

Familias Homoparentales y la Interpretación del Artículo 75 por la Sala Constitucional*

[Homoparental Family and the interpretation of Article 75 by the Constitutional court]

Karla Velazco**

Introducción

Desde la infancia se enseña que la familia es el núcleo o centro de la sociedad, considerada como la institución fundamental para el desarrollo del ser humano. La familia es la primera escuela e iglesia doméstica, donde se forja el carácter, la personalidad, el patrón de principios y valores de los Hombres del mañana. Por tanto su importancia es indiscutible en todos los ámbitos de la vida.

En este sentido, la familia ha sido un tema de gran interés. En los últimos años ha sido objeto de estudio de distintas disciplinas de las Ciencias Sociales, esto ha ocurrido por las diversas modificaciones que la familia ha tenido internamente, por tanto en la actualidad las familias son posmodernas. De este modo, se abre un abanico de posibilidades y combinaciones diversas de la estructura del grupo familiar, resaltando las

*Recibido: 6/10/2017

Aceptado: 27/02/2018

Esta reseña es una resumida adaptación de la ponencia ofrecida por la autora el 17/02/2017 en el Conversatorio Implicaciones Jurídicas del Reconocimiento de las Familias Homoparentales en Venezuela (URU).

**Abogada. Magister en Banca y Finanzas. Universidad Rafael Urdaneta. Maracaibo, Venezuela. Correo Electrónico: karlavelazco22@gmail.com ID: <https://orcid.org/0000-0003-2101-739X>

familias homoparentales, las cuales fueron adoptadas socialmente entre los años 1960 y 1970 luego de la explosión de diferentes movimientos homosexuales. La familia homoparental está integrada por una pareja del mismo sexo que van a fungir como padres o madres de uno o varios hijos. Asimismo los doctores Camacho y Gagliesi (2012) señalan que las familias homoparentales deben ser estudiadas por medio de tres dimensiones, la primera es la modalidad vincular, donde se evidencia la relación entre los padres o madres, así como el número de sujetos que realizan los roles, ejemplo coparentalidad o pluriparentalidad.

La segunda es la forma de acceso a la maternidad o paternidad, tiene que ver con los métodos usados para procrear, como gestación subrogada. Finalmente, el género, sexo y orientación sexual, los géneros tienen que ver con la expectativa social en relación a la imagen del rol que realiza la persona, el sexo tiene que ver con el aspecto biológico y la orientación sexual es el patrón de atracción sexual, emocional y amorosa.

De forma paulatina estas familias homoparentales en sus tres dimensiones han tenido una aceptación y recepción normativa en distintos países del mundo. En el caso venezolano se tenía una postura conservadora respecto al tema. No obstante, esa visión fue ampliada el 15 de diciembre de 2016, cuando Sala Constitucional en sentencia Exp. 16-0357¹, expresamente les da un reconocimiento a las familias homoparentales, estableciendo que el Estado debe protegerá las familias sin distinción a la forma de conformación de la misma. De lo antes expuesto surge una interrogante ¿Puede una pareja del mismo sexo formar una familia en Venezuela?

1. Concepción de Familia.

Existen múltiples acepciones de familia, etimológicamente “proviene del latín *familiae*, que significa grupo de siervos y esclavos patrimonio del jefe de la gens[...]” Algunos afirman que podría derivar del latín “*fames* (hambre) que es el conjunto de personas que se alimentan juntas en la misma casa y a los que un *paterfamilias* tiene la obligación de alimentar” (Medina, 2001:33). Desde un punto de vista terminológico, la Real Academia Española ha definido a la familia como un “grupo de personas

¹Sentencia N° 1187 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, del 15 de diciembre de 2016. Caso: Migdely Miranda Rondón. (Amparo Constitucional). Magistrado Ponente: Juan José Mendoza Jover. Exp. 16-0357

emparentadas entre sí y que viven juntas”. Aunque ésta definición se debe descartar, porque no se ajusta a las nuevas realidades que impone la globalización, con sus características migratorias y de movilidad de los integrantes de un grupo familiar.

