



**REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA  
UNIVERSIDAD MONTEÁVILA  
COMITÉ DE ESTUDIOS DE POSTGRADO  
ESPECIALIZACIÓN EN DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL**

**LA FILIACIÓN MATERNA EN LA LEGISLACIÓN  
VENEZOLANA RESPECTO AL VIENTRE EN ALQUILER O  
MATERNIDAD SUBROGADA**

Trabajo Especial de Grado presentado para optar al Título de Especialista en  
Derecho procesal Constitucional

Autor: Rodríguez Bogady, Gladys María  
C.I. 19.125.398  
Tutor: Rodríguez Blaise, Richard

Caracas, febrero de 2024

## CARTA DE CONFIRMACIÓN DEL TUTOR

Quien suscribe, **RODRÍGUEZ BLASE, RICHARD**, C.I. N° **V-6.274.554**, **CONFIRMO QUE EL TRABAJO ESPECIAL DE GRADO** presentado por el estudiante **RODRÍGUEZ BOGADY, GLADYS MARÍA**, C.I. **V-19.125.398**, cursante de la **Especialización de Derecho Procesal Constitucional**, titulado **La Filiación Materna en la Legislación Venezolana respecto al Vientre en Alquiler o Maternidad Subrogada**, al cual me comprometí en orientar desde el punto de vista académico, cumple con los requisitos para su presentación.

A los 08 días del mes febrero de 2024.



Firma del Tutor

DATOS DEL Tutor:  
Nombre y Apellido: Richard Rodríguez Blase  
Cédula: V- 6.274.554

## **DEDICATORIA**

La oportunidad que Dios nos da es vivir sobre la vida misma; por ello tengo como mi inspiración a mi amada hermana Donna; quien su fortaleza va de la mano con fe y resiliencia; luchando por acabar con sus dolencias; levantando como el sol en cada amanecer; eres mi ejemplo deidad hecha mujer.

## **AGRADECIMIENTOS**

A Dios Todo poderoso por Regalarme la Vida, la inteligencia, la sabiduría y el conocimiento.

A la Virgen del Valle, por ser mi compañera espiritual y esperanza del mañana.

A mis padres, forjadores de espíritu luchador, por estar siempre presentes, por su constancia, por saber apoyarme.

Especiales agradecimientos al Dr. Ricardo Navarro por su gran motivación y apoyo, que a través del cristal de su experiencia, voluntad y conciencia busca e impulsa al crecimiento en el laberinto de la vida profesional transmitiendo su legado que a pesar de las virtudes y defectos se debe trabajar en equipo para lograr el éxito. A mi querido tutor Richard Rodríguez Blaise por su humildad, cariño y calidad de transmitir conocimientos en el desarrollo del aprendizaje que con su dedicación y profesionalismo ha sido motivo para ser imitado.

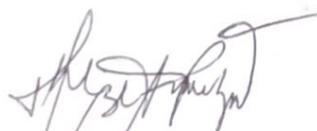
Finalmente, a la profesora Beatriz Martínez, por su bondad, paciencia y orientación dada para la elaboración del trabajo de investigación.

**Comité de Estudios de Postgrado  
Especialización en Derecho Procesal Constitucional**

Quienes suscriben, profesores evaluadores nombrados por la Coordinación de la Especialización en Derecho Procesal Constitucional de la Universidad Monteávila, para evaluar el Trabajo Especial de Grado titulado: "LA FILIACIÓN MATERNA EN LA LEGISLACIÓN VENEZOLANA RESPECTO AL VIENTRE EN ALQUILER O MATERNIDAD SUBROGADA", presentado por la ciudadana: RODRÍGUEZ GLADYS, cédula de identidad N° V- 19.125.398, para optar al título de Especialista en Derecho Procesal Constitucional, dejan constancia de lo siguiente:

1. Su presentación se realizó, previa convocatoria, en los lapsos establecidos por el Comité de Estudios de Postgrado, el día **15 de febrero de 2024**, de forma presencial en la sede de la Universidad.
2. La presentación consistió en un resumen oral del Trabajo Especial de Grado por parte de su autor, en los lapsos señalados al efecto por el Comité de Estudios de Postgrado; seguido de una discusión de su contenido, a partir de las preguntas y observaciones formuladas por los profesores evaluadores, una vez finalizada la exposición.
3. Concluida la presentación del citado trabajo, los profesores evaluadores decidieron otorgar la calificación de Aprobado "A" por considerar que reúne todos los requisitos formales y de fondo exigidos para un Trabajo Especial de Grado, sin que ello signifique solidaridad con las ideas y conclusiones expuestas.

Acta que se expide en Caracas, el día 15 del mes de febrero de 2024.



Prof. Richard Rodríguez  
C.I. 6.274.554



Prof. Beatriz Martínez  
C.I. 5.533.113



**REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA  
UNIVERSIDAD MONTEÁVILA  
COMITÉ DE ESTUDIOS DE POSTGRADO  
ESPECIALIZACIÓN EN DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL**

**LA FILIACIÓN MATERNA EN LA LEGISLACIÓN VENEZOLANA RESPECTO  
AL VIENTRE EN ALQUILER O MATERNIDAD SUBROGADA**

**Autor:** Rodríguez Bogady, Gladys María

**Tutor:** Rodríguez Blaise, Richard

**Fecha:** 15 de febrero de 2024

**RESUMEN**

La investigación realizada consistió en obtener información sobre maternidad subrogada conjuntamente con las técnicas que se aplicó en la reproducción asistida. El propósito de la investigación se basó en analizar las disposiciones legales existentes referentes a las técnicas que se aplicaron; de igual manera el análisis que tomaron en cuenta. También se describió aspectos teóricos que fundamentaron las modalidades del proceso reproductivo. El trabajo se justificó por la necesidad que tenían las parejas en la procreación para tener familias, la utilidad de la técnica tuvo relevancia social porque reflejó impacto en ciertos países con la posibilidad de maternidad subrogada, por los beneficios que logró. Fue sustentado en bases legales en distintos organismos internacionales. Esta investigación evidenció el tipo de estudio que se adaptó a la descripción del registro, análisis e interpretación de las condiciones en el momento para comprobarla con la filiación materna en la legislación en Venezuela y en otros países. Los resultados fueron: maternidad subrogada aumentó a nivel internacional, se redujo en Venezuela debido al alto costo de insumos requeridos. Se tomó en cuenta lo planteado, se concluyó que la maternidad subrogada rompió esquemas moralistas y alcanzó el avance de nacimientos. Se insta fijar parámetros jurídicos en Venezuela para la legalización de maternidad asistida.

Palabras clave: Maternidad; Filiación; Fertilidad; Reproducción asistida.



Universidad  
Monteávila



**REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA  
UNIVERSIDAD MONTEÁVILA  
COMITÉ DE ESTUDIOS DE POSTGRADO  
ESPECIALIZACIÓN EN DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL**

**LA FILIACIÓN MATERNA EN LA LEGISLACIÓN VENEZOLANA RESPECTO  
AL VIENTRE EN ALQUILER O MATERNIDAD SUBROGADA**

**Autor:** Rodríguez Bogady, Gladys María

**Tutor:** Rodríguez Blaise, Richard

**Fecha:** 15 de febrero de 2024

**SUMMARY**

The research carried out consisted of obtaining information on surrogacy together with the techniques that were applied in assisted reproduction. The purpose of the research was based on analyzing the existing legal provisions regarding the techniques that were applied; Likewise, the analysis they took into account. Theoretical aspects that based the modalities of the reproductive process were also described. The work was justified by the need that couples had in procreation to have families, the usefulness of the technique had social relevance because it reflected the impact in certain countries with the possibility of surrogacy, due to the benefits it achieved. It was supported by legal bases in different international organizations. This research showed the type of study that was adapted to the description of the registry, analysis and interpretation of the conditions at the time to verify it with maternal affiliation in the legislation in Venezuela and other countries. The results were: surrogacy increased internationally, it decreased in Venezuela due to the high cost of required inputs. The above was taken into account, it was concluded that surrogacy broke moralistic schemes and achieved the advancement of births. It is urged to establish legal parameters in Venezuela for the legalization of assisted motherhood.

