

**REGULACIÓN DE LA MATERNIDAD
SUBROGADA EN VENEZUELA**



**REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA
UNIVERSIDAD JOSÉ ANTONIO PÁEZ
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y POLÍTICAS
ESCUELA DE DERECHO
COORDINACIÓN DE PASANTÍAS**

REGULACIÓN DE LA MATERNIDAD SUBROGADA EN VENEZUELA

AUTOR: Heikelin Viloría
C.I. 23.411.087

TUTOR: Alfredo Estraño
C.I. 3.051.523

San Diego, mayo 2019



**REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA
UNIVERSIDAD JOSÉ ANTONIO PÁEZ
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y POLÍTICAS
ESCUELA DE DERECHO
COORDINACIÓN DE PASANTÍAS**

REGULACIÓN DE LA MATERNIDAD SUBROGADA EN VENEZUELA

CONSTANCIA DE ACEPTACIÓN

Nombre, firma y cédula de identidad del tutor académico

Nombre, firma y cédula de identidad del jurado

Nombre, firma y cédula de identidad del jurado

AUTOR: Heikelin Viloría
C.I. 23.411.087
TUTOR: Alfredo Estraño
C.I. 3.051.523

San Diego, mayo de 2019.

DEDICATORIA

Primeramente a dios, que con su sabiduría y fortaleza me ha ayudado a seguir adelante y cumplir con esta meta de vida.

A mis padres, Alicia Segovia y Ángel Becerra, gracias a ese rol que asumieron en mi crianza y apoyo a lo largo de la carrera por ser los pilares fundamentales en mi vida.

A mis Hermanas Helen Becerra y Johanna Becerra, por siempre apoyarme y motivarme a ser mejor persona mi ejemplo a seguir.

A mis Hermano Héctor Viloría, por apoyarme en todo momento.

A mi tutor Alfredo Estraño, por brindarme sus conocimientos y por apoyarme en toda esta investigación.

ÍNDICE GENERAL

RESUMEN INFORMATIVO	V
INTRODUCCIÓN	1
CAPÍTULO I. EL PROBLEMA	3
Planteamiento del problema	3
Formulación del problema	7
Objetivo general	7
Objetivos específicos	7
Justificación de la investigación	8
CAPÍTULO II. MARCO TEÓRICO	9
Antecedentes de la investigación	9
Bases teóricas	15
Bases legales	23
Definición de términos básicos	26
CAPÍTULO III. FASES METODOLÓGICAS	28
Tipo de investigación	28
Métodos y técnicas de la investigación jurídica	28
Fase I	29
Fase II	29
Fase III	30
Fuentes del conocimiento jurídico	30
CAPÍTULO IV. RESULTADOS, CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES	32
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	44



**REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA
UNIVERSIDAD JOSÉ ANTONIO PÁEZ
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y POLÍTICAS
ESCUELA DE DERECHO
COORDINACIÓN DE PASANTÍAS**

REGULACIÓN DE LA MATERNIDAD SUBROGADA EN VENEZUELA

Autor: Heikelin Vioria

Tutor: Alfredo Estraño

RESUMEN INFORMATIVO

El trabajo que es presentado se efectuó para analizar el marco jurídico de la maternidad subrogada en Venezuela como objetivo general y planteándose los siguientes objetivos específicos: 1. Determinar la noción de la maternidad subrogada, 2. Revisar la situación jurídica en Venezuela en cuanto a la maternidad subrogada y 3. Precisar el marco jurídico de la maternidad subrogada. Los cuáles serán alcanzados a través de una investigación jurídico-dogmática, teniendo como técnica la documental-bibliográfica. Dentro de los resultados presentados en esta investigación se verifica que la maternidad subrogada es la gestación de un niño por parte de una tercera persona distinta a la madre por medio de un convenio o contrato. En este orden, la situación en Venezuela en cuanto al marco jurídico es inexistente, existiendo sólo algunos comentarios o alusiones pero no un marco regulatorio, a diferencia de países como Estados Unidos, tal como se podrá verificar en el marco de esta investigación. Se concluye que es necesario regular estas situaciones por cuanto son una realidad imposible de ocultar y se presenta la necesidad de resguardar los derechos de las personas involucradas.

Palabras Claves: Maternidad subrogada, Situación Jurídica, Venezuela.

INTRODUCCIÓN

La maternidad y la paternidad es el derecho de todo hombre y mujer de hacer crecer a su familia. La ciencia ha ayudado a aquellas personas que no tienen posibilidad de procrear de forma natural, a hacerlo por la vía de la inseminación o de otras técnicas. Esto ha conllevado además a generar una práctica de mujeres que de manera voluntaria, onerosa o no, se prestan para gestar en su vientre al bebé de otra u otras personas. Es lo que se conoce como maternidad subrogada.

Ahora bien, este tema ha generado diversos análisis y opiniones, desde diferentes puntos de vista, tanto médicos, como jurídicos, éticos y hasta religiosos; debido a que son diferentes aspectos los que hay que discutir cuando una persona decide prestar su vientre, para que en el mismo se implante el ovulo propio o de otra persona, ya inseminado con el semen del padre o de un donante anónimo.

A los efectos de este trabajo conviene entonces analizar el marco jurídico de la maternidad subrogada en Venezuela, determinando para ello la noción del término, revisando la situación jurídica actual en el país y precisando el marco jurídico que regula o que podría fundamentar la materia.

Para llevar a cabo lo anterior, este informe de pasantías será dividido en capítulos:

- Capítulo I, correspondiente a la narrativa de la problemática, los objetivos de la investigación, la formulación, justificación y limitaciones encontradas para la realización del mismo.
- Capítulo II, se esboza el marco teórico que sustenta el trabajo, dentro del cual deben mencionarse los antecedentes, las bases teóricas, las bases legales y la definición de términos básicos.
- Capítulo III, detalla el marco metodológico que fue utilizado para alcanzar los objetivos trazados por el investigador.
- Capítulo IV, presenta los resultados, las conclusiones y las recomendaciones, luego de efectuar el análisis correspondiente a la información obtenida a lo largo de todo el trabajo investigativo.

CAPÍTULO I

EL PROBLEMA

Planteamiento del problema

La maternidad subrogada, hoy día, tiene múltiples razones. Chiapero (2012) hace referencia a que la principal razón es la “la imposibilidad de una mujer de gestar, más específicamente, la incapacidad de lograr la viabilidad fetal”. No obstante, no es esta la única razón por la cual puede utilizarse e invocarse, pues como menciona la autora seguidamente existen otras circunstancias, es decir, “su ocurrencia depende simplemente del deseo de una persona de gestar a través de otra”.

La tecnología, al igual que la ciencia médica han avanzado en los últimos tiempos de manera significativa, permitiendo la cura de enfermedades, el descubrimiento de nuevos virus e incluso la posibilidad para mujeres estériles de concebir, dentro de lo que denominan procreación asistida o artificial. En este sentido, Sisco (2013) señala que “los avances técnicos de la procreación asistida en general representan, como hemos dicho, condición de posibilidad de la maternidad subrogada”.