En este sentido, el término familia no es desconocido en el mundo del derecho, por el contrario, tiene su desarrollo en el ordenamiento jurídico nacional, así como en tratados y convenios internacionales. De este modo, la familia es el conjunto de sujetos unidos por vínculos legales, como matrimonio, unión estable de hecho, parentesco o adopción. Ahora bien es pertinente el estudio del concepto de familia en el ordenamiento jurídico venezolano, iniciando por la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999, publicada en Gaceta Oficial No. 5.453 extraordinaria del 24 de marzo de 2000. En su Título III, capítulo V titulado De los Derechos Sociales y de las Familias, específicamente en el artículo 75 dispone:

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 y el esfuerzo común, la comprensión mutua y el respeto recíproco a sus integrantes. El Estado garantizará protección a la madre, al padre o a quienes ejerzan la jefatura de la familia.

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

Este artículo manifiesta la importancia de la familia, ya que establece que el Estado tiene la obligación de protegerla, porque es indispensable para el efectivo desarrollo del ser humano, por ello se debe garantizar que los niños y adolescentes puedan vivir en el seno de su familia de origen y en última instancia tendrán derecho a una familia sustituta. Un aspecto resaltante de este artículo, es el término jefatura de familia, cuya interpretación fue realizada por Sala Constitucional en sentencia Exp. 16-0357 estableciendo lo siguiente:

Sin embargo, la protección del Estado a la familia no se circunscribe tan sólo a la madre o padre, así como tampoco se limita al estado

civil de éstos, sino que se extiende a quienes ejerzan **la jefatura de la familia**, esto en virtud, de que la familia es el centro de gravedad de una serie de disposiciones de mayor importancia, las cuales van desde el derecho reconocido al niño y al adolescente de ser criado y educado dentro de tal familia (Destacado nuestro).

Esta protección del Estado hacia la familia es de suma trascendencia... En consecuencia, una lectura acorde con la Constitución, conlleva a una protección del Estado sin distinción a la forma de conformación de la familia, por ello está llamada a incluir a los niños, niñas y adolescentes nacidos en familias homoparentales[...]

De lo antes citado, se puede evidenciar que el magistrado no hizo una interpretación sistemática del ordenamiento jurídico venezolano, sino que utilizó una mínima frase, que en la humilde opinión de quien escribe, no es suficiente para dar por sentada una realidad que el sistema jurídico venezolano no estaba preparado. El análisis es sencillo, la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999, empleó la expresión jefatura de familia, para referirse a aquellos sujetos dentro del grupo familiar, distintos al padre y la madre, como por ejemplo, los abuelos, tíos, primos que pueden llegar a ocupar la cabeza del hogar, por falta de los padres y así brindarle cuidado y protección a los hijos.

Al respecto, cuando los padres mueren, a los hijos que no alcanzado la mayoría o no se han emancipado, se les asigna un tutor, y en primer lugar serán llamados los abuelos para ocupar dicho cargo, porque el legislador entiende que la familia tendrá un nuevo jefe del hogar (los abuelos) distintos a los padres que han muerto. Asimismo, la Ley para Protección de las Familias, la Maternidad y la Paternidad de 2007, publicada en Gaceta Oficial No 38.773 del 20 de septiembre de 2007. En su Capítulo I titulado Disposiciones generales, en su artículo 3 define a la familia de la forma siguiente:

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.

Este artículo explica que la familia está integrada por un grupo de personas que están relacionadas por vínculos jurídicos o de hecho. Además se establece que el Estado tiene que proteger la pluralidad de familias que puedan existir sin discriminación alguna al igual que los integrantes independientemente del origen de las relaciones familiares. De tal forma el artículo anterior no menciona la frase jefatura de familia, sino que especifica, que a falta de padre y madre podrá existir otra persona que se haga responsable por el grupo familiar. De igual modo, la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y adolescentes de 2015, publicada en Gaceta Oficial No. 6.1185 extraordinaria del 08 de junio de 2015. En su Título I titulado Disposiciones Directivas, en su artículo 5 señala lo siguiente:

La familia es la asociación natural de la sociedad y el espacio fundamental para el desarrollo integral de los niños, niñas y adolescentes. Las relaciones familiares se deben fundamentar en la igualdad de derechos y deberes, la solidaridad, el esfuerzo común, la comprensión mutua y el respeto recíproco entre sus integrantes. En consecuencia, las familias son responsables de forma prioritaria, inmediata e indeclinable, de asegurar a los niños, niñas y adolescentes el ejercicio y disfrute pleno y efectivo de sus derechos y garantías.