**Keywords:** Maternity; Filiation; Fertility; Assisted reproduction.

## TABLA DE CONTENIDO

DEDICATORIA .....	ii
AGRADECIMIENTOS .....	iii
RESUMEN .....	iv
SUMMARY .....	v
INTRODUCCION.....	1
PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA .....	3
Objetivo General: .....	6
Objetivos Específicos:.....	6
JUSTIFICACION .....	7
CAPITULO I .....	9
Antecedentes .....	9
CAPITULO II .....	13
Disposiciones legales.....	13
CAPITULO III.....	25
Impacto de la Sentencia 1456 de fecha 27 de Julio de 2006 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia.....	25
CAPITULO IV .....	30
Aplicabilidad de legislación venezolana para la determinación de la filiación materna respecto al vientre de alquiler o maternidad subrogada en Venezuela .....	30
CONCLUSIONES.....	34
REFERENCIAS .....	36

## INTRODUCCION

La gestación subrogada o por sustitución es conocida como maternidad subrogada o vientre en alquiler, considerada a la vez como una alternativa a la fecundación natural de una pareja ante la imposibilidad de concebir hijos por medios naturales. Es un método de reproducción asistida caracterizado porque la mujer que gesta a un bebé no se da finalmente la madre del mismo, ya que renuncia después del parto para ser entregado a otras personas.

El avance científico, en técnicas de Reproducción Humana Asistida ha dado lugar cada vez más a la maternidad subrogada. El primer intento ocurrió en los Estados Unidos en 1976, un familiar de la donante del ovocito quien proporcionó el vientre en alquiler.

En los países donde este proceso no se incluye dentro de su derecho positivo; niegan informaciones en distintos centros de salud diseñados para realizar las prácticas correspondientes.

En ciertos países latinos desean optar por la legalidad del vientre en alquiler, así brindar ayuda a matrimonios sin poder tener la dicha de fecundar; puede ser con problemas de patología que lo impida o por incapacidad uterina.

Debido a la aparición de nuevas técnicas reproductivas, varios países se han propuesto a la tarea de conferirle legalidad al proceso, cuyo objetivo principal es que la ley prevalezca sobre el interés individual, la arbitrariedad del Poder Ejecutivo y Judicial, el abuso de poder y la inseguridad jurídica; de esta manera incluirlo dentro del derecho positivo; quien confiere la regulación o legalidad de la gestación subrogada, es decir, la posibilidad de llevar a cabo un embarazo de un hijo propio o ajeno en el útero de otra mujer.

En Venezuela, se considera que el resultado de este proceso es un ser humano y los seres humanos en nuestro ordenamiento jurídico no pueden ser considerados como propiedades de otras personas.

Tales efectos, analizaré la reproducción asistida como técnica de apoyo en nuestro país, es decir, el elemento volitivo como determinante de la filiación materna derivada de las técnicas de fecundación asistida admitidas por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, tales como:

Inseminación artificial homóloga.

Inseminación heteróloga.

Fecundación in vitro homóloga.

Fecundación in vitro con semen de donante.

Transferencia intratubárica de gametos

Transferencia nuclear.

De manera tal, que, los problemas derivados de la reproducción asistida son múltiples y álgidos; en su mayoría afectan sustancialmente las reglas básicas del Derecho de Familia y otros tocan al Derecho de la Persona.

Recientes acontecimientos han servido para poner a prueba al derecho, como los casos de maternidad sustituta o subrogada o mal llamados vientres en alquiler, la experimentación genética en humanos.

Es importante resaltar el impacto que ha causado la jurisprudencia relacionada con las modalidades de reproducción asistida referidas por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, pero solo da el paso de extender interpretaciones de normas de rango legal, mas no determina como tal la filiación materna.

## PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

En esta oportunidad se señala la maternidad subrogada o vientre en alquiler.

La filiación maternal es el vínculo jurídico que une a un hijo con su madre.

Debido a los grandes avances científicos en materia de reproducción asistida, muchas familias han dejado atrás los problemas de infertilidad, con la posibilidad de tener hijos sin recurrir a la adopción.

Con todos los cambios ocurridos en la sociedad, se ha programado orientaciones dirigidas a mujeres en diferentes centros de salud para recibir en su útero un embrión formado en su primera etapa de división celular, garantizando así la importancia y futura gestación.

Esto origina a tomar consideración la maternidad subrogada, sostenida por un convenio con una persona determinada, la cual una mujer queda embarazada con un ovulo ajeno para traer al mundo a un bebe. El trato realizado conlleva a la parte interesada a convertirse en intencionales o comitentes del niño.

La ciencia evoluciona constantemente para favorecer o causar daño a quienes recuren a esos cambios.

Desde 1970 en varios países se inician la práctica de maternidad subrogada o vientre en alquiler produciendo controversias éticas, legales y sociales, ya que están consideradas como explotación hacia la mujer, sin tomar como base sus necesidades económicas y emocionales.

Dichas metodologías deberían limitarse a los óvulos y semen de la pareja, con consentimiento libre, que estén vivos y que todos los embriones resultantes de la fecundación sean implantados en la matriz de la esposa de manera que no existan embriones supernumerarios o sobrantes. Gestación subrogada de la pareja, de la inseminación "heteróloga" en la que el semen es de un tercero. Ciertamente, la primera no ofrece mayores conflictos jurídicos porque la ciencia auxilia a la pareja, pero existe correspondencia entre la filiación legal y la biológica desde el punto de vista de la paternidad. En efecto, los mayores problemas que para el Derecho

plantea la fertilización artificial tienen lugar cuando desde el punto de vista de la filiación paterna o materna, no existe correspondencia entre lo genético y lo jurídico. Era previsible, que los avances científicos tuvieran su costo en la relación jurídica filiatoria con importantes consecuencias a nivel social y emocional.

En realidad, muchos serán los posibles conflictos derivados de las distintas modalidades de fecundación artificial. Al efecto, el Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional refiere las modalidades de fecundación asistida o artificial:

- 1.- Inseminación artificial homóloga.
- 2.- Inseminación artificial heteróloga.
- 3.- Fecundación “in vitro” homóloga.
- 4.- Fecundación “in vitro” con semen de donante.
- 5.- Fecundación “in vitro” con donación de óvulos.
- 6.- Transferencia intratubárico de gametos.
- 7.- Transferencia nuclear.

Ahora bien, se indica que la maternidad subrogada admite varias modalidades inclusive con participación de tres mujeres: una que aporta el óvulo, otra la gestión y otra que criará al niño. La citada sentencia 1456 de la Sala Constitucional del Máximo Tribunal contiene una breve referencia en este sentido.

La mujer es la que propiamente nos coloca en el complejo caso que comentaré de seguidas, a saber, el vientre sustituto o gestación subrogada. La figura ha sido denominada “maternidad por sustitución” o “maternidad subrogada, gestación de sustitución o alquiler de útero” que tiene lugar cuando una mujer gesta un hijo por encargo, con la promesa de entregarlo a otra mujer que generalmente aporta su óvulo.

