

Comentarios sobre sentencia Nro 1187 de fecha 15 de diciembre de 2016, dictada por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia.

Magistrado Ponente: Juan José Mendoza Jover

Caso: Acción de amparo constitucional ejercida por MIGDELY MIRANDA RONDÓN contra la Oficina Nacional de Registro Civil, el Tribunal Superior Tercero del Circuito Judicial de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas y Nacional de Adopción Internacional y el Tribunal Décimo de Primera Instancia de Mediación, Sustanciación y Ejecución. (Exp. 16-0357)

Comentarios: Yasser Abdelkarim

Docente de la Facultad de Ciencias Jurídicas Políticas
Universidad de Carabobo
yadelka@hotmail.com

Recibido: 23/10/2016

Aceptado: 17/11/2016

**Comentarios sobre sentencia Nro 1187 de fecha 15 de diciembre de 2016,
dictada por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia.
Magistrado Ponente: Juan José Mendoza Jover**

Caso: Acción de amparo constitucional ejercida por MIGDELY MIRANDA RONDÓN contra la Oficina Nacional de Registro Civil, el Tribunal Superior Tercero del Circuito Judicial de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas y Nacional de Adopción Internacional y el Tribunal Décimo de Primera Instancia de Mediación, Sustanciación y Ejecución. (Exp. 16-0357)

I. ANTECEDENTES

Para comprender la presente sentencia resulta necesario ubicarse en contexto, el caso que asiste a esta decisión de Amparo Constitucional es aquella circunstancia excepcional que tuvo revuelo en las noticias venezolanas de una pareja homosexual conformada por **Ginyveth Soto y Migdely Miranda**, quienes contrajeron matrimonio bajo la ley Argentina en el año 2013, y que, lamentablemente, culminó con el homicidio de **Ginyveth Soto**, en fecha 14 de diciembre del año 2014. Estas féminas decidieron tener un hijo por medio de fertilización asistida, implantando los óvulos de Ginyveth en el vientre de Migdely, y dan vida a un niño (identidad omitida de conformidad con el artículo 65 de la Ley Orgánica para la protección de Niños, Niñas y Adolescentes), nacimiento ocurrido en el país de Argentina. Por lo que su situación configuraba un limbo legal, incluyendo las negativas de parte de la autoridad en materia de registro civil de reconocer a ambas madres por las limitaciones del derecho Venezolano en la materia, condicionando el derecho de la identidad del niño tanto en la nacionalidad como en la facultad de acceder al acervo hereditario de su madre Ginyveth.

Es de aclarar que cuando la pareja regresa a Venezuela, solicitan a la Oficina Nacional de Registro Civil del Consejo Nacional Electoral, la inserción del acta de nacimiento de su hijo, a lo que dicha oficina le respondió que el acta de nacimiento solo podría llevar el apellido de la madre que dio a luz, es decir Migdely. Posterior a la muerte de la ciudadana Ginyveth, la pareja sobreviviente introduce acción mero declarativa ante un Tribunal de Primera Instancia de Mediación, Sustanciación y Ejecución de protección de Niños, Niñas y Adolescentes, solicitando que se declare al niño como heredero único y universal de la ciudadana Ginyveth, lo que el

Tribunal declaró improcedente, exponiendo que el Niño no era hijo de la difunta ciudadana. Seguidamente, se presenta Acción de Amparo Constitucional a favor del infante contra la anterior decisión, siendo declarado Inadmisibile. Procediendo a interponer amparo contra esta última sentencia, correspondiéndole a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia conocer del mismo. En tales circunstancias, la Sala lo dispone como un asunto de mero derecho por no existir contradictorio.

II. FUNDAMENTACIÓN

La argumentación con la que un juez toma una decisión que compromete interpretativamente a la vida de la Constitución Política de una nación, no solo está provista de una subsunción lógica de los componentes gramaticales, teleológicos de las normas y del sistema jurídico con las hipótesis o los hechos que examina. Cada argumento compromete al juez u órgano judicial en su misión de mostrar a su nación la manera de comprender mejor la realidad sobre la que se pronuncia. Con su prudencia el juez da vida a las exigencias de justicia de las personas y la comunidad, y la interpretación que haga de la norma es la herramienta que precisa la delicada misión. Dentro de la lucha venezolana por los derechos de las minorías, el día 15 de diciembre del año 2016 marca un hito por haberse dictado la primera decisión favorable a los derechos civiles y políticos de la comunidad LGBT.