Ahora bien, el concepto de maternidad subrogada ha cambiado en el tiempo, lo que equivale a retrotraerse a 1975, cuando la ciencia no había avanzado hacia la fecundación in vitro y es cuando se da el primer caso de madre sustituta o subrogada, entendiendo por esta según Chiapero (2012) a:

Aquella que aceptaba ser inseminada con el semen de algún hombre y que gestaba el embrión hasta su nacimiento, momento en el cual cedía a su padre biológico los derechos de custodia y renunciaba a los vínculos de filiación con él, para que la esposa del padre pudiese adoptarlo, lo que produce que el bebé solo tenga un nexo biológico unilateral con la pareja.

La maternidad subrogada implica entonces según lo planteado, que una pareja o una persona, acuerda con otra persona (tercero) la implantación de embriones en esta última para que se pueda gestar un bebé.

Esta concepción obliga a precisar los aspectos jurídicos que puedan surgir y por ende, las disposiciones contenidas en diferentes ordenamientos jurídicos; por cuanto, así como, ha avanzado la tecnología y la ciencia, igualmente, los avances en materia de derecho han podido efectuarse debido a la maternidad subrogada o más comúnmente conocida como “vientres en alquiler”. Sin embargo, este tema en Venezuela ha tenido poco desarrollo jurisprudencial y ningún adelanto jurídico materializado, por lo que, es fundamental revisar la situación jurídica de este tema en el país.

En este contexto, el artículo 76 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela consagra la protección a la maternidad, en los siguientes términos:

La maternidad y la paternidad son protegidas integralmente, sea cual fuere el estado civil de la madre o del padre. Las parejas tienen derecho a decidir libre y responsablemente el número de hijos o hijas que deseen concebir y a disponer de la información y de los medios que les aseguren el ejercicio de este derecho. El Estado garantizará 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 asegurará servicios de planificación familiar integral basados en valores éticos y científicos.

Si bien la Constitución Nacional en el artículo citado, no hace referencia expresa a la maternidad subrogada, sino a su protección en general, lo cual no tiene un significado preciso (Garay, 2012); no es menos cierto que la procreación es un derecho y por tanto la procreación asistida también lo es. Este derecho está incluido dentro de los derechos de reproductivos.

El derecho a la procreación asistida fue reconocido en el marco de la celebración de la Conferencia Mundial sobre la Población y el Desarrollo de El Cairo, llevada a cabo en 1994. En dicha reunión se consagró, a juicio de Sisco (2013):

El derecho de cada individuo de decidir tener o no hijos, el número, el momento y otras circunstancias asociadas. Su núcleo básicamente consiste en obtener del Estado respeto para la planificación familiar y la debida información acerca de cómo evitar o estimular la fecundidad.

Pero además afirma este mismo autor que los derechos reproductivos:

Se circunscriben en una esfera de derechos aún más amplia: los derechos de la personalidad. Los derechos reproductivos se encuentran en relación esencial con los derechos a la intimidad y a la libertad. Su génesis yace en la jurisprudencia de los Estados Unidos de América del Norte.

Al respecto, el artículo 20 de la Constitución Nacional dentro del Título III de los Derechos Humanos y Garantías, establece que “toda persona tiene derecho al libre desenvolvimiento de su personalidad, sin más limitaciones que las que derivan del derecho de los demás y del orden público y social”. En este orden expone Sisco (2013) que el fundamento de estos derechos de reproducción se encuentra en los derechos humanos que son inherentes a la persona humana por esta dotada de dignidad.

En Venezuela, como ya se mencionó si bien no existe una regulación expresa en la materia, sí existen disposiciones de las cuales se puede valer el legislador para emitir un pronunciamiento aplicable a la maternidad subrogada y generar una legislación a tales efectos.

En consecuencia, el presente trabajo pretende analizar cuál podría ser ese marco jurídico aplicable en Venezuela, que permita garantizar a las familias o a una persona poder concebir mediante la maternidad subrogada, siendo para ello necesario determinar y desarrollar el término y revisar la situación jurídica actual, para precisar ese marco jurídico-normativo.

Formulación del problema

En base a lo anteriormente expuesto, surge la siguiente interrogante: ¿Cuál sería el marco jurídico-normativo aplicable a la maternidad subrogada en Venezuela?

Objetivos de la investigación

Objetivo general

Analizar el marco jurídico de la maternidad subrogada en Venezuela.

Objetivos específicos

- Determinar la noción de la maternidad subrogada.
- Revisar la situación jurídica en Venezuela en cuanto a la maternidad subrogada.
- Precisar el marco jurídico de la maternidad subrogada.

Justificación de la investigación

La razón principal por la cual esta investigación es llevada a cabo se encuentra en el desarrollo de los derechos de las personas a tener una familia, y por tanto a procrear. Los seres humanos, bajo la concepción iusnaturalista nacen con un conjunto de prerrogativas que emanan de su dignidad, es decir de ese valor inherente que los hace merecedores de principios y derechos para poder desarrollar su vida a plenitud.

En este sentido, desde el punto de vista académico, esta investigación reviste importancia por cuanto se pretende analizar la situación jurídica actual de Venezuela en cuanto a este tema y esbozar algunos razonamientos y argumentaciones que permitan visualizar que una ley específica en la materia es necesaria de realizar.

Aunado a lo anterior, el desarrollo del tema objeto de estudio, servirá a otros estudiantes de derecho para ampliar sus conocimientos y conocer el estado del arte del tema; así como servirá de impulso para generar otras investigaciones, en las cuales se pueda por ejemplo comparar la situación venezolana, con la de otros países que sí han tenido desarrollo jurídico-normativo en el tema en cuestión.

CAPÍTULO II

MARCO TEÓRICO

El marco teórico de una investigación está integrado por los antecedentes de la investigación, las bases teóricas que sustentan el trabajo y las bases legales, que son el marco jurídico aplicable al objeto de estudio. Igualmente se incorporan algunas definiciones básicas en el apartado de glosario o definición de términos.

Antecedentes de la investigación

Los antecedentes de la investigación resultan ser aquellos trabajos, investigaciones y/o publicaciones que directa o indirectamente guardan relación con el tema que se presenta. De ellos se extrae la información relevante a la investigación. En este sentido, de la búsqueda resultaron los siguientes antecedentes:

En primer lugar, Jiménez, Rivero, Londoño y Vásquez (2016) presentaron un trabajo titulado **ANÁLISIS DE LA MATERNIDAD SUBROGADA EN LA LEGISLACIÓN COLOMBIANA 2009-2015**. Esta monografía fue entregada para optar al título de abogados de la Universidad Libre de Colombia. Como objetivo general esta investigación estuvo orientada a: “Analizar si la regulación existente en Colombia respecto de la maternidad subrogada, en el periodo comprendido entre 2009 al 2015 cuenta con los lineamientos necesarios para la protección de los derechos fundamentales de quienes se encuentran involucrados en esta clase de contratos”.

De dicho objetivo se desprendieron los siguientes objetivos específicos:

- Ü Estudiar los aspectos teóricos y legales relacionados con la maternidad subrogada.
- Ü Analizar la jurisprudencia existente respecto a la maternidad sustituta en Colombia.
- Ü Estudiar aspectos de derecho comparado respecto a la maternidad sustituta.
- Ü Establecer los vacíos jurídicos existentes en la legislación colombiana respecto a la regulación de la maternidad subrogada.