La maternidad subrogada es la práctica o reproducción asistida que se sustituye la madre genética, a efecto de que es otra mujer distinta quien gesta y da a luz al concebido.

Por otra parte, llama también la atención de esta Sala el tema de las madres de alquiler o gestantes subrogadas. Estas madres llevan a cabo la gestación de un niño, ante la imposibilidad física de realizarlo por parte de una determinada mujer que desea ser madre, de modo que una vez nacido tal hijo sea considerado hijo de la mujer que desea tenerlo y que no puede tenerlo.

Así podría darse el caso de un niño con tres madres, una que aporta el material genético, otra que lo gesta y lo da a luz y otra que tiene la patria potestad. En este aspecto se podría producir un dilema ético e incluso legal y no tratarse el supuesto de “doble maternidad” producto de la reproducción asistida, sino por la determinación de la filiación materna de las distintas modalidades.

Sin embargo, en Venezuela al incluir a la maternidad subrogada se rompen los principios jurídicos ancestrales de acuerdo a las leyes establecidas en el país. Además, esta práctica se encuentra alejada o fuera de autonomía de la voluntad de los particulares, por lo tanto, cualquier disposición onerosa que intente regular la situación en relación o con términos del convenio que se haga entre la madre de gestación y la madre o padres legales, resultara nulo de toda nulidad por tener un objeto ilícito y carece de eficacia jurídica.

Es imperativo la regulación de los contratos de maternidad que fomentan intereses lucrativos y desvirtúan la esencia de la maternidad, degradando la dignidad de la mujer considerando el producto de concepción como objeto de venta, practicado de manera privada aun sabiendo que son nulos en el territorio venezolano.

Guillen (2018) señala:

“La maternidad debe ser analizada con una perspectiva ético-jurídica, pero en todo caso la ausencia de regulación de la figura no autoriza la violación de principios filiatorios asociados del interés del menor y el respeto al ser humano” (pág. 284)

Los principios contemplados en el ordenamiento jurídico constitucional no permiten imponer cambios y transformaciones para alcanzar la constitucionalidad en el proceso de la maternidad subrogada.

Es necesario señalar que en el país no existe regulación legal expresa sobre el tema planteado, mientras no se dicten leyes, seguirá existiendo limitación en cuanto a la filiación en casos de vientre en alquiler o maternidad subrogada.

**Objetivo General:**

Analizar la legislación venezolana relacionada con la filiación materna en casos de vientre en alquiler o maternidad subrogada.

**Objetivos Específicos:**

1. Describir las disposiciones legales existentes en Venezuela en relación a la filiación materna en casos de vientre en alquiler o maternidad subrogada.
2. Analizar la jurisprudencia relacionada con las modalidades de reproducción asistida si determinan o no la filiación materna en casos de vientre en alquiler o maternidad subrogada.
3. Evaluar la efectividad y aplicabilidad de la legislación venezolana existente en cuanto a la filiación materna en casos de vientre en alquiler o maternidad subrogada, y proponer posibles modificaciones o actuaciones en base a los resultados obtenidos.

## JUSTIFICACION

La presente investigación se justifica porque el tema en análisis es una realidad social y por ello amerita todo el estudio posible a pesar de que cada día la maternidad subrogada como medio alternativo a la reproducción es más común, aún carece de regulación en muchos países y en su práctica se recurre a métodos no previstos en la ley para lograr el fin perseguido.

El trabajo es de gran importancia porque se puede observar la ayuda que proporciona la ciencia médica a los fines de propiciar la fertilización, es posible la concepción por vía de los métodos tradicionales y naturales. Estos avances pueden ser protegidos y resueltos por los órganos jurisdiccionales, con el objeto de evitar que los vacíos legales atenten contra derechos constitucionales de los ciudadanos.

Aunque todavía queda sin efecto leyes que sustenten a reproducción asistida, es necesario el desarrollo y el progreso humano ya que las normas jurídicas se consideran como un instrumento útil para alcanzar los propósitos de la maternidad subrogada que encaje su aplicación en el ordenamiento jurídico para amparar a las personas que desean convertirse en padres, a la vez elaboración de contratos que eviten fraude, extorciones y abusos de sobreprecios.

El procedimiento de gestación por sustitución, llamado también “vientre en alquiler” no se encuentra legislado en Venezuela. Ante la ausencia de una ley de reproducción humana asistida, solo existe la disposición contenida en el artículo 197 del Código Civil venezolano, mediante el cual el legislador patrio enfatiza en la determinación y prueba la filiación materna; expresando lo siguiente: ***“La filiación materna resulta del nacimiento y se prueba con el acta de la declaración de nacimiento inscrita en los libros de Registro Civil, con identificación de la madre.”*** En ese sentido, como se expondrá, la legislación venezolana, sólo se ha preocupado hasta la fecha de dar una solución al problema filiatorio respecto de los hijos nacidos del vientre de su progenitora, sin referirse al problema de los acuerdos o contratos de gestación por sustitución, pues en nuestra legislación es inexistente, pero no está prohibido. Por otra parte, en la legislación comparada no existe un

único criterio para legislar sobre esta materia. Cada país ha legislado en base a su realidad social y convencimientos éticos. Sin embargo, es posible distinguir tres grupos de países. Algunos prohíben expresamente en su legislación cualquier tipo de gestación por sustitución, sea altruista o comercial, como es el caso de Alemania, Francia, España. Todos estos países establecen sanciones privativas de libertad y/o pecuniarias en caso de incumplimiento. Por otra parte, existen países o estados que permiten la gestación por sustitución, pero solo con fines “altruistas”, penalizando si esta se efectúa con fines comerciales. Es el caso de Australia, Canadá, Portugal, Países Bajos, Sudáfrica, Uruguay. Y finalmente hay países que además permiten también la gestación por sustitución con fines “comerciales”, como es el caso de algunos estados de Estados Unidos como California y Nueva York., o en México, el estado de Tabasco y el estado de Sinaloa.

Al respecto, el Informe sobre los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada en España del Comité de Bioética español: “La maternidad o gestación subrogada es uno de los temas bioéticos más controvertidos del momento por su carácter disruptivo sobre el modo en que la procreación humana, y las consecuentes relaciones de maternidad y filiación, han sido entendidas y reguladas hasta la actualidad. Por primera vez en la historia se plantea la posibilidad de disociar la gestación de la maternidad” (EMAKUNDE; 2018, citado por COMITÉ DE BIOÉTICA ESPAÑOL, 2018: 2)

## CAPITULO I

### Antecedentes.

La sociedad ha buscado la forma de procrear por medio de la consumación de una de las leyes naturales elementales, siendo la perpetuación de la especie humana.

En la época antes de cristo, existían muchas parejas con dificultad de traer hijos al mundo, al carecer de posibilidad y recurrían a otras alternativas como lo eran las madres sustitutas quienes renunciaban a todo derecho de maternidad, a pesar de ser ellas las madres biológicas del bebé. Sin tener conocimiento estaban apoyando a ciertas familias.

En las sagradas escrituras se muestran varios eventos que señalan la gestación subrogada, cuando la esposa de Abrahán se dio cuenta de ser estéril ofreció a su esposo la opción de unirse a su esclava para que le gestara un hijo; al dar a luz al niño la pareja lo aceptó como su propio hijo.

En Mesopotamia en 1780, la subrogación de la maternidad fue señalada como legal, amparado a través del Código del Rey Hammurabi, el cual disponía que la mujer con problemas de gestar y quería tener hijos seleccionaba una esclava para su marido con fines de procreación. El cuerpo de leyes contemplaba garantías sociales para las madres alquiladas que tuvieran hijos sin ser tomada como fines de lucro.

