

LA GESTACIÓN POR SUBROGACIÓN EN AMÉRICA LATINA

2ª ed. (1ª en Tirant)

Nicolás Espejo Yaksic
Claire Fenton-Glynn
Fabiola Lathrop Gómez
Jens M. Scherpe
Editores



CFL | CAMBRIDGE
FAMILY LAW

tirant lo blanch
Ciudad de México, 2023

Copyright © 2023

Todos los derechos reservados. Ni la totalidad ni parte de este libro puede reproducirse o transmitirse por ningún procedimiento electrónico o mecánico, incluyendo fotocopia, grabación magnética, o cualquier almacenamiento de información y sistema de recuperación sin permiso escrito de los autores y del editor.

En caso de erratas y actualizaciones, la Editorial Tirant lo Blanch México publicará la pertinente corrección en la página web www.tirant.com/mex/

Este libro será publicado y distribuido internacionalmente en todos los países donde la Editorial Tirant lo Blanch esté presente.

Primera edición: Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2022.

Segunda edición: Suprema Corte de Justicia de la Nación y Tirant lo Blanch, 2023.

© VV.AA.

D.R. © Suprema Corte de Justicia de la Nación
Avenida José María Pino Suárez núm. 2
Colonia Centro, Alcaldía Cuauhtémoc
C.P. 06060, Ciudad de México, México.

El contenido de esta obra es responsabilidad exclusiva de los autores y no representa en forma alguna la opinión institucional de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Esta obra estuvo a cargo del Centro de Estudios Constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

La edición y el diseño de esta obra estuvieron a cargo de la Dirección General de la Coordinación de Compilación y Sistematización de Tesis de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

© EDITA: TIRANT LO BLANCH
DISTRIBUYE: TIRANT LO BLANCH MÉXICO
Av. Tamaulipas 150, Oficina 502
Hipódromo, Cuauhtémoc, 06100, Ciudad de México
Telf: +52 1 55 65502317
infomex@tirant.com
www.tirant.com/mex/
www.tirant.es
ISBN: 978-84-1197-497-4

Si tiene alguna queja o sugerencia, envíenos un mail a: atencioncliente@tirant.com. En caso de no ser atendida su sugerencia, por favor, lea en www.tirant.net/index.php/empresa/politicas-de-empresa nuestro Procedimiento de quejas.

Responsabilidad Social Corporativa: http://www.tirant.net/Docs/RSC_Tirant.pdf

CAPÍTULO 10

La gestación por subrogación en Puerto Rico

Esther Vicente*

* Catedrática de la Facultad de Derecho Universidad Interamericana de Puerto Rico.

SUMARIO: A. Introducción; B. Marco legal; C. Información sobre proveedores de servicios; D. Derechos reproductivos y constitucionales en Puerto Rico; E. Vaivenes legislativos; I. Propuestas restrictivas; II. Propuestas legislativas para el reconocimiento de la reproducción por subrogación; F. Paternidad o maternidad Legal; I. Una controversia ante la judicatura; G. Acuerdos de gestación por subrogación; I. Acuerdos de gestación por subrogación, derecho vigente al año 2021; II. Nueva propuesta legislativa para reglamentar los acuerdos de reproducción por subrogación; III. Elegibilidad para la gestación por subrogación; IV. Derechos de los y las menores de edad; V. Agencias y criminalización; VI. Acuerdos internacionales de gestación por subrogación; H. Conclusión. Bibliografía.

A. Introducción

No fue hasta la segunda década del siglo XXI que se nombró por primera vez la reproducción por subrogación —aunque de manera matizada e incompleta— en el ordenamiento jurídico formal de Puerto Rico. El 1 de junio de 2020 se incorporaron cuatro artículos al Código Civil de Puerto Rico que reconocen lo que se denominó "maternidad subrogada", limitada a la gestacional. El 17 de junio de 2021 el Tribunal Supremo emitió una sentencia que reconoce el derecho de la madre intencional a inscribir mediante un reconocimiento voluntario a la criatura nacida por un proceso de reproducción subrogada gestacional; sin embargo, señaló claramente que ese derecho procede sólo cuando "la mujer gestante no está vinculada genéticamente con el menor".¹

¹ *RPR & BJJ*, ex parte, 2021 TSPR (Tribunal Supremo de Puerto Rico) 83, 201 DPR (Decisiones de Puerto Rico) 2021, p. 40.

La práctica de la reproducción por subrogación se ha realizado en Puerto Rico desde mucho antes de su reconocimiento jurídico, pero había sido víctima de los vaivenes entre los sectores liberales y los conservadores de tendencias fundamentalistas que ocupaban los poderes políticos con facultad para legislar.² Los grupos de presión involucrados en los debates en torno a la reproducción por subrogación y otros derechos, como los incluidos en la propuesta de revisión del Código Civil de Puerto Rico discutida en 2007, se encuentran entre grupos religiosos, defensores de derechos humanos y, en un plano secundario, algunas agencias gubernamentales, medios de comunicación, juristas e integrantes de la academia.³

La propuesta de reforma del Código Civil de 2007 fue derrotada y no pasó siquiera a convertirse en Proyecto de Ley.⁴ Posteriormente, en 2010, se discutió, ante una comisión legislativa, el Proyecto de Ley 1568, que pretendía añadir nuevos incisos al Código Penal a los fines de prohibir la utilización de las técnicas de reproducción asistida para procrear embriones humanos; la utilización de gametos de personas difuntas para la concepción *post mortem*; la utilización de gametos, cigotos, embriones o material genético de procedencia desconocida, y la compraventa de gametos, cigotos, embriones y alquiler de vientres.⁵

Nuevamente se activaron los sectores que promueven la libertad reproductiva y los que ofrecen los servicios necesarios para hacerlos una realidad. En el debate público y legislativo participaron varios médicos, la Sociedad para la Medicina Reproductiva de los Estados Unidos, la

² Labadie, Glenda, "Bioética y derecho de familia: acotaciones y clareos acerca de la gravidez subrogada", *Rev. Jur. U.P.R.* 76, 2007, pp. 1291, 1299.

³ Martínez-Rivera, Carlos, "Grupos de presión religiosos y su influencia sobre la reforma del Código Civil de Puerto Rico", *Rev. Jur. U.P.R.* 263, 2012, pp. 273-276.

⁴ La directora ejecutiva de la Comisión Conjunta Permanente para la Revisión y Reforma del Código Civil de 1930, organismo que había elaborado los borradores de la propuesta tras 10 años de trabajo, expresó en entrevista con Martínez-Rivera: "Yo no hubiese querido que prevalecieran los grupos religiosos, pero prevalecieron", *ibidem*, p. 264.

⁵ "Prohibición de la reproducción asistida", Proyecto del Senado 1568, 16ª Asamblea Legislativa, 3ª Sesión Ordinaria (7 de mayo de 2010).