Los autores señalan que la concepción de niños por esta vía es un fenómeno que cada día tienen mayor auge y mayor valor para aquellos matrimonios o parejas que no pueden tener hijos de manera tradicional. No obstante, se evidencia que existe falta de regulación para tratar la situación particular, lo que a juicio de los mismos

Afecta de forma flagrante los derechos de todos los que se encuentran involucrados en este tipo de acuerdos, se pueden vulnerar no solo los derechos de los adultos que suscriben este tipo de contratos, sino los derechos fundamentales de los menores que se encuentran directamente afectados por los hechos o decisiones que toman quienes deciden traerlos al mundo.

En el caso colombiano, este trabajo evidencia que no existe regulación legal y que ello ha ocasionado que mujeres de limitados recursos económicos “firmen” este tipo de contratos. Sin embargo, la Corte Constitucional del país ha iniciado el desarrollo jurisprudencial en la materia a través de una decisión dictada en el año 2009, mediante la cual pretendió dictar algunas pautas para regular estos acuerdos.

Igualmente existe un proyecto de ley, creado a través del Poder Legislativo, denominado proyecto de ley 039 de 2009. Este documento fue analizado por los autores, quienes concluyeron:

- ü No fueron incluidos centros de atención psicológica y acompañamientos permanentes para la madre gestante, padres solicitantes y el menor.
- ü La Ley no analiza las consecuencias que tiene la subrogación respecto de los derechos de los niños.
- ü No se efectúa una debida regulación de la manutención de la madre gestante, de manera que no se utilice este aporte como pago por los servicios prestados.
- ü No se menciona el tratamiento jurídico del vínculo biológico, cuando el óvulo es donado por la madre gestante.

Jiménez, Rivero, Londoño y Vásquez (2016) culminan su investigación afirmando que:

Si bien es cierto, en Colombia ya existen pequeños pasos en pro de regular esta materia, es necesario que se agilicen estos procesos para lo cual es posible incluir en este ejercicio a la academia, la ciudadanía, las instituciones a fin de garantizar de la forma más expedita los derechos de los menores involucrados en este tipo de acuerdos.

Como segundo antecedente, el trabajo de Cabrera (2016) denominado **MATERNIDAD SUBROGADA: ANTECEDENTES Y CONSECUENCIAS EN EL ÁMBITO DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO**, presentado para la Universidad de Cantabria, para obtener su título de abogado. La autora mediante este trabajo pretendió analizar la figura de la gestación por sustitución o maternidad subrogada, como una:

Técnica reproductiva por la que se pone en contacto, bien a una persona, bien una pareja –que por alguna razón no es o no son capaces de completar el proceso de la gestación-, con una mujer que hará el papel de gestante, de manera que esta actúe como instrumento para ayudar en el proceso, mientras que la paternidad se atribuye a la persona o personas que tenían la intención de gestar.

De lo anterior se infiere que para el Derecho, la situación antes descrita genera una relación jurídica, de tipo contractual en la mayoría de los casos, en las que por una parte se encuentra la madre gestante o “madre de alquiler” y por la otra el (la) o los padres. Esta madre gestante se obliga a renunciar a sus derechos como madre, en favor de la otra parte; y a su vez éstos se obligan a correr con los gastos que generen el proceso de gestación y en algunos casos una contraprestación extra a la madre gestante.

Ahora bien, la autora, señala que el derecho no logra estar a la par de los cambios que experimenta la sociedad y que aun cuando se adapte a tales cambios y exista una regulación formal, por lo menos en lo que atañe al caso de España:

Desde el punto de vista social, no fue acogido de igual modo, sobre todo en un primer momento, por su incidencia en valores morales, como la conversión de la mujer en una mercancía, al igual que comerciar con la filiación de los menores nacidos por esta técnica, incluso de la situación de desnivel que se crearía entre personas con una economía superior y mujeres en situación de pobreza, si bien podría aprovecharse de esta para obtener su consentimiento en someterse a la subrogación.

Es decir, lo que la autora quiere plantear es la tergiversación de la naturaleza de este tipo de relaciones jurídicas, que por más que el derecho regule, no logra amparar todas las situaciones posibles que pueden desencadenarse, lo que entonces genera otro tipo de problemas que también deben ser regulados desde el punto de vista jurídico.

Para el caso de España, a pesar de haber sancionado una legislación al respecto, posteriormente vistas las circunstancias presentadas en la sociedad, la técnica fue prohibida en el país. Ahora bien, esta prohibición se debió no a las consideraciones morales que pudieran surgir, sino precisamente a las complicaciones legales que se presentan.

El tercer antecedente que se revisó en el marco de este apartado se corresponde con la publicación de Martínez (2018) titulada **MATERNIDAD SUBROGADA**, que fue presentada para la Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia y en la cual aborda la noción de la maternidad subrogada, los tipos que existen (Maternidad subrogada parcial, Maternidad subrogada total, Maternidad subrogada altruista, Maternidad subrogada comercial y Maternidad subrogada fragmentada). Además también se hace referencia a la regulación jurídica de la subrogación en el orden internacional y la regulación nacional venezolana.

Para el autor la maternidad subrogada implica a grandes rasgos en materia de derecho que se trata de una realidad que debe ser atendida debido a que la ciencia avanza cada vez más rápido y surgen conflictos de tipo 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.

Concluye el autor en su trabajo investigativo en la necesidad de regular las relaciones contractuales que genera la maternidad subrogada, debido a que fomentan interésese económicos y tergiversan la verdadera naturaleza de esta técnica, al igual que atentan contra la dignidad de la mujer. Además de ello, el producto de la concepción es tratado como un objeto.

Por tanto, se requiere que estas circunstancias se analizadas desde el punto de vista jurídico, pero también ético, teniendo en cuenta que para aquellas personas que ya se sometieron a esta técnica y concibieron hijos “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”.

Bases teóricas

Maternidad subrogada

También es denominada vientre en alquiler, maternidad sustituta, gestación subrogada, maternidad por sustitución, maternidad asistida, entre otros.

Domínguez (2013) señala que se trata del:

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.

Otro concepto es el de Gómez (1994) que refiere a la maternidad subrogada o alquiler de vientre como: “El acto reproductor que genera el nacimiento de un niño gestado por una mujer sujeta a un pacto o compromiso mediante el cual debe ceder todos los derechos sobre el recién nacido a favor de otra mujer que figurara como madre de este”.

Para Sisco (2013) una visión principal y general de la maternidad subrogada:

Presupone que una pareja o una persona, ante la imposibilidad de gestar o por no querer hacerlo simplemente, conviene con una tercera persona (llamada portadora), para que esta última consienta la implantación de embriones en su útero, y permita que ocurra la gestación hasta su término, de modo que, una vez producido el nacimiento, entregue el niño a la pareja o persona comitente y renuncie a todo posible vínculo jurídico o legal sobre el niño.

De las concepciones arriba expuestas se verifica como señala Martínez (2018) que producen un conjunto de situaciones jurídicas que se derivan de la presencia de dos madres, la que aporta el óvulo y la que lleva a cabo la gestación, rompiendo “con el viejo aforismo romano *mater semper cesta est*, es decir, madre solo hay una y es la que da a luz”. Como señala De Freitas (2013):

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 público.

La maternidad subrogada debe ser analizada desde varios puntos de vista ya que lleva implícito aspectos emocionales, psicológicos, sociales, éticos, económicos, morales y jurídicos. Des de este último punto de vista, que es el que atañe a los investigadores en el ámbito del derecho, se debe especialmente tener en cuenta el tema de los contratos o las relaciones jurídicas que surgen de esta situación y que en muchos casos no se

encuentran regulados por el ordenamiento jurídico, lo que los hace estar viciados de nulidad, ya que la filiación es de orden público.