El padre y la madre tienen deberes, responsabilidades y derechos compartidos, iguales e irrenunciables de criar, formar, educar, custodiar, vigilar, mantener y, asistir material, moral y afectivamente a sus hijos e hijas.

El Estado debe asegurar políticas, programas y asistencia apropiada para que la familia pueda asumir adecuadamente estas responsabilidades, y para que el padre y la madre asuman, en igualdad de condiciones, sus deberes, responsabilidades y derechos. Asimismo garantizará protección a la madre, al padre o a quienes ejerzan la jefatura de la familia.

Esta disposición amplía la definición de familia en relación al texto constitucional, puesto que establece la responsabilidad del padre y la madre respecto a la protección de los hijos, prestándoles asistencia

material y afectiva. Además establece acciones concretas para el Estado, específicamente crear programas y políticas en pro de las familias. De lo anterior se desprende que en el ordenamiento jurídico venezolano, de forma expresa no se reconoce a las familias homoparentales.

2. Derecho comparado: Familias Homoparentales.

Las familias Homoparentales no tenían asidero jurídico en Venezuela, hasta el 15 de diciembre de 2016, cuando Sala Constitucional en cabeza del magistrado Juan José Mendoza Jover, mediante una interpretación del artículo 75 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999, estableció que la expresión jefatura de familia era lo suficientemente amplia para darle cabida a las familias homoparentales, omitiendo la existencia de una enorme laguna jurídica respecto al tema, porque en el ordenamiento jurídico venezolano no hay posibilidad de matrimonio o uniones estables de hecho entre personas del mismo sexo y menos un cuerpo legislativo que regule los procesos de reproducción asistida para estas personas. Por lo tanto, la incorporación al acervo jurídico de las familias homoparentales en Venezuela se logró vía jurisprudencial y no normativa.

A diferencia de otros Estados en el mundo, donde la recepción del matrimonio igualitario y luego la posibilidad de procesos de reproducción asistida y adopción para personas del mismo sexo ha sido normativa. Al respecto, Nash (2013) explica a través de la teoría de Rawls que para legislar en temas complejos se deben seguir tres etapas, primero el Estado debe concientizar a la sociedad el respeto a la orientación sexual, en segundo lugar llegar a acuerdos con la ciudadanía en materia de tolerancia, debates sobre el cuidado de los hijos de homosexuales y además el Estado debe reconocer derechos mínimos de carácter patrimonial. Finalmente, el Estado debe realizar el consenso superpuesto, debates duros sobre matrimonio igualitario y adopción, para determinar si legislará o no sobre el tema. En el caso del Estado venezolano, las tres etapas de la teoría de Rawls no se realizaron, sino que mediante sentencia se reconoció la figura de las familias homoparentales.

3.1. España y Holanda.

En España fue el 3 de julio de 2005 que entró en vigor la Ley 13/2005, que permitió a las parejas homosexuales contraer matrimonio, mientras

que en Holanda se reconoce el vínculo matrimonial entre personas del mismo sexo en el año 1998, cuando se legisló la Ley de la Pareja Registrada entre personas homosexuales (Ruiz, 2013). Ahora bien, en Venezuela no existe ley que permita el matrimonio igualitario.