Sociedad para la Tecnología de la Asistencia Reproductiva; la Comisión de Derechos Civiles de Puerto Rico, la organización no gubernamental Profamilias Puerto Rico, así como juristas, académicos y estudiantes de derecho. La movilización de estos sectores en contra de la criminalización de la reproducción por subrogación y otras prácticas de reproducción asistida logró detener la aprobación de la medida propuesta y la comisión legislativa que la estudiaba emitió un informe negativo al respecto.⁶ Continuó la práctica invisibilizada, sin reconocimiento jurídico, pero tolerada y practicada en las clínicas proveedoras del servicio.

En el presente se discute un proyecto de ley para atender aspectos tales como: establecer las normas y los requisitos para realizar acuerdos de reproducción por subrogación gestacional; disponer sobre los derechos y las responsabilidades de las partes involucradas; establecer el procedimiento judicial requerido, las órdenes judiciales a solicitar previo al nacimiento, la filiación y disposiciones para la inscripción en el certificado de nacimiento, entre otras.

B. Marco legal

El 1 de junio de 2020 se aprobó la Ley 55- 2020 contentiva del nuevo Código Civil de Puerto Rico, que entró en vigor el 28 de noviembre del mismo año. En los artículos 76, 556, 567 y 570 se menciona la "maternidad subrogada", lo que se ha interpretado como el reconocimiento jurídico de la práctica de reproducción por subrogación en la modalidad gestacional. El artículo 76 dispone que "el cuerpo humano es inviolable y no puede ser objeto salvo las disposiciones sobre [...] maternidad subrogada, o cuando la ley disponga algo distinto".⁷ Los artículos 556, 567 y 570 hacen referencia a dos conceptos relacionados con la reproducción por subrogación. El artículo 556 establece que la filiación tiene lugar

⁶ Véase Informe Negativo del Senado sobre el Proyecto del Senado 1568 (Asamblea Legislativa de Puerto Rico, Senado de Puerto Rico, Comisión de lo Jurídico Penal, 3 de febrero de 2011).

⁷ Artículo 76 del Código Civil de Puerto Rico de 2020, 31 LPRA 5523.

por vínculo genético o por métodos de procreación asistida o por adopción. El artículo 567 recoge la presunción de que el parto determina la maternidad, pero dispone como excepción que no procede en casos de "maternidad subrogada gestacional". El artículo 570 reconoce a la madre intencional la facultad de impugnar la maternidad cuando ocurre por medio de la subrogación.⁸

Aunque el concepto utilizado, maternidad subrogada, matiza el reconocimiento de la reproducción por subrogación y los artículos se limitan a mencionar la práctica sin definir las normas sobre los acuerdos ni sobre los procesos de filiación, entre otros aspectos, se ha desatado el nudo y el estancamiento en que se encontraba el ordenamiento jurídico. Así se abrió la puerta al reconocimiento de diversos medios de reproducción humana y se proveyó cierta atención a sus efectos jurídicos en el área de la filiación. Además, los artículos del nuevo Código Civil han dado paso a nuevas propuestas legislativas que, igual que en el pasado, revelan la tensión entre la perspectiva liberal y la conservadora.

A pesar del retraso del ordenamiento jurídico en incorporar la reproducción por subrogación de forma específica, la gente, las parejas, los médicos y las familias lo han reclamado por décadas en Puerto Rico.⁹ Cada vez que la Asamblea Legislativa de Puerto Rico considera algún proyecto de ley relacionado a la reproducción por subrogación comparecen a dejar saber su sentir múltiples personas e instituciones.

C. Información sobre proveedores de servicios

Es importante resaltar que la medida recién aprobada como parte del Código Civil de Puerto Rico de 2020 incorpora la llamada "maternidad

⁸ Artículos 556, 567 y 570 del Código Civil de Puerto Rico de 2020, 31 LPRA 7106, 7121 y 7124, respectivamente.

⁹ Martínez-Rivera, Carlos, *op. cit.*, pp. 273-276.

subrogada gestacional", es decir, cuando la persona gestante no aporta material genético; sin embargo, no dispone procedimientos, normas ni definiciones claras para atender las controversias que genera esta práctica. Los médicos y las clínicas que ofrecen el servicio se guían por los principios de la libertad de contratación; se remiten a los estándares emitidos por la Sociedad Americana para la Medicina Reproductiva¹⁰ y por los reglamentos de la Administración Federal de Drogas y Alimentos de Estados Unidos (FDA).¹¹

En Puerto Rico operan, hasta junio de 2021, cuatro clínicas¹² que ofrecen servicios para atender problemas de infertilidad e informan a los Centros para el Control y Prevención de Enfermedades de Estados Unidos (CDC) sobre sus servicios de reproducción asistida. Según la página web de los CDC, las clínicas proveedoras de estos servicios son: GREFI, Gynecology, Reproductive Endocrinology & Fertility Institute; Clínica de Fertilidad HIMA-San Pablo Caguas; Pedro J. Beauchamp, MD IVF Program dba, Puerto Rico Fertility Center; Genes Fertility Institute.

Los datos más recientes a los que hemos tenido acceso, sobre los servicios provistos por estas clínicas, surgen del informe de 2018 publicado por los CDC y se refieren a tres de las clínicas identificadas; revelan que

¹⁰ Recommendations for practices utilizing gestational carriers: a committee opinion, Practice Committee of the American Society for Reproductive Medicine and Practice Committee of the Society for Assisted Reproductive Technology, American Society for Reproductive Medicine, Birmingham, Alabama 2016; Consideration of the gestational carrier: an Ethics Committee opinion, Ethics Committee of the American Society for Reproductive Medicine American Society for Reproductive Medicine, Birmingham, Alabama 2013; Minimum standards for practices offering assisted reproductive technologies: a committee opinion, Practice Committee of the American Society for Reproductive Medicine, Practice Committee of the Society for Assisted Reproductive Technology, and Practice Committee of the Society of Reproductive Biologists and Technologists, American Society for Reproductive Medicine, Society for Assisted Reproductive Technology, and Society of Reproductive Biologists and Technologists, Birmingham, Alabama 2019.

¹¹ U.S. Department of Health and Human Services Food and Drug Administration Center for Biologics Evaluation and Research, "Eligibility Determination for Donors of Human Cells, Tissues, and Cellular and Tissue-Based Products (HCT/PS)", agosto de 2007.

¹² Centers for Disease Control and Prevention, "Puerto Rico Clinics". Disponible en «https://nccd.cdc.gov/drh_art/rdPage.aspx?rdReport=DRH_ART.ClinicsList&SubTopic=&State=PR». [Consultado el 19 de septiembre de 2021].