Supuestos de maternidad subrogada

Para Martínez (2018) existen cuatro supuestos relacionados con la maternidad subrogada, que se explican a continuación en base a la visión del autor:

- ü En un primer supuesto, se encuentra la mujer o la pareja que no pudiendo concebir hijos de forma natural, buscan otra mujer para que sea quien geste al bebé.
- ü Un segundo supuesto lo constituye la mujer que consiente prestar su útero para culminar un embarazo. A esta mujer entonces se le denomina madre sustituta.
- ü El tercer supuesto está relacionado a la donación de óvulos o gametos, lo que genera una maternidad uterina si se contempla la gestación y el parto, o una maternidad genética si se utiliza el óvulo de la madre subrogada.
- ü Finalmente, el cuarto supuesto se basa en el contrato de subrogación, documento mediante el cual las partes manifiestan su voluntad y se establecen las condiciones del acuerdo entre las mismas.

Tipos de maternidad subrogada

- a. Maternidad subrogada parcial

Este tipo de maternidad, explica Martínez (2018) que se produce cuando una mujer que no puede concebir de manera tradicional, dispone sus óvulos para que sean fecundados, mediante la inseminación artificial, cuyo semen puede provenir o de su pareja o de un donante. Añade el autor que 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”. En líneas generales existe un acuerdo económico para que se lleve a cabo la gestación, en favor de la madre sustituta.

b. Maternidad subrogada total

La maternidad subrogada total consiste en que la madre sustituta es la que aporta los óvulos, para que estos sean fecundados por el que pretende ser el padre o por un tercero donante. Entonces, en este caso, la madre subrogada no sólo gesta en su vientre al bebé, sino que además pone sus óvulos para que ello se lleve a cabo.

c. Maternidad subrogada altruista

Esta maternidad se da en casos especiales en que hermanas, hijas, sobrinas y hasta abuelas, prestan su útero, para llevar cabo embarazos de sus familiares. Recibe el nombre de altruista porque no existe una contraprestación, aunque en algunos casos se cubren los gastos médicos o legales.

d. Maternidad subrogada comercial

La maternidad subrogada comercial es aquella en la cual una mujer acuerda prestar su útero, a cambio de una compensación económica. Ejemplo de este tipo de maternidad se da según el autor en la India, país en el cual se exige una retribución económica para la mujer gestante, así como cubrir todos los gastos que genere el embarazo.

e. Maternidad subrogada fragmentada

Se da en aquellos casos en una mujer dona su óvulo, otra gesta el producto de la concepción y una tercera es la que solicita el proceso de la maternidad subrogada y es la que finalmente se convierte en la madre legal del bebé. Domínguez (2013) señala que esta modalidad da pie a la existencia “de tres madres, una biológica, una legal y otra la madre de gestación”.

Técnicas de reproducción asistida o maternidad subrogada

a. Inseminación artificial

Estraño (2015) señala que esta técnica consiste:

En la colocación de un concentrado de espermatozoides, con la ayuda de un tubo plástico especial, del semen del marido, del concubino o de un donante anónimo o no, en la cavidad uterina. La inseminación artificial puede ser homóloga o heteróloga; según el semen provenga del marido o del concubino o de un tercero.

Aristi (2008) por su parte expone que:

El material reproductor del gestante podrá ser fecundado, o con los donantes de varón concomitante, o con los de un donante anónimo. En estos casos se habla de subrogación tradicional o de maternidad subrogada parcial, por cuanto la gestante es al mismo tiempo la madre genética de la criatura.

b. Fertilización in vitro

Explica Estraño (2015) que esta técnica:

Consiste en la extracción de los óvulos de una mujer, que puede ser la esposa, la concubina o un donante, y previa estimulación, se colocan junto a los espermatozoides del esposo, del concubino o de un donante en un laboratorio para que ocurra la fecundación, fuera del cuerpo de la mujer. Luego, los mejores embriones resultantes se transfieren al útero para su implantación. También se puede dar el caso que el útero donde se implanten los embriones sea de otra mujer, lo que se conoce como doble maternidad o maternidad subrogada.

Aristi (2008) añade:

En esta categoría la maternidad subrogada se lleva a cabo con gametos de la pareja concomitante, o con gametos aportados total o parcialmente, por terceros donantes, en este caso se habla de subrogación gestaciones o maternidad subrogada plena o total debido a que la gestante se limita a su función obstétrica sin aportar material reproductor propio.

Determinación de la maternidad o paternidad

En base a lo expuesto por Estraño (2015) en su libro Apuntes de Derecho de Familia, la maternidad con fundamento al principio de la “madre es la que da a luz al niño”. Cita a Díaz y Hernández (1999) para explicar que la maternidad se prueba con el parto y la identidad del niño.

Las técnicas mencionadas en el apartado anterior señala este autor que no representan problemas jurídicos, pues es la que pretende ser madre la que aporta el óvulo.

Sin embargo, agrega que existen técnicas heterólogas las que se presentan varios supuestos:

- a) Óvulo de una tercera mujer diferente a la gestante, lo que tendría como consecuencia la disociación de la maternidad: el niño tendrá a su vez una madre genética que aporta el óvulo, y una gestante que lo engendra. Entre la genética y la gestante, la ley considera madre legal a esta última (Art. 197 CC).
- b) Maternidad subrogada: este es el caso de la mujer que desea tener un hijo y contrata con otra que lo gesticione, bien con su propio óvulo o con el de la gestante, o con el de una tercera mujer, para, una vez dado a luz, renunciar a la filiación materna y entregárselo a la contratante. Al igual que el caso anterior, existe una disociación de la maternidad y entre la madre genética y la madre gestante, la ley considera madre legal a esta última.

En el caso de la determinación de la paternidad Estraña (2015) señala que las pruebas para ello van a depender igualmente de la técnica utilizada, es decir cuando es el padre quien aporta el semen no habrá problemas jurídicos, como en el caso anterior, pero cuando la técnica sea heteróloga, en la cual es una tercera persona la donadora del semen:

Se plantea el problema de disociación de la paternidad: paternidad biológica determinada por la sangre y la paternidad matrimonial de conformidad con el Art. 204 CC. Si el marido presta el consentimiento, él será el padre y además, la ley no le permite el desconocimiento del hijo por nacer, quien quedará amparado por la presunción de paternidad matrimonial. Si no presta su consentimiento, puede destruir la presunción de la paternidad matrimonial, y el niño legalmente no tendrá padre, salvo reconocimiento posterior. Respecto al concubino, si presta su consentimiento para realizar en su pareja la inseminación o la fecundación, esta funcionaría como reconocimiento del concebido pero

no nacido. Posteriormente se podrá reconocer al hijo según lo establecido en la normativa vigente.

Naturaleza jurídica de los acuerdos o contratos vinculados a la maternidad subrogada

La maternidad subrogada origina diferentes convenios, acuerdos o contratos, es decir que presuponen una relación jurídica. Estraño (2015) citando a López (2009) hace referencia a estos contratos:

1. Contratos de donación o compra-venta de óvulos o de semen.

Son aquellos en los que una mujer y un hombre extraños suministran el óvulo o el semen que será utilizado para la fecundación y posterior gestación de un bebé. En este orden, se hablará de contrato de donación si no existe una contraprestación onerosa (artículo 1.143 CC) o será un contrato de compra-venta si existe dinero de por medio (artículo 1.474 CC).