En relación a las técnicas de reproducción humana asistida, en Venezuela no existe legislación al respecto, mientras que en España se aprobó la Ley 14/2006, la cual, prohíbe la gestación subrogada a las mujeres que pretendan renunciar a la filiación materna, por tanto dos hombres, no tienen la posibilidad de gestación subrogada, salvo que realicen el procedimiento en otro país, y una vez que el niño nazca, se registre en España (Ruiz, 2013). Por su parte, en Holanda se dictó la ley de Co-Maternidad en el año 2014, según Pérez (2016: 116-117) se estableció la siguiente modificación:

- a) La co-madre, puede tener un vínculo filial siempre y cuando, ella haya contraído matrimonio con la madre o tiene registros de pareja con ella y que la esperma proceda inicialmente de un donante anónimo. b) La co-madre puede tener relación filial con el hijo/a de la cónyuge o la pareja femenina registrada, incluso si esta persona murió durante el embarazo.

De este modo, la mujer no gestante, llamada por la ley holandesa como co-madre, debe cumplir con dos requisitos, primero estar casada con la madre gestante o tener un registro que pruebe la unión de pareja y segundo que la muestra seminal proceda de un donante anónimo.

3.2. Uruguay.

Es un país precursor dentro del continente, fue el primero en legislar la adopción homoparental. Desde el año 1997 regula la reproducción asistida con la Ley N° 19.167 la cual, no menciona en su articulado la orientación sexual de la mujer (Pérez, 2016). Más adelante el 02 de julio del año 2013 fue sancionada la Ley N° 19.075, la cual modifica el término de matrimonio civil dando inclusión a las parejas del mismo sexo. Además según Pérez (2016: 153) la ley regula el caso de una familia homoparental:

- A.2 En el caso que el hijo nazca dentro del matrimonio homosexual llevará los apellidos de sus padres en el orden que ellos opten expresamente. En caso de no existir acuerdo, el orden de los apellidos se determinará por sorteo al momento de la inscripción, realizado por el Oficial de Estado Civil.

Es curiosa la forma en que se determina el reconocimiento de un hijo de una pareja homosexual, puesto que la ley les otorga a los padres la posibilidad de elegir el orden de los apellidos de su hijo, aspecto que en Venezuela es de orden público, sin embargo, en la Sentencia de Sala Constitucional Exp. 16-0357 hay un cambio, puesto que se admite que un niño pueda tener los apellidos de sus dos madres.

2.3 Argentina.

En el caso argentino, las uniones civiles entre personas del mismo sexo fueron reconocidas expresamente el 15 de julio del año 2010 cuando se sancionó la Ley N° 26.618. Igualmente La ley N° 14.208 regula escuetamente la Reproducción asistida en Argentina, no mencionando la orientación sexual de las mujeres (Pérez, 2016). Además, la presunción de maternidad en Argentina ha tenido mucha importancia, es decir, para los tribunales argentinos la madre es aquella que da a luz. Esto mismo sucede en Venezuela, sin embargo en la sentencia Exp. 16-0357 de Sala Constitucional establece un panorama distinto:

Se observa que tal definición de maternidad se ha mantenido, de acuerdo al momento histórico, a lo largo de los últimos treinta (30) años en nuestro ordenamiento jurídico, teniendo por norte una interpretación dinámica del Derecho, dentro del contexto social... Ahora bien, conforme a nuestro ordenamiento jurídico se le atribuye la filiación materna a la ciudadana Migdely Miranda Rondón, ya que fue ésta la que llevo a cabo el proceso de gestación y materializó el hecho cierto del parto, filiación que esta Sala Constitucional ratifica... Del reconocimiento de tal filiación biológica que hace esta Sala Constitucional y la legal conforme al hecho natural, que se verifica entre ambas madres y su hijo... ambas ciudadanas manifestaron ampliamente su voluntad procreacional, siendo éste uno de los elementos a considerar para la concepción y la determinación del futuro del nuevo sujeto de derechos.

De lo citado se evidencia, que debido al dinamismo de la sociedad, el derecho tiene que adaptarse a las nuevas realidades y en función de este simple argumento, la Sala Constitucional declara que existen dos tipos de filiación, una biológica referida al hecho del parto respecto a una de las mujeres (Migdely Miranda Rondón) y una filiación legal que ocurre por el hecho natural de someterse a la gestación subrogada teniendo ambas voluntad procreacional.