Así, en decisión proferida por Sala Constitucional, en amparo constitucional, con ponencia del Magistrado Juan José Mendoza Jover, quien considera que de la misma:

“se evidencia que los derechos presuntamente violados afectan no sólo la esfera particular de los derechos subjetivos de los accionantes, sino de un número indeterminado de personas que forman el grupo de LGBT revistiendo tales violaciones el carácter de orden público indicado por la norma, afectando las buenas costumbres. Incluso, en razón de todos los niños, niñas y/o adolescentes, que como hijos/as; de homosexuales o transexuales, tienen derecho a pertenecer a una familia y a gozar de todos los beneficios que esto conlleva.” [Sic.]

En uso del interés superior del niño, principio rector contenido en el artículo 8 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, fundado a su vez en la primacía

constitucional que lo reconoce en el artículo 78. Coincidiendo así con el criterio transcrito por la sala en la decisión sub examine, que reafirma criterios de vieja data (SC-2003), en el que se afirma:

“El ‘interés superior del niño’, en tanto concepto jurídico indeterminado, tiene por objetivo principal el que se proteja de forma integral al niño por su falta de madurez física y mental, pues requiere protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después de su nacimiento. A título ejemplificativo, el niño debe ser protegido contra toda forma de discriminación o castigo por causa de la condición, las actividades, las opiniones expresadas o las creencias de sus padres, tutores o familiares.” (Cursivas propias).

Especialmente, en este caso hay una vulneración grave de los derechos de un niño que van desde el derecho a la nacionalidad, a la identidad, a pertenecer a una familia, y los derechos que de los mismos se derivan.

La Sala realiza una interpretación progresiva del derecho, adaptándolo a las nuevas realidades que la técnica en materia de reproducción asistida permiten en la materialización de familias distintas a la tradicional familia heterosexual, pero que siguen enmarcados dentro de la definición de familia moderna, que va desde la heteroparental hasta la homoparental, y que debería cubrir a las familias monoparentales también. Reconoce la sala que la complejidad de la reproducción asistida plantea un conflicto de derechos individuales en tanto la accionante fue la receptora de la donante de óvulos Ginyveth Soto. Realidad que a la luz del libre desenvolvimiento de la personalidad y el derecho a conocer la familia biológica constitucionalmente reconocidos, hacen necesarias interpretaciones integradoras, interdisciplinarias y transdisciplinarias, pues el derecho a veces resulta insuficiente en la materialización de respuestas que la sociedad tecnológica contemporánea requiere, incluso haciendo uso de las pruebas heredo biológicas.

Dicho esto, la Sala dispone de forma clara y concisa, pero con una interpretación proporcionada, lo siguiente:

“Aunado a lo anterior, esta Sala Constitucional colige que no se encuentra ajena a las realidades sociales y en su condición de máxima y última intérprete de la

Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, le corresponde fijar las interpretaciones y aplicación del contenido o alcance de las normas y principios constitucionales (artículo 335), velando por la efectividad del ordenamiento jurídico, y en búsqueda de la verdad real quedando obligada en el caso en concreto a restablecer el equilibrio e inclusión social, tomando en cuenta el afecto, la dignidad humana y la tolerancia que debe imperar en la sociedad, para lo cual es necesario el estudio del contenido del artículo 75 de la Constitución, que reza:

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 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. (Resaltado de este fallo).

Como se desprende del texto de la disposición constitucional transcrita, el Constituyente previó la obligación del Estado a garantizar la protección integral a la madre, al padre o **a quienes ejerzan la jefatura de la familia**, como asociación natural de la sociedad y como el espacio fundamental para el desarrollo integral de las personas (Resaltado propio).”