éstas ofrecen los siguientes servicios: "ART for single women, Donor egg services, Donor embryo services, Embryo cryopreservation services, Gestational carrier services", éste se refiere a situaciones en las que una mujer gestante lleva a término un embarazo de un bebé al que no está vinculada genéticamente. El informe indica que el porcentaje de ciclos en la categoría de *gestational carrier services* informados por las clínicas GREFI, Gynecology, Reproductive Endocrinology & Fertility Institute y Pedro J. Beauchamp, MD IVF Program dba, Puerto Rico Fertility Center es de 9.5% de 54 ciclos y 3.2% de 197 ciclos, respectivamente. La Clínica de Fertilidad HIMA-San Pablo Caguas informó 0.0% de 63 ciclos y la Clínica GENES Fertility Institute no dio datos.¹³

D. Derechos reproductivos y constitucionales en Puerto Rico

Los derechos reproductivos cuentan con protección constitucional en Puerto Rico al amparo de la Carta de Derechos de la Constitución y de las doctrinas constitucionales dimanantes de la Constitución de Estados Unidos, producto de la interacción del ordenamiento jurídico constitucional puertorriqueño con el de Estados Unidos.

El estatus de Puerto Rico como territorio no incorporado, es decir, colonia de Estados Unidos, levanta serias preguntas desde el derecho a la autodeterminación de los pueblos. A pesar de esa situación de democracia menguada, en Puerto Rico se ha mantenido vivo un imaginario de derechos y libertades que va más allá de los derechos civiles y políticos e incluye derechos económicos, sociales y culturales. La historia del desarrollo de estos derechos en la legislación, la jurisprudencia y la sociedad puertorriqueña revela un compromiso con un marco de derechos humanos y democracia más cercano a las socialdemocracias europeas

¹³ Centers for Disease Control and Prevention, "National Data". «Disponible en: <https://nccd.cdc.gov/drh_art/rdPage.aspx?rdReport=DRH_ART.ClinicInfo&rdRequestForward=True&ClinicId=9999&ShowNational=1>. [Consultado el 19 de septiembre de 2021].

que a la democracia capitalista norteamericana. A partir de esta visión, el Estado adquiere un papel dual. Por un lado, ha de abstenerse de intervenciones de los poderes públicos y de entes privados en la esfera de la vida privada y familiar. Por otro lado, ha de garantizar los derechos fundamentales a la libertad, la integridad personal, la dignidad, la intimidad y la igualdad de los integrantes de las familias, frente a las intromisiones y violaciones que ejerzan otros integrantes de la familia o del entorno social.

La Carta de Derechos, contenida en el artículo II de la Constitución de Puerto Rico, adoptada en 1952, ha servido de escalón de soporte a la construcción de una mayor equidad para quienes integran las familias y confrontan inequidades por razón de nacimiento, sexo o género y por otros motivos.¹⁴ También ha sido punta de lanza y escudo ante el poder regulador y controlador que ejerce el Estado sobre las familias y sus integrantes.¹⁵

La Constitución protege específicamente los derechos a la dignidad, la igualdad, la intimidad y la libertad, entre otros. Tomados en su conjunto y de manera integrada, en la interpretación de los derechos constitucionales no debe adoptarse una actitud restrictiva, sino que, por lo contrario, se deben interpretar en su plenitud.¹⁶ El Tribunal Supremo ha establecido precedentes no sólo en el ámbito del derecho de las familias,

¹⁴ Vicente, Esther, "El derecho de las familias en el Puerto Rico del siglo XX y principios del XXI", en *El derecho en clave histórica: Ensayos sobre el ordenamiento jurídico puertorriqueño*, San Juan, Inter-Juris, 2014, pp. 581-630. Por ejemplo, en el caso *Ocasio v. Díaz*, 88 DPR 676 (1963), el Tribunal Supremo dejó de lado el principio que establecía que la filiación se determinaba de acuerdo con la ley vigente al momento del nacimiento de la persona a ser filiada e hizo realidad el mandato de igualdad y dignidad para todas las personas, independientemente de las circunstancias y la fecha de su nacimiento.

¹⁵ *Idem*.

¹⁶ *Figueroa Ferrer v. E.L.A.*, 107 DPR 250 (1978) establece que el derecho al divorcio por consentimiento mutuo y el derecho a divorciarse es una vertiente del derecho a la intimidad. Otro ejemplo de la interacción entre el derecho a la dignidad y la igualdad surge del proceso ocurrido en 1976 cuando se enmendó el Libro de Familia del Código Civil con el propósito de cumplir con el derecho a la dignidad y la igualdad sin distinción de género y así equiparar a la esposa con el marido en los procesos de toma de decisiones en el interior de la familia. Véase Ley 51 de 21 de mayo de 1976. Disponible en: «<https://bvirtualogp.pr.gov/ogp/Bvirtual/leyesreferencia/PDF/2/0051-1976.pdf>». [Consultado el 19 de septiembre de 2021].

sino también en torno al derecho a la intimidad de las trabajadoras y los trabajadores;¹⁷ las personas que confrontan violaciones a su intimidad ante una expareja que les tomó videos sin su autorización y reclaman el cierre de una vista judicial en un caso civil;¹⁸ la familia de una persona asesinada de forma violenta cuya imagen fue utilizada en una campaña política sin la autorización correspondiente;¹⁹ el jefe de una agencia gubernamental ante una manifestación efectuada por la unión de trabajadores de la agencia frente a su residencia privada;²⁰ un empleado a quien se pretendía obligar a someterse a una prueba de polígrafo;²¹ el derecho a rechazar tratamiento médico,²² y otros.

La sección primera de la Carta de Derechos de la Constitución de Puerto Rico, comienza con un enunciado claro y terminante: "[l]a dignidad del ser humano es inviolable".²³ Este principio es fundamental. Toda interpretación de la Carta de Derechos debe hacerse en consideración y a la luz del derecho a la dignidad y su inviolabilidad, pilar que sirve de base a los demás derechos.²⁴ El Tribunal Supremo de Puerto Rico ha establecido claramente que el propósito de esta disposición constitucional, unida al principio de igualdad, es fijar como base consustancial de todos los derechos contenidos en la Carta el principio de la dignidad del ser humano y que "la inviolabilidad personal y la intimidad son valores de la persona que merecen protección no sólo frente a atentados provenientes de otros particulares, sino también contra injerencias abusivas de las autoridades".²⁵

¹⁷ *Vega v. Telefónica*, 156 DPR 584 (2002); *Segarra Hernández v. Royal Bank of Puerto Rico*, 145 DPR 178 (1998).

¹⁸ *Fulana de tal y Sutana de cual v. Demandado*, 138 DPR 610 (1995).

¹⁹ *Colón v. Romero Barceló*, 112 DPR 273 (1982).

²⁰ *E.L.A. v. Hermandad*, 104 DPR 436 (1975).

²¹ *Arroyo v. Rattan Specialties*, 117 DPR 35 (1986).

²² *Lozada Tirado v. Tirado Flecha*, 177 DPR 893 (2010).

²³ Art. II, Sec. 1, Constitución de Puerto Rico.

²⁴ *Arroyo v. Rattan Specialties*, supra n. 21, p. 58.

²⁵ *Idem*.