2. Contrato de relación de trabajo.

Serán aquellos acuerdos en los que la madre sustituta o subrogada acepta gestar un embarazo, para luego entregar el producto de la fecundación a una o unas terceras personas.

3. Contrato de prestación de servicios no laborales.

Se da en el caso de los acuerdos que se celebren con aquellas instituciones que llevarán a cabo la técnica de la inseminación artificial o la congelación, mantenimiento y posterior utilización de semen o embriones.

Para López (2009):

Estos convenios de reproducción humana son ilícitos, con la sola excepción de los acuerdos relativos a la inseminación artificial de la esposa con la esperma de su marido. Esta referencia la encontramos en el art. 204 CC en el caso del desconocimiento por impotencia; que textualmente consagra: “El marido no puede desconocer al hijo alegando su impotencia, a menos que sea manifiesta y permanente. El desconocimiento no se admitirá, aún en este caso, cuando la concepción ha tenido lugar por la inseminación artificial de la mujer con autorización del marido”.

Bases legales

Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Publicada en Gaceta Oficial N° 5.908 del 19 de febrero de 2009.

Artículo 19. El Estado garantizará a toda persona, conforme al principio de progresividad y sin discriminación alguna, el goce y ejercicio irrenunciable, indivisible e interdependiente de los derechos humanos. Su respeto y garantía son obligatorios para los órganos del Poder Público de conformidad con la Constitución, los tratados sobre derechos humanos suscritos y ratificados por la República y las leyes que los desarrollen.

Artículo 20. Toda persona tiene derecho al libre desenvolvimiento de su personalidad, sin más limitaciones que las que derivan del derecho de las demás y del orden público y social.

Artículo 21. Todas las personas son iguales ante la ley, y en consecuencia:

1. No se permitirán discriminaciones fundadas en la raza, el sexo, el credo, la condición social o aquellas que, en general, tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio en condiciones de igualdad, de los derechos y libertades de toda persona.

2. La ley garantizará las condiciones jurídicas y administrativas para que la igualdad ante la ley sea real y efectiva; adoptará medidas positivas a

favor de personas o grupos que puedan ser discriminados, marginados o vulnerables; protegerá especialmente a aquellas personas que por alguna de las condiciones antes especificadas, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan.

3. Sólo se dará el trato oficial de ciudadano o ciudadana; salvo las fórmulas diplomáticas.

4. No se reconocen títulos nobiliarios ni distinciones hereditarias

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 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. Excepcionalmente, cuando ello no sea posible o contrario a su interés superior, tendrán derecho a una familia sustituta, de conformidad con la ley. La adopción tiene efectos similares a la filiación y se establece siempre en beneficio del adoptado o la adoptada, de conformidad con la ley. La adopción internacional es subsidiaria de la nacional.

Artículo 76. La maternidad y la paternidad son protegidas integralmente, sea cual fuere el estado civil de la madre o del padre. Las parejas tienen derecho a decidir libre y responsablemente el número de hijos e hijas que deseen concebir y a disponer de la información y de los medios que les aseguren el ejercicio de este derecho. El Estado garantizará 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 asegurará servicios de planificación familiar integral basados en valores éticos y científicos.

El padre y la madre tienen 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 aquellos o aquellas no puedan hacerlo por sí mismos. La ley establecerá las medidas necesarias y adecuadas para garantizar la efectividad de la obligación alimentaria.

Artículo 78. Los niños, niñas y adolescentes son sujetos plenos de derecho y estarán protegidos por la legislación, órganos y tribunales especializados, los cuales respetarán, garantizarán y desarrollarán 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, las familias y la sociedad asegurarán, con prioridad absoluta, protección integral, para lo cual se

tomará en cuenta su interés superior en las decisiones y acciones que les conciernan. El Estado promoverá su incorporación progresiva a la ciudadanía activa, y un ente rector nacional dirigirá las políticas para la protección integral de los niños, niñas y adolescentes.

Código Civil. Publicado en Gaceta N° 2.990 Extraordinaria del 26 de Julio de 1982.

Artículo 197. La filiación materna resulta del nacimiento, y se prueba con el acta de la declaración de nacimiento inscrita en los libros del Registro Civil, con identificación de la madre.

Artículo 204. El marido no puede desconocer al hijo alegando su impotencia, a menos que sea manifiesta y permanente. El desconocimiento no se admitirá, aun en ese caso, cuando la concepción ha tenido lugar por la inseminación artificial de la mujer con autorización del marido.

Artículo 1.1.43. Pueden contratar todas las personas que no estuvieren declaradas incapaces por la Ley.

Artículo 1.431. La donación es el contrato por el cual una persona transfiere gratuitamente una cosa u otro derecho de su patrimonio a otra persona que lo acepta.

Artículo 1.474. La venta es un contrato por el cual el vendedor se obliga a transferir la propiedad de una cosa y el comprador a pagar el precio.

Ley para la Protección de las Familias, la maternidad y la paternidad. Publicada en Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 38.773 del 20 de septiembre de 2007.

Artículo 1. La presente Ley tiene por objeto establecer los mecanismos de desarrollo de políticas para la protección integral a las familiar, la maternidad y la paternidad así como promover prácticas responsables ante las mismas, y determinar las medidas para prevenir los conflictos y violencia intrafamiliar, educando para la igualdad, la tolerancia y el respeto mutuo en el seno familiar, asegurándole a todas y todos sus

integrantes una vida digna y su pleno desarrollo en el marco de una sociedad democrática, participativa, solidaria e igualitaria.

Artículo 3. A los efectos de esta Ley, se entiende por familia, la asociación natural de la sociedad y espacio fundamental para el desarrollo de sus integrantes, constituida por personas relacionadas por vínculos, jurídicos o de hecho, que fundan su existencia en el amor, respeto, solidaridad, comprensión mutua, participación, cooperación, esfuerzo común, igualdad de deberes y derechos, y la responsabilidad compartida de las tareas que implican la vida familiar. En tal sentido, el padre, la madre, los hijos e hijas u otros integrantes de las familias se regirán por los principios aquí establecidos.

El Estado protegerá a las familias en su pluralidad, sin discriminación alguna, de los y las integrantes que la conforman con independencia de origen o tipo de relaciones familiares. En consecuencia el Estado garantizará protección a la madre, al padre o a quien ejerza la responsabilidad de las familias.

Artículo 20. EL ministerio del poder popular con competencia en materia de salud, incluirá dentro de sus unidades 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 a la paternidad.

Definición de Términos Básicos

Las definiciones aquí descritas provienen del Diccionario Cabanellas (1993):

- **Contrato.** Acuerdo de dos o más personas sobre un objeto de interés jurídico; y el contrato constituye una especie particular de convención, cuyo carácter propio consiste en ser productor de obligaciones.
- **Ética.** Parte de la filosofía que estudia el comportamiento del hombre desde el punto de vista del bien o del mal.

