. Sin embargo, en el año 2013, la India prohibió de manera expresa la gestación subrogada a homosexuales, extranjeros solteros y en el caso de parejas en cuyo país esta práctica se encuentre prohibida, no obstante es un receptor de gran cantidad de solicitudes y contrataciones de mujeres para convertirse en madres subrogadas.

En relación con este punto, Grecia regula la gestación subrogada, si bien la permite estableciendo que no puede haber vínculo genético entre la madre gestante y los embriones, solo se permite acceder a ella a mujeres que no puedan gestar por sí mismas y con informes médicos que lo confirmen y, por último, las mujeres implicadas en este proceso deberán ser residentes de Grecia.

Rusia admite maternidad subrogada, en las modalidades altruista y comercial, para los mayores de edad con indicaciones médicas para acudir a ella. La madre genética debe dar su consentimiento para registrar al bebé.

⁷ http://bioeticacs.org/iceb/seleccion_temas/vientreAlquiler/v_aquiler_web.pdf.

Brasil prohíbe la maternidad subrogada comercial, permite la maternidad subrogada altruista solo entre familiares hasta el segundo grado de consanguinidad.

En Estados Unidos, específicamente en el Estado de Illinois, existe una legislación bastante completa en la que a través de normas jurídicas y decisiones judiciales se ha regulado y permitido estos casos de maternidad subrogada y sus respectivos contratos, igual sucede en otros Estados del mismo país en los que la maternidad subrogada se permite siempre y cuando cumpla con algunos requisitos. Se permiten los contratos de gestación, siendo así que la primera referencia de la que se tiene conocimiento en relación con la maternidad subrogada comercial fue en el año 1980, en el cual se realizó un contrato mediante el cual se pagaron diez mil dólares a una mujer por convertirse en la madre gestante que posteriormente daría a luz y entregaría al bebé a una pareja contratante que serían los padres legales de la criatura.

Posteriormente, el desarrollo legislativo surgió como producto del emblemático caso de Baby M., ocurrido en 1985, en el cual la madre subrogada o sustituta, después de haber dado a luz a la niña objeto del contrato, se arrepintió y no quiso entregarla a los que serían los padres legales, queriendo entonces quedarse con ella. Las partes habían suscrito un contrato y el padre de la niña había aportado el semen para realizar la inseminación, generando entonces un conflicto de intereses que debió ser dirimido en tribunales y que finalmente decidió darle la custodia al padre y otorgarle derecho de visita a la madre sustituta.

4. Regulación en Venezuela

Venezuela no ha escapado del avance vertiginoso de la tecnología en relación con los problemas de fertilidad y reproducción asistida. Nuestro país no ha legislado sobre esta materia⁸, a pesar de la referencia del artículo 204 del

⁸ Véase: DOMÍNGUEZ GUILLÉN, María Candelaria: *Inicio y extinción de la personalidad jurídica del ser humano (nacimiento y muerte)*. TSJ. Caracas, 2007, p. 114; DOMÍNGUEZ GUILLÉN, María Candelaria: *Manual de Derecho Civil I Personas*. Ediciones Paredes. Caracas, 2011, p. 102; DOMÍNGUEZ GUILLÉN, María Candelaria: *Ensayos sobre capacidad y otros temas de Derecho Civil*. 3ª, TSJ. Caracas, 2010, pp. 649-652.

Código Civil que menciona la «inseminación artificial» y que, a decir de la doctrina, supone admitir que tal técnica no está prohibida⁹. Ha sido a través de decisiones vinculantes realizadas por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia que se han comenzado a resolver algunas situaciones puntuales relacionadas con esta materia. Es el caso de la sentencia N° 1456/2006¹⁰, en la que se define la reproducción asistida como el conjunto de técnicas médicas especiales que implican la ayuda profesional al acto conyugal con el fin de lograr la procreación de la especie humana, a través de la obtención y utilización de gametos o transferencia de embriones con ese fin.

En el 2016, la misma Sala Constitucional¹¹ emite otra decisión vinculante en el caso de una pretensión de amparo interpuesto contra el Tribunal Tercero de Primera Instancia de Juicio del Circuito Judicial de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas y Nacional de Adopción Internacional, la que fue admitida por tratarse de un tema de orden público y además de ser un punto de mero derecho.

El caso en cuestión refiere a la maternidad subrogada, en el cual la pareja –homoparental– son dos personas del mismo sexo –mujeres– de nacionalidad venezolana, quienes contraen matrimonio en Argentina, donde se reconoce el matrimonio civil sin ninguna discriminación por la orientación sexual de los contrayentes.