Reyes, (2008) manifiesta:

“Ser madre es para muchas mujeres, el gran sueño de su vida, pero por problemas de fertilidad algunas parejas optan por la práctica de subrogación” (pág. 41)

Esta información evidencia que esta forma de ser madre cumple sus respectivas vidas ante la infertilidad para sentirse realizadas.

En Egipto, la maternidad subrogada fue una técnica habitual para muchos faraones, ya que utilizaban a sus criadas para tener hijos y ser criados por sus esposas, pero no podían esos hijos no podían heredar el trono.

En el siglo XX empezó a tomar auge la inseminación artificial con el semen del conyugue varón o un donante relacionado. La primera fundación in vitro de humanos fue en el año 1944 en Harvard por varios ginecólogos quienes cultivaron un óvulo humano y lo fecundaron en un laboratorio, se tradujo en el desarrollo de un embrión bicelular.

En 1967, científicos británicos fueron fundadores de la fecundación in vitro, lograron su primer éxito en un óvulo humano.

El 25 de julio 1978, en la ciudad inglesa Oldham nació la primera niña concebida in vitro.

En Australia en 1980, en el laboratorio de Carl Wood y Alex Lopata se produjo de manera exitosa la concepción y el nacimiento de un varón a través del mismo procedimiento, y en 1981 se realiza primer programa de fecundación in vitro en los Estados Unidos de América.

En USA es legalizado la maternidad subrogada o vientre en alquiler y tiene un costo aproximado a partir de USD 12.000. Las parejas homosexuales recurren a esta reproducción asistida para poder tener una familia constituida.

Otra información que permite evidenciar los orígenes de la figura de la subrogación uterina es suscitada en Francia en el año 1982, donde el Doctor Sacha Geller fundó el Centro de Investigación de Técnicas de Reproducción, Asociación destinada a vincular a parejas estériles con madres subrogadas.

Ximena (2012) opina:

“La apertura y difusión de las nuevas tecnologías reproductivas han propiciado un mayor aceptación y práctica de la maternidad subrogada de aquellas mujeres que padecen de alguna patología uterina” (pág. 85)

Es notorio que las técnicas utilizadas han ayudado a la existencia de una nueva concepción de vínculos paternales basados en el afecto y en el deseo de tener descendencia sin la unión sexual o un factor biológico.

En España, el Tribunal Supremo ha reiterado la nulidad de los contratos de subrogación, porque vulneran los derechos fundamentales, tanto de la mujer gestante como la del niño gestado.

Defienden la igualdad de la mujer. La nulidad actual se debe a varias razones:

- 1) Posible mercantilización del cuerpo de la madre de alquiler, cuando el contrato se formaliza por un precio
- 2) Explotación reproductiva.
- 3) No existe una posición unánime entre la Dirección General de los Registros y del Notariado con el Tribunal Supremo en cuanto a la inscripción de los niños nacidos a través de este medio en el extranjero.

Esto se debe, por un lado, a que no es consecuente inscribir legalmente nacidos por medio de un contrato nulo según la ley española, pero el interés superior del menor obliga a protegerlo. Esta situación crea inseguridad jurídica.

En los últimos años se han producido iniciativas legislativas para regular la subrogación; sin embargo, no han tenido resultado y es posible delimitar el ámbito de una supuesta aseveración de ciertas técnicas de reproducción asistida que tendrían acceso a ellas las mujeres o las parejas heterosexuales, también a los homosexuales de varones con una alternativa a la adopción.

Ucrania es uno de los países donde la gestación subrogada es legal, tanto con un pago como de modo altruista.

En Grecia y Portugal la maternidad subrogada o vientre en alquiler es completamente legal, con sus bases o normativas establecidas.

En Argentina, la gestación subrogada no es legal, pero tampoco está expresamente prohibida.

El artículo 19 de la Constitución de Argentina establece:

Las acciones privadas de los que ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están solo reservados a Dios y exentos de la autoridad

de los magistrados. Ningún habitante de la nación será obligado a hacer lo que no manda la ley ni privado de lo que ella no prohíbe.

En 2015 tuvo lugar una reforma del Código Civil y Comercial, en la que se establecieron las reglas generales relativas a la filiación por técnicas de reproducción humana asistida, sin embargo, no se reguló la gestación subrogada de forma específica.

En julio 2020 se presentó un proyecto de Ley que tiene por objeto incorporar la gestación subrogada como técnica de reproducción asistida. De esta forma, se podrá cubrir un vacío legal que enfrentan las personas que recurren a este método para tener un hijo.

## CAPITULO II

### Disposiciones legales

Es importante destacar que, para ahondar sobre el tema abordado en la presente tesis, debemos tener definido el concepto de la gestación por subrogación, se remitirá a lo establecido por el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas: “Es una práctica de reproducción mediante un “tercero”, en la que el aspirante o aspirantes a progenitor y la madre de alquiler, convienen en que esta se quede embarazada, geste y dé a luz a un niño. Esto se formaliza mediante contratos o acuerdos de maternidad subrogada, los que suelen contemplar la expectativa o el acuerdo a efectos de que la madre de alquiler traslade jurídica y físicamente al niño al aspirante o aspirantes a progenitor, sin conservar la patria potestad ni la responsabilidad paterna”. Así entonces, las partes formalizan mediante contratos o acuerdos, los derechos, responsabilidades e intenciones, antes del traslado jurídico y físico del niño gestado. Pueden también contemplar en esos acuerdos los derechos de los padres, las obligaciones prenatales de parte de la madre sustituta y el reembolso de los gastos productos del embarazo.

Este aspecto de la investigación propone un conjunto de técnicas basadas en la maternidad subrogada, ya que es un proceso que lleva implícito acuerdos jurídicos y emocionales, situación que tiene muchos retos. Este tema ha traído controversia entra la legalidad y la ética porque no todos lo establecido se puede poder a disposición de los seres humanos; es permitido desde las reglas orales y religiosas.

Se traerá a colación las distintas conceptualizaciones emanadas de diversos doctrinarios, como son:

Akerman (2013) sostiene:

“El proceso de maternidad subrogada no solo está comprometido el vientre de una mujer, sino todo su cuerpo y su vida, ya que en algunas ocasiones mueren en el parto” (pág. 4).

Con este comentario se puede deducir que también se está contratando la capacidad gestional conjuntamente con su cuerpo que lo constituya.

Rodríguez (2014) dice:

“A través de la historia de la humanidad, el acelerado desarrollo de la ciencia y la tecnología han provocado significativas y claros impactos en todos los aspectos de la vida del ser humano” (pág. 69).

Lo citado asocia que cada vez con mayor frecuencia surgen nuevos descubrimientos e inventos que permiten explicar la existencia del avance de la ciencia para contribuir al crecimiento humano.

El fenómeno de la maternidad subrogada, ha dado lugar a la aparición de formas de maternidad compartida y se ha clasificado según los grados de intervención de cada una de las mujeres de la procreación; tal y como lo determinamos ut supra, la misma se categoriza de la manera siguiente:

#### **Clasificación de la maternidad asistida:**

- 1.- Maternidad plana: es la que une la relación biológica con el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de los deberes que implica la maternidad.
- 2.- Maternidad genética: es la quien se convierte en donando de óvulos.
- 3.- Maternidad de gestación: cuando, la mujer lleva adelante la gestación de un embrión a partir de un ovulo donado.
- 4.- Maternidad Legal: la de quien asume frente al hijo los derechos y obligaciones inherentes a la maternidad sin que existan entre ellos vínculos biológicos.