- **Familia.** Por linaje o sangre, la constituye el conjunto de ascendientes, descendientes y colaterales con un tronco común, y los cónyuges de los parientes casados.
- **Maternidad.** Condición de madre. Estado natural o jurídico de la madre.
- **Paternidad.** Condición de padre. Estado natural o jurídico del padre.
- **Subrogar.** Sustituir una persona a otra en sus derechos y obligaciones. Reemplazar una cosa a otra en su lugar y situación. Producirse o constituir una subrogación.
- **Sustitución.** Colocación de una persona en un lugar, derecho u obligación de otra. Situación de una cosa en donde otra estaba.

CAPÍTULO III

MARCO METODOLÓGICO

Tipo de investigación.

El tipo de investigación utilizado para llevar a cabo la presente investigación es jurídico-dogmático, entendida por Tantaleán (2016):

La dogmática jurídica es la encargada de estudiar a fondo las instituciones jurídicas pero de modo abstracto, es decir sin verificar su materialización en la realidad. Su sustento se encuentra en los trabajos elaborados por la pandectística alemana encargada de construir instituciones jurídicas a partir de los textos legales. Por ello se asocia a la investigación dogmática o formal con las normas jurídicas estudiadas en abstracto, motivo por el que se puede decir que se trata, en esencia, del estudio de las normas jurídicas y todo lo que tenga que ver con ellas pero siempre en sede teórica.

De lo anterior se desprende, que se estudia la norma jurídica, es decir, un estudio dogmático se fundamenta en la legislación y la doctrina. Ahora bien, no se trata de la aplicación del ordenamiento jurídico.

Métodos y Técnicas de la investigación jurídica.

En los estudios de corte jurídico, se emplean métodos e recolección específicos; así se desprende de las afirmaciones elaboradas por Witker (1995): “es el propio de los aplicadores del derecho vía exégesis,

sistematización o finalidad de significado y sentido del orden normativo (lógico-deductivo). Buscan demostrar problemas y, por tanto, su hipótesis se plantea al interior de leyes, códigos, etc.”.

En tal sentido, por tratarse de una investigación jurídico-dogmática, la técnica a utilizar es documental y por tanto se efectuó una revisión sistemática a diferentes documentos doctrinarios y legislativos, que se mencionarán más adelante.

Fases metodológicas de la investigación.

La investigación se divide en las siguientes fases metodológicas:

Fase I. Determinar la noción de la maternidad subrogada.

Para determinar la noción de la maternidad subrogada fue necesario revisar diferentes publicaciones y material bibliográfico en el cual se aportada una conceptualización de la maternidad subrogada, a los fines de poder extraer los elementos presentes dentro de esta noción.

Fase II. Revisar la situación jurídica en Venezuela en cuanto a la maternidad subrogada.

En la fase de la revisión de la situación jurídica en Venezuela en materia de maternidad subrogada, igualmente se hizo necesario revisar material bibliográfico, en el cual distintos investigadores han expuesto su opinión

sobre el tema, para poder determinar cuál es el estatus jurídico de esta figura dentro del país.

Fase III. Precisar el marco jurídico de la maternidad subrogada.

La intención de precisar el marco jurídico de la maternidad subrogada es poder identificar aquellas disposiciones normativas de los países que permiten esta figura de forma condicionada o amplia y los países que lo prohíben.

Fuentes de conocimiento jurídico.

a. Doctrina.

Se utilizaron a diferentes investigadores que han abordado los temas en cuestión, tanto nacionales como internacionales, con la finalidad de obtener la noción de la maternidad subrogada. En este orden, se citan como ejemplo a Gómez (1999), Díaz Y Hernández (1999), López (2009), Chiapero (2012), Lamm (2012), Sisco (2013), Estraño (2015), Jiménez y otros (2016) y Martínez (2018). Cada una de estas fuentes ha sido debidamente citado en la bibliografía para consulta de posteriores investigadores.

b. Legislación.

La legislación utilizada en el presente trabajo se basó primeramente en la norma fundamental, que en Venezuela la constituye la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Igualmente se debió revisar el Código Civil, como instrumento normativo en el cual se regulan diferentes actos

jurídicos y finalmente fue analizada como ley especial en la materia a la Ley para la Protección de las Familias, la Maternidad y la Paternidad.

c. La realidad socio-jurídica.

La realidad socio-jurídica en este caso lo corresponden los diferentes casos que han sido expuestos tanto por los mismos doctrinarios, como por los tribunales de la República, que detallan las situaciones fácticas de cada caso en cuanto a la maternidad subrogada, pudiendo con ello demostrar el estatus de esta materia en el país.

CAPÍTULO IV

RESULTADOS, CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

Resultados del estudio.

Determinar la noción de la maternidad subrogada.

Luego de analizar las diferentes concepciones expuestas en este trabajo, se puede determinar que la noción de la maternidad subrogada presenta unos elementos características, a pesar de lo complejo que puede llegar a ser el establecimiento de su concepción, a juicio de algunos autores.

De esta manera se verifica que se trata de la gestación que realiza una mujer en sustitución de otra, que deviene de un acuerdo de voluntades, que puede traducirse en una relación jurídica (contrato o convenio). Esta gestación, se realiza por medios de técnicas de reproducción asistida, como la inseminación artificial o la fecundación in vitro; siendo la consecuencia de ello que se produzca un embarazo, al final del cual su producto (niño o niña), será entregado a tercera o terceras personas, con lo cual la madre gestante o subrogada renuncia a sus derechos como madre biológica en favor de esta o estas terceras personas.

Esta maternidad tiene como causal la imposibilidad de una mujer o de una pareja de tener hijos por la vía tradicional, e incluso en algunos casos existe

la posibilidad física, pero las personas deciden hacerlo por esta vía. Lo que si queda claro es que:

- Ü Debe haber un acuerdo de voluntades entre las partes involucradas.
- Ü Se genera una relación jurídica cuyos lineamientos pueden quedar establecidos mediante un contrato.
- Ü En algunos casos puede existir una contraprestación a favor de la mujer gestante, así como el pago de los gastos de embarazo y parto.
- Ü Existe también la maternidad subrogada altruista mediante la cual no existe un pago.
- Ü La madre gestante renuncia de manera total e irrevocable a sus derechos como madre biológica.
- Ü La pareja o persona que solicita esta figura se convierte en los padres legales del bebé, con todas las consecuencias jurídicas que ello implique.

Revisar la situación jurídica en Venezuela en cuanto a la maternidad subrogada.

En Venezuela no existen disposiciones legales y/o normativas que regulen la maternidad subrogada de forma manifiesta y específica. Sin embargo, no se puede negar la existencia de ciertos derechos asociados, como el derecho a la procreación y a la planificación familiar, consagrado en el artículo 76 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en el cual se hace referencia a la obligación del Estado de garantizar asistencia y protección a la maternidad. Este derecho fue ratificado en la Ley para la Protección de las Familias, la maternidad y la paternidad sobre todo al establecer en su artículo

20 que se debían crear instituciones orientadas al tema de la maternidad asistida.

Aunado a lo anterior, la Constitución Nacional, también consagra el libre desenvolvimiento de la personalidad en su artículo 20, dentro del cual está inmerso el desarrollo de las personas que quieran procrear.

En el ámbito internacional, la Ley Aprobatoria del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, establece en su artículo 23 el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia cuando tengan edad para ello. Igualmente la Ley Aprobatoria de la Convención Americana sobre Derechos y Deberes del Hombre dispone que “Toda persona tiene derecho a construir familia, elemento fundamental de la sociedad, y a recibir protección para ella.”