El derecho vigente en Puerto Rico sobre derechos sexuales y reproductivos está ligado a su relación con Estados Unidos, pero supera las garantías constitucionales protegidas en dicho país. Las decisiones del Tribunal Supremo de Estados Unidos en materia de derechos constitucionales fundamentales vinculan a Puerto Rico. Una vez que se ha determinado por dicho foro que la reproducción cuenta con la protección del derecho fundamental a la intimidad, reconocido como garantía de la libertad y el debido proceso de ley, tal derecho es extensivo a todos los estados y territorios. Cada estado y territorio tiene que garantizar, como mínimo, el alcance del derecho fundamental definido por el Tribunal Supremo de Estados Unidos; sin embargo, puede ampliar la protección y las garantías que provee. Esta doctrina surge de varios casos resueltos por el Tribunal Supremo de Estados Unidos en los que incorporó de forma selectiva los derechos constitucionales fundamentales de la Carta de Derechos, conformada por las primeras 10 enmiendas a la Constitución de Estados Unidos, que inicialmente sólo aplicaban al gobierno federal, a la Cláusula del Debido Proceso de Ley de la Enmienda Decimocuarta de la Constitución de Estados Unidos que aplica a los Estados de ese país o por la Quinta Enmienda a los territorios y posesiones de Estados Unidos.²⁶

En Puerto Rico la Asamblea Legislativa y las ramas ejecutiva y judicial se guían por este mandato. Un caso reciente en que el Tribunal Supremo consideró esta doctrina trata precisamente sobre las relaciones familiares; la aplicación del caso paradigmático *Obergefeld v. Hodges*,²⁷ sobre el matrimonio igualitario, en el que el Tribunal Supremo de Estados Unidos estableció que el derecho a casarse es un derecho fundamental y no puede negarse a las parejas del mismo sexo. Dicha doctrina aplica en

²⁶ Para una explicación detallada, véanse Chemerinsky, Erwin, *Constitutional Law*, 6a. ed, Nueva York, Wolters Kluwer, 2020, capítulo 8: "Fundamental rights under due process and equal protection", pp. 903-1015; Serrano Geys, Raúl, *Derecho constitucional de Estados Unidos y Puerto Rico*, v. II, San Juan, Programa Educación Jurídica Continuada, Universidad Interamericana de Puerto Rico, 1988, capítulo VIII, sección 3: "La doctrina de la 'incorporación selectiva'", y sección 6: "El ámbito mínimo federal", pp. 780-796.

²⁷ 135 S. Ct. 2584 (2015).

Puerto Rico, por lo que se refrendó la constitucionalidad de la orden ejecutiva del gobernador García Padilla en la que se requería a todas las agencias del gobierno de Puerto Rico garantizar trato igualitario a las parejas del mismo sexo.²⁸

La Carta de Derechos de la Constitución de Puerto Rico protege específicamente el derecho a la intimidad, por lo que el Tribunal Supremo ha determinado en *Arroyo v. Rattan Specialties, Inc.*²⁹ que este derecho es de factura más ancha al amparo de la Constitución de Puerto Rico que de la Constitución de Estados Unidos. Estableció que opera *ex proprio vigore*, es decir, no requiere legislación que haga extensiva su protección ante actuaciones de entes y personas privadas y por ello se puede reclamar frente a todo el mundo. Señaló, además, que la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre ejercieron una influencia significativa en la redacción de la Carta de Derechos.³⁰

La importancia y el alcance que reviste el derecho a la intimidad, unido al respeto por la inviolabilidad de la dignidad humana y el derecho a la igualdad, es la fuente de la protección constitucional de los derechos reproductivos³¹ en el ordenamiento jurídico. Conforme a la doctrina constitucional establecida, el Estado sólo podrá intervenir para limitar los derechos reproductivos si demuestra que 1) existe un interés apremiante que lo justifique; 2) su intervención es necesaria para atender el interés apremiante y está estrechamente relacionada con él, y 3) si no cuenta con otras alternativas menos restrictivas para alcanzar el interés apremiante. En 1980 el Tribunal Supremo de Puerto Rico tuvo la ocasión

²⁸ *Charbonier y otros v. García Padilla, Gobernador de Puerto Rico*, 193 DPR 516 (2015), voto particular Jueza Asociada Rodríguez Rodríguez, pp. 522-3.

²⁹ *Arroyo v. Rattan Specialties*, 117 DPR 35 (1986).

³⁰ *Arroyo v. Rattan Specialties*, 117 DPR 35 (1986), pp. 61-64. Véanse *Colón v. Romero Barceló*, 112 DPR 573, 576 (1982); *Figueroa Ferrer v. E.L.A.*, 107 DPR 250 (1978); *Sucn. de Victoria v. Iglesia Pentecostal*, 102 DPR 20, 23 (1974); *E.L.A. v. Hermandad de Empleados*, 104 DPR 436, 439-440 (1975).

³¹ *Ibidem*; véase *Pueblo v. Duarte Mendoza*, 109 DPR 596 (1980).

de expresarse respecto al derecho al aborto en el caso *Pueblo v. Duarte Mendoza*,³² en el que se impugnó la validez constitucional de la ley que penalizaba el aborto. El Tribunal indicó que el caso *Roe v. Wade*, resuelto por el Tribunal Supremo de Estados Unidos, reconoció el derecho a terminar un embarazo como garantía del derecho fundamental a la intimidad de la mujer embarazada y entendió que ese dictamen es vinculante en Puerto Rico. Por ello reconoció el derecho al aborto e interpretó el artículo del Código Penal que establecía el delito de aborto de manera tal que estableció que no constituye conducta ilícita el que una mujer procure y obtenga la terminación de un embarazo en cualquier momento. Además, expuso que el derecho al aborto en Puerto Rico es más amplio que el reconocido por la jurisprudencia de Estados Unidos. Por ello, no adoptó el esquema de trimestres de *Roe v. Wade*, sino que extendió el criterio allí establecido para el primer semestre a todo el periodo del embarazo. A esos efectos, el Tribunal Supremo estableció lo siguiente:

Como cuestión de hecho, tanto el Art. 1 de la Ley Núm. 136 como el vigente Art. 91 del Código Penal se colocan dentro de la mayor perspectiva de permisibilidad del aborto, toda vez que prescriben para todo el período del embarazo, el criterio constitucional establecido por el Tribunal Supremo federal para el primer trimestre, cual es, que la paciente en consulta con su médico, sin la intervención del Estado, puede poner fin a su embarazo.³³

Esto significa que en cualquier momento del embarazo la mujer, en consulta con su médico, puede tomar la decisión de terminarlo para proteger su vida o su salud física o mental. En *Pueblo v. Duarte Mendoza*, se reconoció, además, que no podía concederse un veto absoluto a los padres respecto a la decisión de abortar de una menor, siempre que ésta contara con madurez intelectual suficiente para tomar la decisión de terminar su embarazo. En el caso se discute la amplia interpretación del concepto

³² *Ibidem*.