En estos tipos de subrogación se paga cierta cantidad de dinero, tratado como un comercio para cubrir los gastos del embarazo y del parto.

#### **Riesgos de la maternidad subrogada:**

- 1.- Aborto, embarazo ectópico.
- 2.- Complicaciones obstetricias que se incrementan en el caso de gestaciones múltiples.

3.- Contraer diabetes gestacional.

4.- Padecer de hipertensión.

5.- Necesidad de realizar una amniocentesis, placenta previa, administración de antibióticos durante el parto y cesarías.

#### **Tipos de maternidad:**

1.- La tradicional: es cuando la madre es inseminada artificialmente, usando su propio ovulo. Esto la convierte también en madre biológica.

2.- Gestacional: la que ocurre cuando el ovulo es proveído por la pareja que se quedará con el niño.

#### **Requisitos para ser madre Subrogada:**

1.- Haber tenido un hijo propio previamente con un embarazo y parto normal sin complicaciones graves.

2.- Tener la edad comprendida entre 35 a 40 años.

3.- Gozar de buena salud física y emocional.

Es necesario cumplir los requisitos establecidos, según los países que aprueban la maternidad subrogada.

Brenda (2015) manifiesta:

“El contrato por el cual, una mujer acepta prestar su cuerpo para que sean implantado un embrión ajeno llevando el embarazo a término, permitiendo en esa forma tener descendencia a personas imposibilitadas de procrear” (pág. 49).

Se puede observar que la subrogación brinda una imagen clara y sin problemas, sin tener en consideración los retos, como la posibilidad de engendrar de las parejas homosexuales que presenten conflictos.

#### **Modalidades de reproducción asistida:**

1.- Inseminación artificial homologa: el semen del compañero se hace llegar al ovulo por medio artificiales y el ovulo es fecundado dentro del útero.

2.- Inseminación artificial heteróloga: el semen del donante se lleva artificialmente hasta el ovulo y lo fecunda al interior del útero.

3.- Fecundación “in vitro” homologa: consiste en la fecundación del ovulo en el laboratorio en un medio artificial creado; con posterior transferencia al útero.

4.- Fecundación “in vitro” con semen de donante: es diferente la situación, la mujer casada o soltera su ovulo es fecundado con semen de donante anónimo y luego transferido a su útero.

5.- Fecundación “in vitro” con donación de óvulos: el semen puede ser del marido o de un donante anónimo, lo fundamental es que también el ovulo es de otra mujer distinta, se da a luz un ser al que únicamente sea gestado.

6.- Transferencia intratubárico de gametos: se da en mujeres con obstrucción de trompas, se realiza en vivo, introduciendo los gametos más allá de la obstrucción, para que se realicen la fecundación y el cigoto continúe su interior desarrollado en medio natural.

7.- Transferencia nuclear: se realiza a mujeres con defectos citoplasmáticos de óvulos, consiste en introducir el núcleo celular de ovocitos de la mujer en los óvulos de los donantes, a lo que se le ha quitado el núcleo. El óvulo ya puede ser fertilizado de forma natural si se introduce de nuevo en el útero o in vitro.

### **Tipos de maternidad subrogada o vientre en alquiler:**

1.- Parcial: la madre gesta un embrión genéticamente relacionado con ella.

2.- Completa: la madre gesta un embrión que no fue fecundado a partir de un ovulo suyo.

Sagrero (2009) afirma:

“La capacidad de gestar es intransferible, no puede ser objeto de transacciones, además la madre gestante no solo cede el útero y en ocasiones el ovulo, sino que irremisiblemente se cede toda ella quedando implicada la totalidad de su ser y su personalidad” (pág. 63).

Este planteamiento indica que la maternidad subrogada es un atentado a la dignidad a la mujer porque somete su cuerpo al comercio.

### **Contrato de subrogación en países legalizados.**

Es el acuerdo mediante la cual una mujer acepta quedar embarazada mediante un procedimiento asistido para que se produzca el nacimiento del niño, luego entregarlo a los donantes, renunciando para ella los derechos que la ley le confiere sobre el recién nacido, y en contraprestación al pago de una compensación de suma de dinero.

### **Argumentos a favor de la gestación subrogada.**

En este argumento se asegura la libertad de cada uno de los fervientes defensores de la gestación subrogada; apelando a los más nobles valores de la historia de la humanidad.

- 1.- Libre consentimiento: una vez se garantiza el libre consentimiento entre personas adultas, plenamente y capaces.
- 2.- Brinda a los futuros padres la oportunidad de tener una relación genética con su hijo, lo que no pueden hacer por sus propios medios, tener hijos biológicos.
- 3.- Fomentar las técnicas ayuda a aumentar el número de nacimiento. Los científicos confirman que no presentan mayores riesgos médicos o de salud mental para las mujeres gestantes.
- 4.- Permite a la familia, pareja o persona ser padres de un hijo o hija biológicamente suyos.
- 5.- Es una alternativa para parejas que no puedan tener hijos por motivo de fertilidad o que sean parejas del mismo sexo.

### **Argumentos en contra de la gestión subrogada o vientre en alquiler.**

- 1.- El cuerpo de la mujer se convierte en un objeto.
- 2.- Se mercantiliza el deseo de ser padres.

3.- En caso contractual y con hijo con problemas se le podría obligar a la mujer que ofrece el útero a desprenderse del hijo.

4.- No se puede garantizar el derecho de la madre gestante a no sufrir las consecuencias psicológicas de un posible aborto.

5.- Problemas anímicos en las madres después de nueve meses de gestación y tener que entregar al niño.

En este caso se antepone la libre selección sin dependencias socioeconómicas de cada persona a la voluntad abolicionista de otros colectivos.

### **Comparaciones de las normativas internacionales.**

#### **Según la Corte Internacional resalta:**

La maternidad subrogada o vientre en alquiler es una violación de los Derechos Humanos. Le roba la mujer su dignidad, usan su cuerpo instrumentalmente por contratos y dinero. También se violan los Derechos Humanos para el niño, que ni siquiera tiene capacidad de consentir en un contrato que van a nacer así.

#### **Organización de Naciones Unidas (ONU) expresa:**

Los niños y niñas nacidos por gestación subrogada tienen los mismos derechos que todos los niños y niñas, en virtud de la convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos Humanos.

#### **Organización Mundial de la Salud (OMS) expone:**

La gestación subrogada o vientre en alquiler como una técnica de reproducción asistida, que se da cuando una mujer lleva el embarazo y da a luz a un niño que genética y legalmente pertenece a otros padres.

Esta organización no tiene una posición oficial sobre esta técnica, pero reconoce que es un tema complejo que plantea desafíos éticos y legales.

**UNICEF (Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia, que trabaja en los lugares más difíciles del mundo para llegar a los niños y adolescentes más**

**desfavorecidos y para proteger los derechos de todos los niños en todas partes):**

Su punto de vista respecto a la gestación subrogada es que se trata de una práctica que puede:

- Implicar la venta y la explotación de los niños y niñas por este medio.
- Vulnerar sus derechos humanos.
- Reconoce que esta práctica plantea desafíos éticos, legales y sociales.

**La Unión Europea puntualiza:**

En España la gestación subrogada, en cualquiera de sus formas está expresamente prohibida. Esta prohibición lo establece principalmente el artículo 10 de la ley 14/2006 sobre las Técnicas de Reproducción Humana Asistida, lo cual establece:

“Artículo 10: Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna del contratante o de un tercero”.