Conclusión

El tema de la familia homoparental es controversial y su problemática principal radica en la procreación, se puede pensar que los únicos que pueden formar verdaderas familias son las parejas heterosexuales, porque naturalmente de la unión de un hombre y una mujer nacen los hijos. Además el matrimonio tiene como finalidad la procreación de los hijos, es la razón por la cual existen impedimentos legales para contraer matrimonio como por ejemplo la impotencia manifiesta.

Ahora bien, la interrogante continúa ¿pueden personas del mismo sexo procrear y conformar una familia? La respuesta parece sencilla, si se retrocede el tiempo 50 años atrás, donde las técnicas de reproducción humana asistida no existían. En la actualidad la respuesta es compleja, pero según el criterio de Guijarro (citado por Pérez, 2016: 19) la solución se encuentra en la teoría de la voluntad procreacional, la cual, postula que existen tres aspectos de la procreación:

- i. La voluntad de la unión sexual, es la libertad de mantener relaciones sexuales-protegidas por el Estado-, que puede estar unida o no al deseo de procrear.
- ii. La voluntad procreacional, es el deseo o intención de crear una vida, derecho que también merece la protección del ordenamiento jurídico al tutelarse a la persona en su decisión libre de tener un hijo, no admitiéndose el ejercicio de la fuerza para tal fin.
- iii. La responsabilidad procreacional: la responsabilidad procreacional deriva del hecho de la procreación y de las consecuencias que ésta produce.

En síntesis, si una pareja se une sexualmente de forma voluntaria, además se debe agregar, si la pareja se somete voluntariamente a un tratamiento de reproducción humana asistida, con la intención de tener un hijo asumiendo consigo la responsabilidad que deriva de la procreación, entonces se puede hablar de realmente una pareja heterosexual u homosexual que quiere formar una familia. Estas afirmaciones aunque no fueron citadas por la Sala Constitucional en sentencia Exp. 16-0357, se infiere de su motivación para decidir que la teoría de la voluntad procreacional es el verdadero origen de la familia homoparental en Venezuela.

Referencias Bibliográficas

ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE. 1999. **Constitución de la República Bolivariana de Venezuela**. Gaceta Oficial de la República de Venezuela No. 5.453 (Extraordinaria) del 24 de marzo de 2000.

ASAMBLEA NACIONAL. 2007. **Ley para Protección de las Familias, la Maternidad y la Paternidad**. Gaceta Oficial No 38.773 del 20 de septiembre de 2007.

ASAMBLEA NACIONAL. 2015. **Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y adolescentes**. Gaceta Oficial No. 6.1185 (Extraordinaria) del 08 de junio de 2015.

CAMACHO, Javier Martín y GAGLIESI, Pablo. 2012. **Familias Homoparentales**. <https://www.fundacionforo.com/pdfs/familias-homoparentales.pdf> Fecha de consulta: 30/01/2017

DICCIONARIO DE LA REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. 2017. Disponible en: www.rae.es. Fecha de consulta: 30/01/2017

MEDINA, Graciela. 2001. **Uniones de hecho homosexuales**. Ediciones Rubinzal-Culzoni. Buenos Aires, Argentina

NASH, Claudio. 2013. **Matrimonio entre personas del mismo sexo. Una mirada de los Derechos Humanos, en Parejas Homosexuales: ¿unión civil o matrimonial?** Centro de Derechos Humanos. Thomson Reuters. Fecha de consulta: 15/01/2017

PÉREZ GONZÁLEZ, Araceli Alejandra. 2016. **Homoparentalidad. Un nuevo tipo de familia**. Universidad de Chile. <http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/142548/Homoparentalidad-un-nuevo-tipo-de-familia.pdf?sequence=1> Fecha de consulta: 15/01/2017

RUÍZ, Santiago Agustín. 2013. **Familias homoparentales en España: integración social, necesidades y derechos**. Universidad Autónoma de Madrid. Fecha de consulta: 15/01/2017

TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA DE VENEZUELA, SALA CONSTITUCIONAL. 2003. Sentencia No 1187 Exp. 16-0357 del 15 de diciembre de 2016, Caso: Migdely Miranda Rondón. Disponible en: <http://www.tsj.gov.ve>