³³ *Ibidem*, p. 608.

salud que incluye tanto aspectos físicos como emocionales. Tan amplia protección al derecho a terminar el proceso de reproducción se extiende como corolario, por supuesto, al derecho a procurarla por los medios y las tecnologías desarrolladas por los avances científicos.³⁴

E. Vaivenes legislativos

I. Propuestas restrictivas

Entre las medidas propuestas para restringir y hasta criminalizar la reproducción por subrogación que se han presentado a la Asamblea Legislativa, cabe destacar el Proyecto del Senado 1568, de 7 de mayo de 2010, 3ª Sesión Ordinaria, 16ª Asamblea Legislativa. Conforme indicamos, éste perseguía enmendar el Código Penal de Puerto Rico para criminalizar el uso de las técnicas de reproducción asistida.³⁵ Se pretendían tipificar como delito conductas, acciones y tratamientos médicos legítimos practicados en países alrededor del mundo para atender la infertilidad masculina y femenina. Esta propuesta representaba una clara violación a los derechos a la salud, a la libertad reproductiva, a la autonomía personal, y a la dignidad y a la intimidad; un retroceso incomprensible en pleno siglo XXI. Tras varias sesiones de vistas públicas a las que comparecieron organizaciones de la sociedad civil, profesionales de la salud, varias asociaciones médicas, incluyendo la Sociedad Americana de Medicina Reproductiva, así como personas en su carácter privado que se oponían a la medida, el 3 de febrero de 2011, la Comisión de lo Jurídico Penal del Senado rindió un informe negativo de la adopción de la medida, en el que manifestó:

Del extenso proceso de vista pública y análisis de las diversas comparecencias ante esta Comisión Senatorial no se ha demostrado

³⁴ *Idem*; véanse *Acevedo Montalvo v. Hernández Colón*, 377 F. Supp. 2nd 1332,1343-4 (1974); *Skinner v. Oklahoma*, 316 U.S. 535 (1942) (derecho fundamental a la procreación).

³⁵ Proyecto del Senado 1568, de 7 de mayo de 2010, 3ª Sesión Ordinaria, 16ª Asamblea Legislativa. Disponible en: «<https://sutra.oslpr.org/osl/esutra/MedidaReg.aspx?rid=33827>». [Consultado el 19 de septiembre de 2021].

que estamos ante un problema social, económico, de seguridad o de salud pública que amerite la intervención del Estado mediante la prohibición y penalización de la conducta que establece el P del S. 1568. Los datos o estadísticas presentadas ante esta Comisión Senatorial no demostraron la existencia de algún problema real que requiera la intervención del estado con derechos fundamentales reconocidos a los individuos en nuestro ordenamiento, según se propone en esta medida.³⁶

Otro intento para limitar el acceso a la reproducción por subrogación ocurrió en 2018, cuando se presentó en la Cámara de Representantes de Puerto Rico un proyecto sustituto al elaborado por el Senado de Puerto Rico para la aprobación de la reforma del Código Civil; el Proyecto de la Cámara de Representantes 1654, de 18 de junio de 2018, 3ª Sesión Ordinaria, 18ª Asamblea Legislativa, de la autoría de la comisión legislativa presidida por la representante Milagros Charbonier. Éste incorporaba el artículo 75 en el proyecto sustitutivo, el que limitaría la autonomía de la voluntad sobre la que se sustentan los acuerdos de reproducción por subrogación. La prohibición se complementaba con el artículo 76 de ese proyecto, que prohibiría la remuneración económica por la donación de órganos, tejidos o fluidos del cuerpo humano.³⁷

El 4 de marzo de 2020 la delegación del partido de oposición sometió un informe negativo al Proyecto de la Cámara de Representantes de 1654, en el que se opuso a varias de sus disposiciones. En lo concerniente a la reproducción subrogada, hizo eco de lo planteado por varias organizaciones de derechos humanos y se opuso a los artículos 75 y 76. Se planteó que de aprobarse dichos artículos se establecería una prohibición

³⁶ Informe Negativo del Proyecto del Senado 1568, Comisión de lo Jurídico Penal, Senado de Puerto Rico, 3 de febrero 2010, 5ª Sesión Ordinaria, 16ª Asamblea Legislativa, p. 90. Disponible en: «<https://sutra.oslpr.org/osl/esutra/MedidaReg.aspx?rid=33827>». [Consultado el 19 de septiembre de 2021].

³⁷ Proyecto de la Cámara de Representantes 1654, de 18 de junio de 2018, 3ª Sesión Ordinaria, 18ª Asamblea Legislativa. Disponible en: «<https://sutra.oslpr.org/osl/esutra/MedidaReg.aspx?rid=124126>». [Consultado el 19 de septiembre de 2021].

expresa, sin excepciones, a la contratación privada con el cuerpo humano, por lo que se criminalizaría la reproducción por subrogación.³⁸

La consideración de la reforma del Código Civil se detuvo por unos meses y finalmente fue aprobada por el Senado de Puerto Rico con enmiendas al Proyecto Sustitutivo de la Cámara, incluidas las antes referidas. Finalmente fue aprobado por la conferencia legislativa, la gobernadora en funciones lo firmó y se convirtió en la Ley 55 de 1 junio de 2020. El nuevo Código Civil de Puerto Rico entró en vigor el 28 de noviembre de 2020 y reconoce la "maternidad subrogada". Ello representa una victoria para quienes promueven el derecho a acceder a la reproducción por subrogación, aunque limitada e incompleta.

No obstante, iniciada la implantación del Código Civil 2020 con una Asamblea Legislativa nueva y diversa, resultado de las elecciones celebradas el 3 de noviembre de 2020, volvió a la carga el sector conservador fundamentalista, que se organizó en un partido religioso-fundamentalista llamado Proyecto Dignidad y logró colocar a una persona en el Senado de Puerto Rico y otra en la Cámara de Representantes. La senadora de dicho sector, quien se autodefine como abogada canónica, presentó el Proyecto del Senado 196 de 18 de febrero de 2021 para enmendar los artículos 76 y 77 de la Ley 55-2020, conocida como el Código Civil de Puerto Rico. Su propuesta tiene el propósito de "prevenir la trata humana en cuanto a la comercialización de órganos, células, tejidos, sangre, plasma, gametos, embriones y maternidad subrogada". Además, propone establecer que: "[n]inguna persona podrá recibir remuneración económica por *órganos*, tejidos, sangre, plasma, gametos, embriones o maternidad subrogada".³⁹ La exposición de motivos de esa medida indica que

³⁸ Senado de Puerto Rico, Informe de la Delegación del Partido Popular Democrático, Sustitutivo de la Cámara al Proyecto de la Cámara de Representantes 1654, 3 de abril de 2020, pp. 4-5. Disponible en: «<https://sutra.oslpr.org/osl/esutra/MedidaReg.aspx?rid=124126>». [Consultado el 19 de septiembre de 2021].