⁹ Véase: DOMÍNGUEZ GUILLÉN: ob. cit. (*Inicio y extinción...*), p. 193; RIBEIRO SOUSA, Dilia María: «Situación jurídica del concebido ante los avances de la ciencia (especial referencia al tratamiento del concebido en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, y sus diferencias con la Constitución de 1961)». En: *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*. N° 118. UCV. Caracas, 2000, pp. 276 y 277; DE FREITAS DE GOUVEIA: ob. cit., p. 120.

¹⁰ Véase: TSJ/SC, sent. N° 1456, del 27-07-06, <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Julio/1456-270706-05-1471.html>.

¹¹ TSJ/SC, sent. N° 1187, del 15-12-16, <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/diciembre/194078-1187-151216-2016-16-0357.HTML>. Véase sobre dicha sentencia: VARELA CÁCERES, Edison Lucio: «La última sentencia de la Sala Constitucional en materia de instituciones familiares: la familia homoparental». En: *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*. N° 9. Caracas, 2017, pp. 225-259, www.rvlj.com.ve.

Posteriormente regresan a Venezuela y deciden realizarse un tratamiento para lograr concebir un hijo, lo que en efecto hacen y una de las mujeres dona su óvulo a su esposa, para que sea fecundado *in vitro* e implantarlo en su útero –quien se convierte en la madre subrogada–. Vuelven a Argentina con el fin de que ocurra el nacimiento del niño y poder así «garantizarle el derecho a la identidad, fundamentado en el derecho a la doble maternidad sin discriminación y el derecho a conformar familia»¹².

Nace el niño y regresan a Venezuela, por lo que «intentan juntas realizar la inserción de la partida de nacimiento de su hijo (...) ante la Oficina de Registro Civil en fecha 18 de noviembre de 2014 y a su vez solicitan el reconocimiento de la nacionalidad del niño por ser hijo de ciudadanas venezolanas por nacimiento»¹³.

La Oficina de Registro Civil establece que el niño es venezolano y «considera procedente la expedición del acta de Nacimiento por parte del Registro Civil venezolano, condicionando la misma, al desconocimiento de la relación de parentesco de una de las dos madres, estableciendo que la legislación venezolana no contempla o permite la doble filiación materna o paterna»¹⁴.

Fallece una de las madres –madre biológica o genética– y surgen derechos hereditarios, además de derechos humanos que no le son reconocidos y que deben ser resueltos favorablemente para el niño, por lo que la Sala Constitucional hace una interpretación de varios artículos de la Constitución para decidir, entre los que se encuentran los artículos 56, 75 y 76, en concordancia con los artículos 17, 44, 45 y 65 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes.

Es por ello que del texto de la sentencia se extrae lo siguiente:

Esta Sala Constitucional evidencia que en la sociedad se han originado ciertas relaciones humanas de las cuales surgen necesidades que han quedado

¹² TSJ/SC, sent. N° 1187, citada *supra*.

¹³ Ídem.

¹⁴ Ídem.

desprovistas de una regulación especial, las cuales han de ser resueltas aplicando disposiciones que regulen casos semejantes o materia análogas; resultando necesario en el presente asunto aplicar los valores superiores del ordenamiento jurídico y principios generales del Derecho, para resolver en Derecho el hecho partiendo del derecho a la igualdad y a la no discriminación, a la dignidad humana y al libre desenvolvimiento de la personalidad¹⁵.

Para concluir con la interpretación extensiva del artículo 75 de la Carta Magna, cuyo texto reproducimos de seguidas:

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

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

Y en procura de garantizar uno de los fines supremos del Estado, asegurando la igualdad y la no discriminación –continúa la sentencia– «desde un punto de vista multiétnico y pluricultural; procurando privativamente el bien común, la integridad territorial, la convivencia y éstas solo tendrán posibilidades de cumplimiento dignificando a aquellos cuya situación de hecho no han encontrado bajo regulaciones preconstitucionales la efectiva protección, que en la Constitución de 1999, esta Sala Constitucional en aplicación de la

¹⁵ Ídem.

misma está llamada a garantizar a todos los venezolanos y venezolanas sin ninguna distinción...»¹⁶.

Añadiendo: «Por ello esta Sala con fundamento en lo dispuesto en el artículo 335 constitucional, en garantía de los principios, valores y derechos consagrados en el Texto Fundamental, realiza la interpretación vinculante en los términos expuestos en este fallo sobre el artículo 75 de la Constitución, en atención a los derechos a la igualdad, a la no discriminación, al libre desenvolvimiento de la personalidad y a los valores de la dignidad humana, el afecto y la tolerancia de los ciudadanos...»¹⁷.