En este orden de ideas, la maternidad subrogada y el derecho a la procreación pueden fundamentarse, tal como lo ha hecho la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en decisión N° 1456 del 27 de julio de (2006), a tenor de lo que establece el artículo 22 de la Constitución Nacional, que consagra la cláusula abierta o adscrita de los derechos humanos, que implica que la enunciación o enumeración de los derechos y garantías que se encuentra en la Constitución y en los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos no debe tomarse como un listado único, y como negación de otros derechos y garantías que son inherentes a la persona humana, por lo que si no existe el derecho dentro de ese listado o no existe una ley que lo desarrolle, ello no puede ser justificativo para no garantizarlo.

Se evidencia entonces como resultado, que a pesar de lo dispuesto en el artículo 204 del Código Civil que hace referencia a la inseminación artificial, la realidad es que no se ha legislado sobre este tema. Sin embargo, ha habido un desarrollo mínimo por parte de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, órgano que ha conocido y decidido algunos casos particulares.

De hecho, la sentencia N° 1456 del 27 de julio de 2006 definió la reproducción asistida como un “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”.

Otra sentencia de la misma Sala Constitucional es la N° 1187 del 15 de diciembre de 2016, que resolvió el 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, relacionado con la maternidad subrogada de una pareja homoparental, que contrajo matrimonio en Argentina y que luego de un tratamiento médico para concebir, una de las mujeres dona su óvulo a la otra que fue fecundado in vitro e implantado en el vientre de esta última para que se realizara la gestación. Esta mujer sería entonces la madre subrogada.

El niño nace en Argentina y al regresar a Venezuela la pareja pretendió realizar la inserción de la partida de nacimiento otorgada en el extranjero, así como la solicitud de reconocimiento de nacionalidad, por ser ambas madres

venezolanas por nacimiento. Además de ellos, en el ínterin de estos trámites, una de las madres fallece, naciendo así derechos hereditarios a favor del niño.

La Sala Constitucional entonces se manifestó de la siguiente manera:

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.

Martínez (2018) indica que luego de que se dictara la decisión comentada, el contenido del artículo 75 fue ampliado para permitir la noción de las familias homoparentales o familias constituidas por parejas del mismo sexo sin discriminación alguna, incluyendo dentro de esa protección a los niños, niñas y adolescentes nacidos bajo estas uniones, como sujetos derechos reconocidos que son. De este caso se evidenció la inscripción del niño ante el Registro Civil, con los apellidos de sus dos madres. Y se estableció “la coexistencia de la maternidad legal y la maternidad genética o biológica”.

Ahora bien, no obstante lo anteriormente comentado, es preciso hacer mención a lo mencionado por Estraño (2015) acerca de la naturaleza jurídica de los convenios derivados del uso de técnicas de reproducción asistida, ya

que este autor afirma que las personas que hacen uso de estas herramientas “realizan convenios de naturaleza jurídica, tales como un contrato de donación o compra-venta, un contrato de trabajo o un contrato de servicios no laborales”, tal como fue mencionado dentro de las bases teóricas de esta investigación.

En tal sentido, fue mencionado el contrato de donación o compra-venta de óvulos o de semen, que puede ser fundamentado en un contrato de donación si estamos ante un acto gratuito, lo cual está regulado en el artículo 1.431 del Código Civil; o se pudiera estar frente a un contrato de compra-venta si se trata de un acto oneroso, lo cual a su vez está establecido en el artículo 1.474 del Código Civil.

También se habló acerca de los contratos de relación de trabajo y los contratos de prestación de servicios no laborales. Sin embargo López (2009) es de la opinión de que estos convenios son ilícitos, a excepción de “los acuerdos relativos a la inseminación artificial de la esposa con la esperma de su marido”. Esto se encuentra regulado en el artículo 204 del Código Civil.

Precisar el marco jurídico de la maternidad subrogada.

El marco jurídico de la maternidad subrogada no es tan extenso en el orden mundial. Existen países en los cuales existe prohibición expresa de aplicarla, otros que condicionan la aplicación de esta figura y otros que permiten su práctica. Estas son las tres posturas que la doctrina ha identificado para precisar el marco jurídico de la maternidad subrogada (Lam, 2013).

Entre los que prohíben la maternidad subrogada se encuentran Francia, Italia, Suecia, Suiza, España y Austria. El argumento de mayor peso para dicha prohibición se encuentra en los aspectos morales y éticos.

Pero, entre los que aceptan la maternidad de forma condicionada, se encuentran a países que permiten la gestación en sustitución, siempre que sea efectuada de manera altruista. Los países que tienen este tipo de regulación, son, entre otros, Reino Unido, Canadá, Brasil, Israel, Grecia, México y Sudáfrica. Dentro de estos países, algunos como Grecia y Brasil exigen procesos de pre-aprobación. En el Reino Unido se encuentra penalizada la propaganda que incite a la maternidad subrogada a cambio de una contraprestación onerosa.

Finalmente, los países que permiten la maternidad subrogada de forma amplia, es decir, sin imponer condiciones como las mencionadas anteriormente son Georgia, Bélgica, Ucrania, India, Rusia y algunos de los estados de Estados Unidos (como California). Aunque no en todos se permite para parejas homosexuales como en la India o en Illinois (EE.UU.).

En este orden de ideas, en el caso por ejemplo de Canadá, se encontró que se permite la maternidad subrogada tanto para parejas heterosexuales, homosexuales, hombres solteros, entre otros; pero hay ciertos requisitos y elementos a tener en cuenta (Voz Libre, 2018):

ü La madre subrogada debe tener más de 21 años.

- Û Se permite la maternidad subrogada altruista. A pesar de ello existen unos gastos que los futuros papas si pueden soportar, como los gastos asociados al embarazo subrogado: medicación, ropa pre mamá, los desplazamientos a las consultas o los días que pierda de trabajo. Todos los gastos han de estar justificados y nunca han de ser superiores a 22.000 dólares.
- Û Está prohibido por ley que cualquier persona o agencia actúe como intermediaria en el proceso de subrogación o publiciten sus servicios. La función de la agencia se limitará a ayudar a los padres de intención a encontrar una madre interesada en gestar al bebe.

En Estados Unidos, dado su modelo de Estado (federal descentralizado) el marco jurídico es bastante irregular, por lo que conviene a continuación efectuar un cuadro mediante el cual se puedan visualizar por estados las diferentes circunstancias que se presentan en materia de maternidad subrogada:

Maternidad subrogada en los Estados Unidos	
Estados en los que está permitido para cualquier modelo de familia: parejas homosexuales, heterosexuales o solteros	Florida, California, Arkansas, Delaware, New Hampshire, Nevada e Illinois.
Estados en los que está permitida, pero con alguna restricción	Texas: antes de llevar a cabo el proceso es necesaria la aprobación legal.
	Virginia: para conseguir el certificado de nacimiento el proceso es más complejo que en otros estados.
	Tennessee: Ambos miembros de la pareja han de aportar sus gametos
Estados en los que está permitida, pero con alguna restricción	Utah: Los padres de intención han de estar casados, la gestante no puede ser la donante de óvulos y si la gestante está casada, este no puede

	<p>ser el donante de semen.</p> <p>Nueva Jersey: No se permite compensación de ningún tipo. Además, otra restricción importante es que los padres de intención disponen de sólo 72h para reclamar los derechos de maternidad.</p> <p>Vermont: Para que se lleve a cabo la filiación es necesaria una sentencia judicial posterior al parto</p> <p>Washington: Sólo se permite la altruista</p>
Estados donde no existe ley pero sí son favorables (serán los tribunales los que deciden en cada caso)	Georgia, Alaska, Colorado, Idaho, Wyoming, Montana, Maryland, Carolina del Norte, Minnesota, Nueva Jersey, Nuevo México, Dakota del Norte, Oregón, Connecticut Rhode Island
Estados donde está prohibida	Nueva York, Arizona y Michigan
La gestación por sustitución está prohibida y el contrato es nulo	Kansas, Luisiana, Nebraska e Indiana

Fuente: Voz Libre, 2018

Conclusiones.