³⁹ Proyecto del Senado 196 de 18 de febrero de 2021, Estado Libre Asociado de Puerto Rico, 19ª Asamblea Legislativa, 1ª Sesión Ordinaria.

responde al interés de proteger a las mujeres vulnerables de la posible explotación mediante la mercantilización de sus cuerpos. Cabe señalar que ese problema no existe ni se ha documentado en Puerto Rico.

Realmente, lo que persigue esa propuesta es llevar nuevamente al Código Civil la criminalización de la reproducción por subrogación y limitar la libertad de contratación en ese campo. De aprobarse tendría un serio impacto sobre los procesos de reproducción por subrogación, pues no define el concepto remuneración, de manera que no provee criterios para determinar si incluye la compensación a la persona gestante por las necesidades y gastos que le genere el proceso, tales como transportación, alimentación, gastos médicos, salarios dejados de percibir, ropa de maternidad, cuidado de niños. Dicho proyecto no se ha sometido a discusión pública hasta el presente.

II. Propuestas legislativas para el reconocimiento de la reproducción por subrogación

No todos los esfuerzos y proyectos de ley presentados ante la Asamblea Legislativa de Puerto Rico responden a ese ánimo prohibitivo del sector religioso-fundamentalista. Antes de la aprobación del Código Civil en 2020, en 1997 se había establecido la Comisión Conjunta Permanente para la Revisión y Reforma del Código Civil de Puerto Rico, mediante la Ley 85, del 16 de agosto de 1997. Los trabajos de la Comisión se iniciaron en febrero de 1998; ésta presentó a la comunidad y discutió en vistas legislativas públicas, celebradas en 2007, borradores de todos los libros del Código Civil, incluido el relativo a las relaciones familiares.⁴⁰ Éste proponía el reconocimiento de la reproducción por subrogación y procedimientos detallados para reglamentar los procesos, la contratación y la filiación. En el memorial explicativo que acompañó al borrador se

⁴⁰ Figueroa Torres, Marta, "Crónica de una ruta iniciada: el proceso de revisión del Código Civil de Puerto Rico", *Rev. Jur. U.I.P.R.*, 35, 2001, p. 491; Figueroa Torres, Marta, "Crónica de una ruta iniciada: los borradores del Código Civil de Puerto Rico", *Rev. Jur. U.I.P.R.*, 40, 2006, p. 419.

planteaba que la reglamentación de esos asuntos era necesaria, ya que los tribunales del país tenían que lidiar con las controversias en ausencia de normativa clara al respecto. El borrador, sin embargo, no llegó siquiera a convertirse en un proyecto de ley debido al revuelo que causaron éstas y otras disposiciones innovadoras. Se acercaba el periodo eleccionario de 2008 y el partido que ganó las elecciones decidió terminar con los trabajos de la Comisión, sin presentar la propuesta de reforma como un todo. La reforma del Código Civil se retomó posteriormente con los resultados que hemos reseñado, incompletos para el tema de la reproducción por subrogación.

Hubo otros intentos de reglamentar la práctica de la reproducción por subrogación. El Proyecto de la Cámara de Representantes 1766 de 7 de septiembre de 2018 proponía "crear la Ley para la Reglamentación de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida; establecer prohibiciones; determinar la filiación de las personas nacidas como producto de estas técnicas y otros fines relacionados."⁴¹ Además contenía reglas sobre la reproducción *post mortem*.⁴² Los vaivenes de la política partidista y el impacto del sector conservador-fundamentalista descarriló la posibilidad de que este asunto se atendiera en el periodo 2007-2008, y 10 años después, en 2018, mediante el Proyecto de la Cámara de Representantes 1766. Las tensiones entre estos dos sectores de la sociedad puertorriqueña no sólo han afectado los procesos legislativos sobre la reproducción asistida, sino también han tenido impacto serio en la incorporación de la perspectiva de género en el currículo escolar, la prohibición de las terapias de conversión utilizadas para desalentar los procesos transicionales de las personas trans y las medidas y acercamientos para prevenir e intervenir con la violencia de género.⁴³

⁴¹ Gobierno de Puerto Rico, Cámara de Representantes, Proyecto de la Cámara de Representantes 1766, 18ª Asamblea, 4ª Sesión Legislativa Ordinaria de 7 de septiembre de 2018. Disponible en: «<https://sutra.oslpr.org/osl/esutra/MedidaReg.aspx?rid=128112>».

⁴² *Ibidem*, sección quinta: "Maternidad subrogada" y sección sexta: "Reproducción *post mortem*", pp. 9-11.

⁴³ Véase Martínez-Rivera, Carlos, *op. cit.*; Fernós, M. D., "El derecho, los mecanismos del Estado y el partidismo en la incorporación de la equidad de género en el sistema escolar público (1974-2015),

F. Paternidad o maternidad Legal

El Registro Demográfico, adscrito al Departamento de Salud de Puerto Rico, tiene a su cargo, por mandato de la Ley Núm. 24 del 22 de abril de 1931, según enmendada, la inscripción de los eventos vitales tales como nacimientos, defunciones, matrimonios, divorcios, adopciones, filiación, cambios de nombres y otros asuntos relacionados con los eventos vitales de las personas. El Registro Demográfico ha informado que durante los últimos años ha recibido a parejas que solicitan que se valide un contrato de reproducción subrogada para la inscripción de la criatura nacida. Debido a que no existe normativa en torno a este asunto, el personal del Registro señala a las parejas que cuando la mujer que ha parido a la criatura no tiene vínculo genético con ésta, el contrato de subrogación tiene que pasar por la verificación y validación del tribunal y que éste ha de emitir una orden al Registro Demográfico para la inscripción de la o el menor.

Si se trata de una situación en que la mujer que da luz a la criatura tiene vínculo genético con ésta, el proceso que se debe seguir es el de adopción.⁴⁴ Los procesos de adopción en Puerto Rico están altamente reglamentados, requieren la intervención del Departamento de la Familia, de los procuradores de familia y de un tribunal, así como la terminación de la filiación de los progenitores biológicos o, en el caso de la subrogación,

Rev. Jur. U.I.P.R., 31, 2014-2015; Vicente, Esther, "Sexo, género y sexualidad en la adjudicación de controversias constitucionales" en *Derecho constitucional en el Caribe género, sexualidad y raza*, San Juan, Inter-Mujeres, 2015, pp. 44-55; Burgos Rosado, E., "Todas las vidas valen. ¿Por qué si matan más hombres que mujeres debemos pensar que hay una emergencia por la violencia contra la mujer?", *El Nuevo Día*, sección *Punto de vista*, de 4 de diciembre de 2020 (el autor aborda el debate en torno a si la declaración de un estado de emergencia por la violencia de género es o no pertinente); Fontanet Rodríguez, Claudia, "¿Estado de emergencia inclusivo?", *El Nuevo Día*, sección *Punto de Vista*, 8 de diciembre de 2020; Román, Madeline, "La importancia de los apellidos de la violencia", *El Nuevo Día*, sección *Punto de Vista*, 7 de diciembre de 2020; Gobierno de Puerto Rico, Senado de Puerto Rico, 18ª Asamblea, 6ª Sesión Legislativa Ordinaria, Proyecto del Senado 1349, de 23 de agosto de 2019, pp. 3-4; Gobierno de Puerto Rico, Senado de Puerto Rico, 18ª Asamblea, 7ª Sesión, Legislativa Ordinaria, Informe Negativo Proyecto del Senado 1349 de 11 de febrero de 2020, pp. 6-7.