Transcendiendo el sentido heterosexual, la Sala Constitucional comprende lo previsto en el artículo 77 de la Carta Magna, que se refiere a la protección de las “familias”, entendiéndolo que el espíritu del constituyente con la exposición del término “jefatura de familia”, término que también existe en la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, pretendía el reconocimiento de la diversidad de familias que existen en la sociedad occidental contemporánea, concepto evolucionado como lo han hecho muchas otras formas de asociación. En el caso de la familia contemporánea, la dirección de la familia se aparta de la única concepción patriarcal o matriarcal de la sociedad, hoy hay jefatura de familia indistinta del género, e inclusive distinta de la tradicional jefatura ejercida por el padre o a la madre.

Hoy, inclusive, se encuentran realidades como la de una abuela puede ceder a su hija su vientre para la gestación de su propio nieto, gracias a los avances tecnológicos. De tal forma, que el derecho tiene que adaptarse a los cambios sociales, reconociendo las situaciones sociales sin discriminación alguna, como ordena la Constitución. La consideración del concepto "jefatura de familia" permite adaptar la concepción de familia dentro de la realidad social y su pluralismo, que concatenado con la igualdad ante la ley, permite que se reconozca la comaternidad y la copaternidad como forma de ejercicio de la patria potestad, con directa incidencia no solo en las normas de la legislación especial sobre niños, niñas y adolescentes.

I. VOTO SALVADO EN LA SENTENCIA

Esta decisión no fue unánime, cuenta de manera expresa con el voto salvado del Magistrado Calixto Ortega, quien como todo ser humano, tiene una condición que está en juicio ético y jurídico, emitiendo juicios como el siguiente:

“En tal virtud, se observa que en el estado actual del Derecho venezolano los efectos deseados así como los derechos invocados por la parte actora no se encuentran configurados, por ende, la pretensión de la actora supera la protección que la acción de amparo presta a las personas pues esta tiene como límite lógico los derechos constitucionalmente consagrados. Así como aquellos inherentes que puedan a la luz del sistema normativo nacional invocarse.

Por ello, quien aquí disiente observa que se ha configurado un fraude a la ley, en los términos que la doctrina en Derecho Internacional Privado lo define, puesto que se observa que de forma maliciosa pero por medios lícitos, las ciudadanas MIGDELY MIRANDA RONDÓN y GINYVETH SOTO QUINTANA, se colocaron bajo el imperio de la ley argentina para obtener una situación que les era favorable cuando en Venezuela dichos supuestos no podían, como todavía no pueden, surgir efectos jurídicos.

Así, es menester observar que se está en presencia de los elementos materiales e intencionales del fraude, así como se obtuvo el resultado pretendido cuando las normas que se desafiaron son del más estricto orden público en tanto se refieren al estado y capacidad de las personas.

En tal sentido, es necesario incorporar a este análisis las previsiones de la Ley de Derecho Internacional Privado venezolano que determina:

“Artículo 5º. Las situaciones jurídicas creadas de conformidad con un Derecho extranjero que se atribuya competencia de acuerdo con criterios

internacionalmente admisibles producirán efectos en la República, a no ser que contradigan los objetivos de las normas venezolanas de conflicto, que el Derecho venezolano reclame competencia exclusiva en la materia respectiva, o que sean manifiestamente incompatibles con los principios esenciales del orden público venezolano.”

La cual ha de concatenarse de manera obligatoria con la previsión contenida en el artículo 9 del Código Civil que dispone que “*las leyes concernientes al estado y capacidad de las personas obligan a los venezolanos, aunque residan o tengan su domicilio en país extranjero.*”

Observando así quien disiente, que las decisiones que fueron anuladas por esta Sala Constitucional en la sentencia que antecede no debieron haberlo sido, toda vez que quienes en ellas actuaron al proceder al registro del nacimiento del niño reconociendo que era hijo de su madre biológica –a los efectos de esta decisión se entiende como tal a quien lo gestó y alumbró- no sólo no era una acción lesiva de derecho constitucional alguno que pudiera reconocérsele a la ciudadana MIGDELY MIRANDA RONDÓN, ni a su hijo, sino que constituye el acatamiento de las normas de derecho nacional y una resistencia legítima a evitar reconocerle efectos a un hecho fraudulento.”