El anterior artículo afirma que la madre biológica será la gestante, la que da a luz al niño.

Asimismo, la reciente Ley Orgánica del 28 de febrero del año 2023, por la que se modifica la Ley Orgánica del 3 de marzo de 2010 de interrupción voluntaria del embarazo, reproduce esta misma ley en su artículo 32, añade una prohibición adicional al artículo 33 la de promoción comercial de estas técnicas y recoge la gestación subrogada como una de las formas de violencia existente en el ámbito de la salud sexual y reproductiva de las mujeres.

**Tribunal Europeo de Derechos Humanos.**

Este Tribunal ha manifestado lo siguiente:

Las condiciones morales o la aceptabilidad de las practicas subrogadas, no son en sí mismas razones suficientes para justificar la prohibición total de una técnica de procreación subrogada específica.

Estas condiciones pueden tener un peso particular al momento de resolver la admisibilidad o no a las técnicas de fertilización asistida en general. Pero una vez admitido el andamiaje jurídico creado debe ser coherente, de manera de poder aceptar los diferentes intereses legítimos en juego.

Indiscutiblemente muchos organismos defienden los derechos de los niños garantizando su bienestar establecido en las leyes.

En un artículo publicado en la revista Dilamata en el año 2018, Olza explica que el efecto en la salud del tipo de parto y nacimientos está ampliamente demostrado. Las mujeres que participan de una gestación subrogada tienen más posibilidades de vivir un parto instrumentalizado, de enfrentarse a una cesárea y sufren violencia obstetricia. De hecho, separar al recién nacido de su madre sin que haya una razón médica.

### **Bases legales en Venezuela.**

En el derecho venezolano no existe una legislación que regule la filiación materna respecto al vientre en alquiler o maternidad subrogada.

En la Constitución Bolivariana de Venezuela, en relación al tema de la presente tesis, se pueden mencionar los siguientes artículos:

*Artículo 56: Toda persona tiene derecho a un nombre propio, al apellido del padre y de la madre y a conocer la identidad de los mismos. El Estado garantizará el derecho a investigar la maternidad y la paternidad. Toda persona tiene derecho hacer inscrito gratuitamente en el Registro Civil después de su nacimiento y a obtener documentos públicos que comprueben su identidad biológica, de conformidad con la ley. Estos no contendrán mención alguna que califique la filiación.*

El artículo transcrito demuestra la obligación del Estado en determinar la documentación adecuada para identificar la filiación de cada persona.

*Artículo 75: el Estado protegerá a las familias como asociación natural de la sociedad y como el espacio fundamental para el desarrollo integral de las personas.*

*Las relaciones familiares se basan en la igualdad de derechos y deberes, la solidaridad, el esfuerzo, 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 la familia de origen. Cuando ello sea imposible o contrario a su interés superior tendrán derecho a una familia sustituta de acuerdo con la ley. La adopción tiene efectos similares a la filiación y se establece siempre en beneficio del adoptado o adoptada, de conformidad con la ley. La adopción internacional es subsidiada por la nación.*

Se deduce que el Estado tiene la obligación de proteger a la familia, garantizando beneficios a los mismos con la intención de que los niños, niñas y adolescentes puedan vivir al lado de sus padres, aunque sean padres sustitutos.

El Código Civil venezolano en su artículo 204 menciona la “**Inseminación Artificial**” y que supone admitir que tal técnica no está prohibida. Ha sido a través de decisiones vinculantes realizada por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia que se han comenzado a resolver algunas situaciones relacionadas con esta materia.

***El artículo 76 ejusdem dispone:***

*La maternidad y la paternidad son protegidas íntegramente sea cual fuere el estado civil de la madre o de la madre. Las parejas tienen derecho a decidir libre y responsablemente el número de hijo o de hijas que deseen concebir y a disponer de la información y de los medios que aseguren el ejercicio de este derecho. El Estado garantizara asistencia y protección integral a la*

*maternidad en general a partir del momento de la concepción, durante el embarazo, el parto y el puerperio, y asegurara servicios de planificación familiar integral basados en valores éticos y científicos.*

*El padre y la madre tiene el deber compartido e irrenunciable de criar, formar, educar, mantener y asistir a sus hijos e hijas, y éstos tienen el deber de asistirlos cuando aquel o aquella o puedan hacerlo por sí mismos o por sí mismas. Lay establecerá las medidas necesarias y adecuadas para garantizar la efectividad de la obligación alimentaria.*

Este artículo sostiene la responsabilidad de los padres para conducir a sus hijos asegurando su educación, formación y asistirlo en todo lo que necesite.

**Artículo 78 señala:**

*Los niños, niñas y adolescente son sujetos plenos de derecho y estarán protegidos por la legislación, órganos y tribunales especializados, los cuales respetaran, garantizaran y desarrollaran los contenidos de esta constitución, La Convención sobre Los Derechos del niño y demás tratados internacionales que en esta materia haya suscrito y ratificado la República. El Estado promoverá su incorporación progresiva a la ciudadanía activa y creará un sistema rector nacional para la protección integral de los niñas, niñas y adolescente.*

Acá el legislador indica que se consagra el principio del interés del menor, por el cual ante cualquier situación que esté de por medio el niño o adolescente, lo fundamental será tomar en cuenta una suerte de pronósticos de lo que exclusivamente resultará favorable.

Ahora bien, el artículo 20 de la Ley para Protección de las Familias, La Maternidad y Paternidad expresa lo siguiente:

El Ministerio del Poder Popular con competencia en materia de Salud incluirá dentro de sus asistenciales el servicio de reproducción asistida, dotado del personal especializado, laboratorios y equipos de alta tecnología, dirigidos a

mujeres y hombre que presenten limitaciones en su fertilidad con el objeto de garantizar el derecho a la maternidad y paternidad.

De acuerdo al anterior artículo el Estado está obligado a brindar a la familia los servicios de salud mediante equipos especializados.

El artículo 197 del Código Civil establece lo siguiente:

La filiación materna resulta del nacimiento, y se prueba con el acta de la declaración de nacimiento inscrita en los libros de Registro Civil, con identificación de la madre.

Este artículo podría quedar opacado no solo en razón de su obvia antigüedad que lo deja fuera del contexto científico actual, sino que por el carácter superior del artículo 56 de la Carta Magna que establece la verdad de la filiación. Norma de Rango Supra Legal que le da supremacía a la realidad filiatoria que es el vínculo genético.

Sin embargo, en materia filiatoria está sustraída la autonomía de la voluntad de conformidad con lo establecido en el artículo 6 del Código Civil que señala:

No pueden renunciarse ni relajarse por convenios particulares las leyes en cuya observancia están interesados el orden público o las buenas costumbres.

Cabe preguntarse entonces la posibilidad de acuerdos en lo que respecta al vientre en alquiler y la respuesta sería radicalmente negativa por tratarse de un asunto de orden público, es por ello que el contrato oneroso que pretenda regular la situación filiatoria u otras disposiciones de las partes sobre tal realidad, estaría afectadas de nulidad.

Al efecto Guerrero dice:

El objeto del contrato es ilícito por ser contrario al orden público de conformidad con el artículo 1155 del Código de Civil.

Mal se podría imponer a la madre subrogada que dio a luz a entregar al hijo dada la presunción de maternidad que la ampara por el hecho del parto. La primacía de la madre genética derivaría de la norma constitucional y no de un contrato previo carente de valor legal.

Ahora bien, la Ley Orgánica de Protección de Niños, Niña y Adolescente en su artículo 17 dice:

Todos los niños y niñas tienen el derecho hacer identificados o identificadas inmediatamente después de su nacimiento. A tal efecto, el Estado debe garantizar que los recién nacidos y la recién nacidas sean identificados o identificadas obligatoria y oportunamente estableciendo el vínculo filial con la madre.