Es por ello que luego de dictada la decisión se amplía el contenido del artículo 75 de la Constitución, permitiendo que la jefatura de las familias pueda ser ejercida por las familias homoparentales o familias constituidas por parejas del mismo sexo sin distinción alguna, lo que se extiende a los niños, niñas y adolescentes nacidos bajo estas uniones, puesto que por ser sujetos de derecho tienen tutelados sus derechos y garantías al igual que los niños nacidos bajo la figura de familias tradicionales. Igualmente, se acuerda reconocer la filiación del niño y su respectiva inscripción ante el Registro Civil, con los apellidos de sus dos madres. Asimismo, se establece entonces la coexistencia de la maternidad legal y la maternidad genética o biológica.

Se reconoce entonces la existencia de un hijo con dos madres, en este caso queda claro que la subrogación no se realizó por el hecho de obtener una compensación económica o entregar el niño a otra persona o pareja, sino que se hizo con el consecuente fin de criarlo en una pareja estable, entendiendo y admitiendo así la existencia de parejas homoparentales, lo que a futuro puede incidir en la posibilidad de ampliar los derechos de las mismas. No obstante, quedan sin resolver los casos de vientre en alquiler, los casos en los que existen no dos sino tres madres, la maternidad subrogada altruista, en las que aún en esta última, independientemente del fin primigenio, pueden presentarse

¹⁶ Ídem.

¹⁷ Ídem.

conflictos por los intereses en juego y, por último, la realización de los contratos de maternidad.

En cuanto a este último punto de los contratos de maternidad, consideramos que, por ser una materia que interesa al orden público, por vía de consecuencia se encuentra alejada o fuera de la autonomía de la voluntad de los particulares, por lo que cualquier disposición a título oneroso que intente regular la situación en relación con la filiación o con los términos del acuerdo que se haga entre la madre de gestación y la madre o padres legales resultará nulo de toda nulidad, por tener un objeto ilícito y, por ende, carecer de eficacia jurídica.

Conclusiones

A manera de conclusión, podemos anotar luego de estas breves reflexiones:

i. La maternidad subrogada, modalidad de aplicación de las técnicas de reproducción asistida, es un hecho a nivel mundial del que no escapa Venezuela. A través de ella se rompen los principios jurídicos ancestrales de acuerdo a los cuales la madre «siempre es cierta», ante la posibilidad de la existencia de dos madres y en otros casos tres.

ii. Por el hecho de requerir de una variedad de elementos y, a su vez, de la participación de varias personas para poder llevarla a cabo, es una figura complicada, que necesita ser desarrollada a nivel normativo.

iii. A través de la jurisprudencia vinculante de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia se ha avanzado en cierta medida en cuanto a regular algunas situaciones planteadas con el tema.

iv. La más reciente sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, que reconoce la doble maternidad en el caso de la maternidad subrogada en una pareja homoparental –del mismo sexo, en este caso mujeres–, reconoce el supuesto en estos casos en observancia de los derechos a la no discriminación y a la igualdad, y de la interpretación extensiva del

artículo 75 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en armonía con el interés superior del niño, principio rector de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes.

v. Es imperativo regular la situación de los contratos de maternidad, que fomentan los intereses lucrativos y desvirtúan la esencia de la maternidad y degradan la dignidad de la mujer. Considerando al producto de la concepción como una mercancía cualquiera y que se siguen practicando de manera privada sin ningún problema, aun sabiendo que son nulos desde su inicio. Como bien señala DOMÍNGUEZ GUILLÉN, el asunto debe ser analizado con una perspectiva ético-jurídica, pero en todo caso la ausencia de regulación de la figura «no autoriza la violación de principios filiatorios, asociados al interés del menor y el respeto a la dignidad humana»¹⁸.

* * *

Resumen: El autor toca un tema de bastante actualidad como es la maternidad por subrogación, explicando sus diversos tipos y comentando el más reciente fallo de la Sala Constitucional sobre dicha materia. **Palabras clave:** Maternidad subrogada, pareja homoparental, contratos de maternidad. Recibido: 29-01-18. Aprobado: 25-02-18.

¹⁸ DOMÍNGUEZ GUILLÉN: ob. cit. («Gestación subrogada»), p. 225. Véase también de la autora a propósito de la fecundación artificial: *Manual de Derecho de Familia*. 2ª, Ediciones Paredes. Caracas, 2014, pp. 253-263.