El Magistrado Ortega trae a colación el derecho internacional privado, procurando establecer que la actuación de la accionante y la hoy fallecida Genyveth, configura un fraude a la ley, en tanto y cuanto optaron mecanismos facticos para obtener una protección de derechos no consagrados por el ordenamiento venezolano. Internacionalmente, las parejas homosexuales ocurren a legislaciones más favorables y los efectos de los actos jurídicos realizados conforme al derecho extranjero surten plenos efectos.

II. REFLEXIONES FINALES

La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, desde hace varios años, viene presentando en sus fallos argumentos para entender mejor los alcances del artículo 75 de la Constitución Nacional, que trata sobre las familias, especialmente sobre los vínculos que permiten un reconocimiento y protección especial de parte del Estado. Sin embargo, a pesar de evidenciar una uniforme hermenéutica hasta el año 2016, la Sala rompe con la misma, y comienza a dar alcances distintos a los conceptos que el artículo 75 de la Constitución Nacional presenta respecto a la fundación nuclear de la familia, dando el paso a que las prácticas homosexuales de una pareja se asimilen completamente, en lo que les pueda corresponder, a los

efectos jurídicos que tienen las uniones heterosexuales que consiguen fundar un vínculo familiar por el compromiso responsable y ante las dinámicas de existencia del amor que se manifiestan, incluyendo la apertura a una comunidad doméstica de crianza y solidaridad.

Pero los cambios conceptuales, no parecen surgir de una propuesta de la Sala frente a la familia que responda protagónicamente a soluciones por las necesidades que surgen de las desarmonías o disfuncionalidades, y que generalizan los conflictos en algunas de las familias venezolanas. Los cambios conceptuales se presentan ante una necesidad que, considera la Sala que nunca se había puesto en consideración, y que consiste en las prácticas homosexuales de las personas que, siendo del mismo sexo conviven como pareja, y requieren especial protección del Estado, por causa de la existencia de unos eventuales vínculos de solidaridad y por un sentimiento de injusta discriminación generalizado en la sociedad.

En consecuencia, resulta necesario y pertinente, comprender el alcance de la Identidad, la cual, a Real Academia Española define como: “...el conjunto de rasgos propios de un individuo o de una colectividad que los caracterizan frente a los demás”, y también, como “Conciencia que una persona tiene de ser ella misma y distinta a las demás”. (2001, pag. 1245). Igualmente, autores como D’ Antonio definen el derecho a la identidad como “...el presupuesto de la persona que se refiere a sus orígenes como ser humano y a su pertenencia abarcando su nombre, filiación, nacionalidad, idioma, costumbres, cultura propia y demás elementos componentes de su propio ser”.(2005, pag. 2)

Por su parte la Convención Sobre los Derechos del Niño de 1989 en su artículo 7, señala el derecho a la identidad, estableciendo el derecho a un nombre, a la nacionalidad y a conocer a sus padres. Igualmente, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 y la Convención Interamericana de Derechos Humanos de 1969, consagran en su texto la garantía del derecho a la identidad, lo que ha llevado a que en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en su artículo 56, se incluya el derecho a la identidad con aspectos realmente vanguardistas.

En consecuencia para dar hacer un análisis de esta decisión versada sobre las familias homoparentales, se requiere encuadrar el concepto de la familia en una doble dimensión, por una parte, en su aspecto sociológico, y por la otra, en el plano jurídico. Lo anterior por la relevancia que tiene ésta como institución y eslabón inicial para la integración del sujeto a la sociedad. La constitución e integración de la familia ha sufrido importantes cambios en los últimos años, entre de los factores que afirma el autor Carbonell (2.008) han influido en éstas transformaciones se encuentran el aumento de los divorcios, la disminución de los índices de natalidad, crecimiento de las familias monoparentales, la incorporación de la mujer al mercado de trabajo así como el surgimiento de las familias homoparentales, estos cambios han dificultado el identificar en primer término qué es una familia y quiénes la integran, situación que afecta su regulación y preservación, sobre todo para el efecto de poder determinar qué realidad debe ser tutelada por el derecho, a ello se abona los avances médicos, que en la actualidad permiten nuevas formas de reproducción que modifican nuestro tradicional concepto de familia y de su estructuración, las cuales se presentarán a través de conceptos como familias alternativas, con arreglo para los que han disuelto su vínculo matrimonial y vuelto a casar, así como las familias que viven en varios hogares.