Es importante reconocer que el estado prevé instituciones, centros y servicios de salud públicos y privados para llevar el registro de los recién nacidos.

Ley Orgánica de Registro Civil:

Artículo 2: La presente ley tiene las siguientes finalidades:

Asegurar los derechos humanos a la identidad biológica y la identificación de las personas.

Artículo 3: Deben inscribirse en el Registro Civil los actos y hechos jurídicos que se mencionan a continuación:

El nacimiento.

El artículo 85: Es obligatoria la declaración de nacimiento en el siguiente orden:

El padre o la madre.

### **CAPITULO III**

#### **Impacto de la Sentencia 1456 de fecha 27 de Julio de 2006 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia**

En el presente capítulo se presenta un análisis del objeto de la controversia en todas las Instancias Señaladas en el Cuerpo de la Sentencia.

En la primera instancia constitucional, el objeto de la controversia es la voluntad del donante del semen que de que su muestra sea utilizada por su esposa para aplicar una fertilización In Vitro.

En la última instancia en la cual la Sala dicta sentencia, el objeto de la controversia es el mismo, pero en este caso, aunado a ello, se encuentra el hecho de que el aludido donante del semen adoleció una enfermedad que podría ser hereditaria.

Ahora bien, se tomaron en cuenta consideraciones para decidir en la Sala y la misma señaló Derechos Constitucionales Denunciados como Violados tales como: Derecho a procrear, Derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad, Derecho a la maternidad sin discriminación alguna.

Para la determinación de la filiación en caso de reproducción asistida considera la Sala Constitucional en la Sentencia en análisis para tomar su decisión, que los derechos constitucionales invocados como violados, y que señaló, en primer lugar, el derecho a procrear como la inequívoca y consensuada voluntad de una pareja de ejercer y decidir de manera libre y responsable, cuántos hijos desean concebir, además de disponer de instrumentos que les aseguren ese derecho, como el caso de la inseminación artificial.

La Sala persigue examinar el quebrantamiento del derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad, fundamentado en la intención de perpetuar un hijo, que es una posibilidad incierta, así como con cumplir o desarrollar su proyecto de vida, basado en el establecimiento de una familia que le permita agrandar su dignidad humana.

También observa la Sala en sus consideraciones, el anuncio del quebrantamiento del derecho a la maternidad sin discriminación alguna, cuando se manifiesta que indistintamente del estado civil de la madre, y en exigencia para que la igualdad esté presente y efectiva, aun cuando se trata de una situación probable que depende de la realización de un procedimiento exógeno como lo es el procedimiento de la inseminación artificial.

Seguidamente, señalando que el derecho a procrear es un derecho natural de concebir a otra persona, y, que al igual que los derechos de maternidad y paternidad, implican obligaciones en los sujetos que los ejercen y que éste ejercicio supone el libre desenvolvimiento de la personalidad con solo las limitaciones que se desprenden del derecho ajeno y del orden público y social, del modo como lo consagra el artículo 29 de la Declaración de los Derechos Humanos concatenado con nuestra Constitución Nacional en derechos civiles y sociales inherentes a toda persona, como los señalados en su artículo 56 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, que implican el derecho a un nombre propio, a los apellidos de los progenitores, al conocimiento de la identidad de los mismos y, a la garantía de permitir investigar la filiación materna y paterna; igualmente, al derecho de inscripción en el Registro Civil y, a tener documentos públicos que comprueben su identidad, sin que estos contengan calificaciones de la filiación.

De la misma manera, con el artículo 75 constitucional que prevé el deber del Estado para proteger a las familias y su desarrollo; 76 constitucional que otorga protección integral a la paternidad y maternidad sin tomar en cuenta el estado civil de los padres, dando a las parejas derecho a decidir sobre el número de hijos a concebir y a tener información de los medios que le aseguren este derecho, derechos que han sido regulados adjetivamente en la Ley Orgánica para la protección de niños, niñas y adolescentes. Derechos que, por demás, son reconocidos en instrumentos internacionales que por tratados forman parte de la legislación patria, como la Ley aprobatoria del Pacto internacional de los derechos civiles y políticos.

Señala también la Sala en sus consideraciones que, ante la falta de señalamiento expreso en la procreación como derecho, el mismo se entiende como un derecho que deriva de otros inherentes en igual forma a la persona y que el Estado venezolano protege a la reproducción en razón de las normas contenidas en la Constitución y tratados internacionales protegiendo la reproducción como derecho en el artículo 76 constitucional.

Prosigue la Sala en sus consideraciones para decidir, con el análisis de la necesidad de ilustrarse con el tema científico que implica la reproducción asistida para el logro de un pronunciamiento cónsono con el Derecho como ciencia, pero también ligado a la Medicina, dado que la única referencia que existe en la legislación venezolana al respecto, es la que hace el artículo 204 del Código Civil en concordancia con el 127 constitucional, último artículo que establece la función protectora del Estado, entre otros supuestos naturales, la protección al genoma de los seres vivos prohibiendo que se patente y programando una ley que se refiera a los principios bioéticos para regular la materia, considerando que la reproducción asistida ha sido generadora de situaciones objeto de protección para evitar vacíos legales que violen derechos constitucionales.

Además, la Sentencia desarrolla este punto aplicando derecho comparado al citar normas indicada en legislación extranjera como la española y colombiana, las cuales, clasifican las modalidades de reproducción asistida. De la misma manera, cita y analiza el proceso de fecundación In Vitro en razón de haber sido esta modalidad de procreación asistida para el caso, la cual, de modo básico puede definirse como la fecundación del óvulo fuera del cuerpo de la madre.

Consecuencialmente, la Sala entra a analizar la determinación de la filiación en caso de reproducción asistida, estableciendo desde el punto de vista jurídico, que esta fecundación In Vitro no presenta ningún tipo de problema para determinar la filiación del hijo nacido, dado que es el elegido y utilizado por dos personas capaces y con su consentimiento, lo que encuadra en el supuesto del artículo 204 del Código Civil, dado que, la paternidad debe atribuírsele al marido y la filiación es matrimonial; comentando a posteriori la situación que se generaría con la

fecundación in vitro de tipo heteróloga (donante anónimo y mujer soltera), analizando tal situación conforme a la legislación española, comentando y estableciendo comparación del caso en con un caso Francés.

Del análisis de este punto anterior, la Sala procede a establecer una interrogante sobre la posibilidad de que no puede existir entonces inseminación artificial ni fecundación in vitro post mortem, respondiendo a tal interrogante mediante el análisis de derecho comparado, utilizando legislaciones extranjeras como la japonesa, la inglesa y la argentina, extendiéndose en la referencia a la regulación de reproducción asistida en la legislación de Tabasco México.