⁴⁴ Memorial Explicativo sobre el Proyecto de la Cámara de Representantes 577, del Departamento de Salud de Puerto Rico, presentado el 28 de abril de 2021, p. 2.

de la progenitora con vínculo genético con la criatura o el consentimiento de ésta a la adopción y su renuncia a la patria potestad. Esta situación crea inestabilidad, tensiones y costos económicos y de tiempo para todas las partes participantes en el proceso que afectan muy particularmente a las criaturas nacidas por este medio.

I. Una controversia ante la judicatura

El 6 de febrero de 2020 la comunidad jurídica del país se topó con la opinión judicial emitida en el caso *Melissa P.R. v. Sasha M.L.R., Jason J.R.L.; Luis N.R.; por sí y en representación del menor de edad E.N.*⁴⁵ Éste fue resuelto por el Tribunal de Apelaciones de Puerto Rico, un tribunal intermedio entre el Tribunal de Primera Instancia y el Tribunal Supremo, que se constituye en paneles de tres integrantes, quienes emiten una determinación por mayoría. Las opiniones del Tribunal de Apelaciones no sientan precedente, contrario a lo que ocurre con las opiniones del Tribunal Supremo de Puerto Rico; sin embargo, resaltan la importancia de la controversia planteada por las partes que hacen el esfuerzo y la inversión de tiempo y recursos económicos para lidiar con las controversias que genera el vacío legal sobre la reproducción asistida y la subrogada particularmente.

El Tribunal se limitó a resolver si se puede sustituir el apellido de la madre biológica y gestante de un menor por el de la madre intencional, quien realizó un reconocimiento voluntario a través de dos declaraciones juradas, sin que mediara un proceso de adopción. En 2014, Luis y Melissa, puertorriqueños residentes en el estado de Florida, contrajeron matrimonio. A Melissa, quien era madre de un niño, se le había realizado una histerectomía total. La pareja deseaba tener descendencia y ante la imposibilidad de concebir biológicamente, Sasha, residente en Puerto Rico y

⁴⁵ *Pérez Rodríguez v. López Rodríguez*, KLAN201900435, 2020 PR App. LEXIS 397, (TA PR 2020). Disponible en: «<https://dts.poderjudicial.pr/ta/2020/KLAN201900435-06022020.pdf>». [Consultado el 19 de septiembre de 2021].

hermana de vínculo sencillo por vía materna de Melissa, ofreció a la pareja someterse a un procedimiento de reproducción por subrogación. La aportación de los gametos masculino y femenino procederían del material genético de Luis y de Sasha, esposo y media hermana de Melissa, respectivamente.

El procedimiento se llevó a cabo en Puerto Rico. El 30 de septiembre de 2015 Sasha suscribió el documento "Consentimiento, exoneración y relevo de responsabilidad por donante para el uso de sus óvulos", en el que accedió a que se le extrajeran óvulos con el *único* propósito de ser usados para fertilizarlos y luego transferirlos a su útero. El documento consignaba su renuncia a todo derecho "legal, moral, filosófico, patrimonial, filial, de custodia, sentimental emocional o divino" que pudiese tener sobre las muestras y sobre la criatura humana que las muestras pudiesen engendrar en el futuro. También, su renuncia a reclamar cualquier derecho contra el equipo médico responsable por el proceso de reproducción asistida o quienes usaran las muestras.

El 7 de octubre de 2015 Melissa y Luis suscribieron el documento titulado "Consentimiento para fertilización in-vitro con donante femenina conocida". Éste disponía que el embrión de la donante sería transferido a Sasha, quien lo firmó en calidad de testigo. Posteriormente, el 28 de octubre de 2015, Sasha suscribió otro documento, titulado "Consentimiento, exoneración y relevo de responsabilidad por recipiente de embriones, gestadora o madre subrogada tradicional", el cual indicaba que no era un acuerdo legal entre quienes lo suscribieron; Luis y Melissa afirmaron como padre y madre intencionales y todos reiteraron el propósito de que la criatura engendrada con espermatozoides del padre intencional y óvulos de Sasha, quien lo gestaría en su vientre, se entregaría a los padres intencionales, independientemente de quien aportara los gametos.

El 11 de julio de 2016 nació la criatura, en Puerto Rico, identificada como E. N. Ese mismo día, Luis y Melissa suscribieron una declaración jurada conjunta en la que reconocieron voluntariamente a E. N. como su

hijo. Acudieron a la oficina central del Registro Demográfico de Puerto Rico; allí la funcionaria que les atendió anotó en el renglón de madre el nombre de Sasha, pero inscribió al menor con los dos apellidos de Luis. Inconformes con la acción de la funcionaria, la pareja instó una acción legal ante el Tribunal de Primera Instancia requiriendo se ordenara al Registro Demográfico aceptar el reconocimiento voluntario de Melissa e inscribir al menor con los apellidos de Luis y Melissa. El Tribunal de Primera Instancia emitió una sentencia a favor de la pareja y ordenó al Registro Demográfico inscribir al menor con los apellidos de Luis y Melissa. El Registro Demográfico apeló la determinación judicial y Sasha solicitó intervenir. Entonces, tanto Sasha como Luis plantearon en sendos escritos que estaban de acuerdo en que se llevara a cabo un proceso de adopción y rechazaron el proceso de reconocimiento voluntario refrendado por el Tribunal de Primera Instancia. El 9 de febrero de 2017 un panel del Tribunal de Apelaciones revocó el dictamen apelado por falta de parte indispensable por entender que Sasha y su esposo debieron ser parte del proceso ante el Tribunal de Primera Instancia y determinó que carecía de jurisdicción para entender en el recurso apelativo planteado.

Mientras tanto, el 25 de enero de 2017, Luis y Sasha, en tanto progenitores biológicos de E. N., instaron una demanda de custodia contra Melissa. Además solicitaron al Registro Demográfico que inscribiera al menor con sus apellidos. El Registro Demográfico expidió un segundo certificado de nacimiento del menor E. N. El pleito de custodia se tornó académico, puesto que el menor fue entregado por Melissa al padre biológico, Luis, por orden de una corte del estado de Florida. Posteriormente Sasha y Luis suscribieron un acuerdo de custodia compartida.