Determinar la noción de la maternidad subrogada.

La doctrina ha considerado las dificultades de determinar la noción de la maternidad subrogada por los diferentes elementos éticos, morales, jurídicos, sociales y económicos que se ven inmersos en este concepto. La cultura de cada país va a determinar igualmente la noción que la ley (en caso de existir) le otorgue a la maternidad subrogada.

Lo que sí queda claro es que mediante esta figura se abre la posibilidad a personas que no pueden tener hijos, para poder ver garantizado su derecho a poseer una familia. El derecho debe necesariamente estar en consonancia con los cambios y necesidades que experimenta la sociedad, para evitar que se creen conflictos innecesarios y se menoscaben derechos de las personas, por falta de regulación de una situación, que ya es un hecho y que no se puede negar.

Revisar la situación jurídica en Venezuela en cuanto a la maternidad subrogada.

Se concluye luego de la revisión bibliográfica que Venezuela no cuenta con legislación en materia de maternidad subrogada y que dicha ausencia abre un vacío legal que permite prácticas ilícitas y contravención de normas, así como trasgresión derechos.

Se hace evidente entonces la necesidad de legislar una vez más, entendiendo que el problema es complejo y que las reglas deben imponerse de manera que garantice una protección para las partes, por lo que la misma debe ser efectuada por legisladores que no permitan que ciertos prejuicios se interpongan, pero sin dejar de analizar los aspectos éticos y morales de la situación, además de los elementos asociados a la dignidad de las personas.

Sisco (2013) señala respecto a esa regulación que en la misma se deben establecer mecanismos que permitan determinar el tema de la filiación y para ello propone que medie una autorización judicial ante la cual las partes involucradas puedan declarar sus intenciones antes de llevarlas a cabo y el alcance del procedimiento a realizar. A su juicio, pareciera que con la decisión de la Sala Constitucional N° 1456 del 27 de julio de 2006, se abrió la primera puerta para ello.

Precisar el marco jurídico de la maternidad subrogada.

Se concluye en la existencia de tres grupos de países bien determinados, los que aceptan la maternidad subrogada de manera amplia, los que las aceptan con condiciones y los que la prohíben expresamente. En cualquiera de las legislaciones de los dos primeros casos, se encontrarán los requisitos y los procedimientos establecidos para que pueda efectivamente llevarse a cabo el embarazo por estos medios y pueda obtener el reconocimiento legal que se requiere.

Llama la atención el marco aplicable en el caso de los Estados Unidos, debido a que su modelo de estado le permite tener diferentes legislaciones por estados territoriales que componen al país, por lo que fue necesario hacer una división, entre aquellos estados que lo prohibían, aquellos que condicionaban, aquellos que establecían condiciones diferentes y aquellos que lo permiten de manera amplia.

Recomendaciones.

Este tema resulta ser muy complejo y se verifica que se encuentran inmersos diferentes áreas del conocimiento o materias, por lo que se recomienda su estudio y análisis de manera multidisciplinaria, lo que es posible a través de foros y talleres en los cuales se pueda contar con la participación de abogados, psicólogos, médicos, entre otros profesionales que puedan exponer el tema desde sus diversas variables.

Se recomienda especialmente tanto a los profesores que aborden el tema, como a los abogados que defiendan caso, como a los alumnos interesados en el tema, que hagan una revisión del mismo sin permitir que los prejuicios sociales, morales o religiosos se interpongan en el estudio del tema, por cuanto ello evitaría poder analizar de manera objetiva el tratamiento jurídico que debe ser aplicable.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Bernal, C. (2002). Metodología de la Investigación para administración y economía. Colombia: Pearson.

Cabanellas, G. (1993). Diccionario Jurídico Elemental. Editorial Heliasta S.R.L.

Cabrera, A. (2016). Maternidad subrogada: antecedentes y consecuencias en el ámbito del derecho internacional privado (trabajo fin de grado). Universidad de Cantabria, España.

Chiapero, S. (2012). Maternidad Subrogada. Editorial Astrea. 2012. Buenos Aires.

De Freitas, E. (2013). La autonomía de la voluntad en el derecho de la persona natural. Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia, 1(1). 122-134.

Díaz, M. y Hernández, F. (1999). Lecciones de Derecho de Familia. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces.

Domínguez, M. (2013). Gestación subrogada. Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia, 1(1), 183-227.

Estraño, A. (2015). Apuntes de Derecho de Familia. Valencia.

Gaceta Oficial de la República de Venezuela (1982). Código Civil. Gaceta N° 2.990 Extraordinaria del 26 de Julio de 1982.

Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela (2007). Ley para la Protección de las Familias, la maternidad y la paternidad. Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 38.773 del 20 de septiembre de 2007.

Garay, J. (2012). Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Caracas: Corporación AGR, S.C.

Gómez, Y. (1994). El derecho a la reproducción humana. Madrid: Marcial Pons.

Jiménez, C., Rivero, Y., Londoño, I. y Vásquez, J. (2016). Análisis de la maternidad subrogada en la legislación colombiana 2009-2015 (monografía de fin de grado). Universidad Libre. Colombia.

Lamm, E. (2012). Gestación por sustitución, Realidad y Derecho. Revista para el análisis del derecho, 3(1), 1-49.

López, F. (2009). Derecho de Familia. Caracas: Universidad Católica Andrés Bello.

Martínez, H. (2018). Maternidad subrogada. Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia, 10(1), 269- 284.

Tantaleán, R. (2016). Tipología de las investigaciones jurídicas. Recuperado de: www.derechoycambiosocial.com

Tribunal Supremo de Justicia. Sala Constitucional (2006). Sentencia N° 1456 de fecha 27 de julio de 2006. Recuperado de: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Julio/1456-270706-05-1471.html>.

Tribunal Supremo de Justicia. Sala Constitucional (2016). Sentencia N° 1187, de fecha 15 de diciembre de 2016. Recuperado de: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/diciembre/194078-1187-1512162016-16-0357.HTML>.

Sisco, O. (2013). Maternidad subrogada. Aspectos generales. Su regulación en Venezuela. Ponencia con el tema “Maternidad Subrogada” en el X Foro de derecho de la Infancia y de la Adolescencia, 21 y 22 de noviembre de 2013, organizado por la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de

Justicia y el Fondo para la Infancia de las Naciones Unidas UNICEF, en la sede del Tribunal Supremo de Justicia, Caracas.

Voz Libre, (2018). ¿En qué países es legal la gestación subrogada? Recuperado de: <https://vozlibre.com/sociedad/paises-legal-la-gestacion-subrogada-19255/>

Witker, J. (1995). La investigación jurídica. México: Editorial McGraw-Hill.