La realidad social sigue un curso divergente respecto a la norma actual en particular en lo relativo a las familias homoparentales y el establecimiento de filiación con respecto a los hijos concebidos o no dentro de dicha relación, donde el derecho debe afrontar esta realidad y preceptuando su regulación en la normatividad civil o familiar según sea el caso, por ello el ordenamiento jurídico debe renunciar a imponer un modelo de familia o de comportamiento como lo establece el artículo 16 de la Declaración Universal de Derechos Humanos en el cual se exige que se reconozcan los diversos tipos de organización familiar “Los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia, y disfrutar de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio ...”. Si bien es cierto en este precepto no se hace mención expresa de las familias homoparentales, es de considerar por ello que se deja abierto el concepto a la conformación de éstas sin restricción a su preferencia sexual.

A pesar de la interpretación o mejor dicho la comprensión que la Sala Constitucional le ha dado a esta realidad social, lo que para algunos representa una apertura en el ejercicio de la no discriminación, es de considerar que es apenas un pequeño camino en la solución del problema fáctico en concreto, como lo fue el derecho del infante a acceder a su herencia, pero quedan muchas interrogantes, entre una de ellas sobre lo que debe ser el derecho natural intrínseco a cada persona humana, como lo es ser criado de la manera originaria, es decir padre y madre, toda vez que el niño naturalmente es producto de gametos masculinos y femeninos. Dicho de otro modo las teorías iusnaturalistas o “jusnaturalistas” afirman que la legitimidad de las leyes positivas, que son el conjunto de normas efectivamente vigentes en un Estado, depende en último término de su concordancia con el derecho natural. En definición de Johannes Messner, "el derecho natural es orden de la existencia" (*Naturrecht ist Existenzordnung*).

Referencias

- Carbonell Miguel (2008). Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Comentada, 156ª. Edición, Porrúa, México.
- Real Academia Española. (2001). Diccionario de la Lengua Española. Vigésima Segunda Edición. Tomo II. Editorial Espasa. Madrid, España.

Referencias legales

- Asamblea General de las Naciones Unidas. 1966. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Nueva York, Estados Unidos. Resolución 2200 A (XXI). 16 de diciembre de 1966. Gaceta Oficial No. 2.146. 10 de mayo de 1978.
- Congreso de la República. 1990. Ley Aprobatoria de la Convención Sobre los Derechos del Niño. Caracas, Venezuela. Gaceta Oficial No. 34.541 Ordinario. 29 de agosto de 1990.
- Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Gaceta Oficial N° 5.453. 2000.
- Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes. Gaceta Oficial N° 5.859 de fecha 10 de diciembre de 2007.

Referencias electrónicas

- D'antonio, Daniel Hugo. (2005). Organización Electoral. En: Consejo Nacional Electoral de Colombia. Disponible en: <http://www.cne.gov.co>.

Comentarios sobre sentencia Nro 1187 de fecha 15 de diciembre de 2016, dictada por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia

Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional. Sentencia Nro 1187 de fecha 16 de Diciembre de 2016, Caso: Acción de amparo constitucional ejercida por MIGDELY MIRANDA RONDÓN contra la Oficina Nacional de Registro Civil, el Tribunal Superior Tercero del Circuito Judicial de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas y Nacional de Adopción Internacional y el Tribunal Décimo de Primera Instancia de Mediación, Sustanciación y Ejecución. Disponible en:
<http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/diciembre/194078-1187-151216-2016-16-0357.HTML>