El tema de la filiación lo considera la Sala en el supuesto que la gestora tuviera hijos por vía de reproducción asistida encontraría solución por aplicación de principios constitucionales y derechos humanos que ya señaló, y que se resumen en el derecho de todo hijo a conocer a sus padres, el cual, no se limita a obtener conocimiento sobre quién es, sino a obtener los efectos jurídicos de la condición de hijo; frente a lo cual, también analiza la situación legal para establecer la filiación paterna del hijo en la legislación venezolana, a tenor del contenido del artículo 201 del Código Civil, sin embargo, conforme al juicio de la Sala, no puede considerarse un obstáculo para que el producto de la inseminación post mortem no goce de esos derechos de conocer a los padres y llevar sus apellidos, por lo que considera dadas y presentes las circunstancias de declarar mediante orden judicial la filiación paterna del concebido, ordenando su inscripción en el Registro Civil, ajustándose según este criterio a lo dispuesto en el artículo 235 del Código Civil, tomando como fundamento para tal decisión el hecho de tratarse de una filiación dentro de un matrimonio; aludiendo la necesidad de la emisión de una orden judicial al respecto que declare la filiación paterna, aun cuando ésta, no provenga de un proceso contencioso que ordene y supervise la inseminación para poder declarar la filiación y cuando no se esté ante el supuesto del artículo 201 *Ejusdem*, dado que la inseminación artificial está someramente reconocida en el artículo 204 del Código Civil, norma que impide al marido desconocer al hijo si ha autorizado la inseminación artificial de la mujer,

apoyándose para ello en la ley española 14/2006 del 26 de mayo sobre técnicas de reproducción asistida.

En el desarrollo de la observación, la Sala hace referencia a la donación retribuida y a los casos de madres subrogadas citando casos de temas referidos a bancos de semen y vientres alquilados, estableciendo comparaciones contenidas en la ley española ya citada y la ley italiana sobre la materia, así como de la legislación colombiana; consideración ésta que a humilde criterio de quien analiza la sentencia no es vinculante al tema *decidendum*. Prosigue la Sala en sus consideraciones, analizando la capacidad jurídica, la cual define y establece que la actora la poseía de manera plena para actuar durante el proceso, señalando que lo que era objeto de la controversia era si poseía la capacidad para disponer de la muestra de semen de su cónyuge, requiriendo para ello la Ley sobre Trasplantes de Órganos y Materiales Anatómicos de Seres Humanos.

Como colorario, la vinculación de la Sentencia con la Realidad Social y Relevancia para el Estudio del Derecho, la sentencia tiene gran relevancia dentro del ámbito jurídico venezolano en vista de que la sociedad no ha escapado del avance vertiginoso de la tecnología en relación con los problemas de fertilidad y reproducción asistida.

Con todo lo antes expuesto, se evidencia que nuestro país no ha legislado sobre la materia, a pesar de que el Código Civil menciona la inseminación artificial, determina la filiación materna en su artículo 197 y a raíz de esto se generan problemas que deben ser atendidos y resueltos por el Derecho, esto permitirá concluir a la doctrina que la figura de la fertilización artificial o reproducción asistida no está prohibida por el legislador, no obstante, la carencia del desarrollo legislativo.

En el Derecho venezolano no existe una expresa solución legal a los temas asociados a la reproducción asistida, es por ello que la Sala Constitucional, a través de decisiones vinculantes, como lo es la Sentencia objeto de estudio, la que ha comenzado a resolver algunas situaciones puntuales conexas con esta materia.

## CAPITULO IV

### **Aplicabilidad de legislación venezolana para la determinación de la filiación materna respecto al vientre de alquiler o maternidad subrogada en Venezuela**

Regulación en 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 materia, a pesar de la referencia del artículo 204 del Código Civil que menciona la inseminación artificial y que, a decir de la doctrina, supone admitir que tal técnica no está prohibida. 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 supra mencionada y comentada 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 Constitucional 11 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.

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. 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.

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. 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 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 personalidad. Para concluir con la interpretación extensiva del artículo 75 de la Carta Magna, antes transcrito, y en procura de garantizar uno de los fines supremos del Estado, asegurando la igualdad y la no discriminación 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 misma está llamada a garantizar a todos los venezolanos y venezolanas sin ninguna distinción.

Añadiendo la 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, por tal razón 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 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, se considera, 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

La gestación subrogada supone un nuevo paso en el desarrollo de las técnicas de fecundación artificial que ha cruzado las paredes de los laboratorios.

Para poder implantar y legalizar este método es necesario organizar una forma segura, que no haya ninguna acción de mercantilizar con las menores, respetar los derechos de la dignidad de las mujeres gestantes.

La situación de pobreza que viven muchas mujeres en países en desarrollo las obliga a participar en este procedimiento del vientre en alquiler. Las parejas con altos ingresos ven la oportunidad para ofrecer dinero para satisfacer su ansiedad de ser padres y no toman en cuenta el derecho de los niños gestados a conocer a sus padres biológicos.

Desde la perspectiva jurídica los asuntos relacionados con el derecho y sanitario no está totalmente claro en el mundo. Pues modernamente se admite que madre no es únicamente la queda luz, sabiendo que el elemento genético podría considerarse determinante.

Existen ciertas controversias constitucionales que privilegian la verdad biológica de la filiación. Sin embargo, es indudable que la mujer que da a luz cuenta con una suerte de pretensión de maternidad determinada por el hecho del parto que precisará ser desvirtuada de la filiación genética por parte de la mujer que aportó su óvulo ha carga genética.

Las parejas que desean tener hijos usando este método reproductivo no están protegidos por la ley en Venezuela por ser una ardua tarea, pero jamás inalcanzable. Indudablemente no podemos dejar a un lado el avance obtenido en Venezuela a través de la jurisprudencia emanada de la Sala Constitucional mediante la cual se amplía el contenido interpretativo del artículo 75 de la Constitución, fallo mediante el cual se acepta la unión homoparental o de un mismo

sexo; viendo que el niño puede ser objeto de dos madres, sin problema alguno; en vista a un futuro no lejano, estaremos a la par de las legislaciones que permiten el matrimonio de un mismo sexo.

## REFERENCIAS

Alfonso Luis. (2015). Gestación por sustitución y derecho internacional privado. Más allá del Tribunal Supremo y del Tribunal Europeo de derechos humanos.

Akerman Fernando. (2013). La infertilidad.

Arambula Reyes, Alma. (2008). Maternidad Subrogada, servicio de investigación, análisis de política exterior. México.

Artela Acosta, Cindy. (2010). Legislación de la contratación de alquiler de vientre con subrogación materna. Perú.

Ávila, Enrique. (2009). Metodología de la investigación. México.

Biblia Latinoamericana. (2005). El verbo divino. Ecuador.

Biblioteca de la Universidad Bolivariana de Venezuela. (2015). Documento Dialnet

Brena Sesma, Ingrid. (2012). La maternidad subrogada. México.

Código Civil Venezolano. Caracas.

Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. (1999). Caracas

Cortina, Manuel. (2006). Dirección General de Gobernanza Pública. España, Madrid

Domínguez Guillen, María. (2007). Inicio y extensión de la personalidad jurídica del ser humano. Caracas.

Herrera, Álvaro. (2006). Introducción a la metodología, Maturín Venezuela

Ley Orgánica de Registro Civil. Caracas.

Ley Orgánica de Protección del niño, niña y adolescente. (2013). Caracas.

Mark, Trotice. (2006). Avance ginecológico. Colombia.

Marquez, Luis. (2010). Metodología. Venezuela.

Martínez, Henry. (2018). La maternidad Subrogada.

Motherhood, Jorge. (2011). Investigación didáctica, Rusia.

Millán, Carmen. (2011). Introducción a la Investigación. Caracas Venezuela.

Revista Dilamata. (2018). Gestación Subrogada. México.

Revista Venezolana de legislación y jurisprudencia (2018). nro. 10. Venezuela

Rodríguez. Jong. (2013). Reproducción asistida. Perú.

Sagrero Cervantes, María. (2009). Los contratos de maternidad subrogada. México

Sánchez, Luis. (2007). Metodología. Maturín Venezuela.

Villalobos, Hernán. (2012). Estrategias de la Metodología de la investigación. Caracas Venezuela.