En Puerto Rico rige la norma que establece que la maternidad se determina por el parto y la presunción de filiación marital que establece que el hijo de una mujer casada se presume hijo del marido. Inicialmente la pareja de progenitores intencionales trató de inscribir a la criatura con sus apellidos, para lo que utilizaron los documentos otorgados privadamente en el ejercicio de la autonomía de la voluntad y guiados por las

normas que siguen los centros que proveen servicios de reproducción por subrogación. Dichos documentos no estaban sustentados por reglamentación jurídica específica ni formaban parte de la normativa que rige la inscripción de nacimientos en el Registro Demográfico.⁴⁶ Por esta razón, la pareja confrontó las limitaciones reseñadas; los documentos otorgados en el contexto de los servicios médicos no se consideraron legalmente vinculantes.

El 16 de julio de 2018, Melissa presentó una demanda de sentencia declaratoria y solicitud de remedio urgente contra Luis y Sasha ante el Tribunal de Primera Instancia de Puerto Rico. Alegó que el artículo 113 del Código Civil, vigente entonces, adolecía de inconstitucionalidad porque permitía a un hombre reconocer a recién nacido o nacida aunque no fuera el padre biológico, pero le negaba ese derecho a una mujer. Planteó además que a Luis le permitieron inscribir al menor E. N. como su hijo, pero a ella el Registro Demográfico le exigió llevar a cabo un procedimiento formal de adopción. Planteó que ello constituía un trato diferenciado por razón de género e inconstitucional al amparo de la Constitución de Puerto Rico. El Estado compareció al pleito porque se cuestionaba la validez constitucional de un estatuto y planteó que una mujer podía hacer un reconocimiento voluntario. Sasha, al contestar la demanda, aceptó que sus intenciones iniciales eran ceder la criatura al disuelto matrimonio de Melissa y Luis. Sin embargo, narró que Melissa cambió su conducta y suspendió todo tipo de comunicación con ella, por lo que decidió reconocer al menor E. N., pues era su derecho como madre biológica. Además, expresó que el acuerdo que invocó Melissa era inhumano y contrario al bien público. Luis, ahora exesposo de Melissa, respondió a la demanda alegando que los documentos de la clínica sólo eran consentimientos médicos.

⁴⁶ Véase Ley del Registro Demográfico de Puerto Rico, Ley 24, de 22 de abril de 1931, según enmendada, 24 LPRA sec. 1041 y ss.

Melissa, entonces, presentó al Tribunal una Moción de Sentencia Sumaria amparándose en la aceptación por parte del Estado de que la Ley del Registro Demográfico permitía a una mujer reconocer voluntariamente a un menor mediante una declaración jurada al efecto, y afirmó que ello era suficiente para proceder con la inscripción. Sasha y su marido, quien ahora era parte del pleito, así como Luis, se opusieron a la solicitud de Melissa. Luis planteó que poco después del nacimiento del menor, dada la conducta mostrada por su exesposa, en alegada contravención a los intereses del menor, apoyó la determinación de Sasha de reclamar sus derechos como madre biológica y compartir la custodia y patria potestad del menor con ella. El Tribunal de Primera Instancia declaró con lugar la solicitud de Melissa y ordenó al Registro Demográfico inscribir al menor con los apellidos de ella y su exesposo.⁴⁷

Luis presentó una apelación de la sentencia emitida por el Tribunal de Primera Instancia y Sasha presentó, junto a su esposo, un recurso de apelación. El Tribunal de Apelaciones consolidó ambos recursos y recurrió al derecho vigente en Puerto Rico sobre la filiación e indicó en su opinión que el ordenamiento jurídico reconoce dos tipos de filiación, la natural y la adoptiva; que se manifiesta por dos tipos de realidades, la biológica y la jurídica. Recurrió al artículo 113 del Código Civil —vigente a febrero de 2020—, que establecía unas presunciones controvertibles tanto de la filiación paterna como de la materna, cuyo contenido se había enmendado mediante la Ley Núm. 215-2009, del 29 de diciembre de 2009, y disponía que "El parto determina la maternidad".⁴⁸

El Tribunal entendió que la presunción de maternidad del artículo 113 es diáfana al atribuir al hecho del parto la presunción del vínculo mater-

⁴⁷ *Pérez Rodríguez v. López Rodríguez*, KLAN201900435, 2020 PR App. LEXIS 397, (TA PR 2020), pp. 19-20. Disponible en: «<https://dts.poderjudicial.pr/ta/2020/KLAN201900435-06022020.pdf>». [Consultado el 19 de septiembre de 2021].

⁴⁸ El artículo 567 del Código Civil de 2020 establece la misma presunción, excepto en casos de maternidad subrogada en los que la persona gestante no tenga vínculo genético con la criatura y desde el principio su intención original fuere llevar el embarazo a término para otra persona.

no filial; probado el hecho del parto y la identidad de la criatura, la relación materno filial está libre de ambigüedades. Sólo se puede impugnar en los supuestos de simulación de parto o sustitución inadvertida de la criatura. A pesar de reconocer que los avances de la medicina y la ciencia imponen la necesidad de reexaminar las normas sobre filiación, afirmó que el vacío jurídico no puede suplirse con acuerdos privados, verbales o escritos carentes de oponibilidad jurídica, ni fundarse en un anhelo de ser madre o padre ajeno a toda regulación estatal.⁴⁹ Además, señaló que aunque en la jurisdicción los contratos de "maternidad subrogada" no están expresamente prohibidos, la exigibilidad de los derechos de las personas involucradas no es irrestricta. Concluyó que la forma reconocida por el derecho actual para advenir como madre legal de un menor procreado por subrogación, biológicamente vinculado con otra mujer que lo gestó y alumbró, es el procedimiento de adopción. Indicó que la Ley de Adopción provee para la aceptación de la renuncia voluntaria de las madres biológicas y la realización de acuerdos de adopción entre éstas y los adoptantes intencionales; sin embargo, indicó, estos acuerdos no pueden vulnerar el derecho de la madre biológica y gestante a dejarlos sin efecto y a retractarse de entregar a la criatura. Los acuerdos de adopción, acotó, deben ser escritos y debidamente juramentados ante notario y contener una cláusula de retracto de la renuncia a la maternidad previa al nacimiento de la criatura por parte de la madre biológica.⁵⁰

En consecuencia, el Tribunal de Apelaciones determinó que era ineludible reconocer la existencia de una madre biológica y gestante, que nunca se sujetó a formalidad alguna para renunciar a sus prerrogativas sobre su criatura y ejecutó su derecho de retracto, por lo que ostentó la patria

⁴⁹ *Pérez Rodríguez v. López Rodríguez*, KLAN201900435, 2020 PR App. LEXIS 397, (TA PR 2020), p. 56 (citas omitidas). Disponible en: «<https://dts.poderjudicial.pr/ta/2020/KLAN201900435-06022020.pdf>». [Consultado el 19 de septiembre de 2021].

⁵⁰ Basado en la Ley de Reforma Integral de Procedimientos de Adopción de 2009, Ley 186-2009, 8 LPRA sec. 1051 et seq., derogada pero vigente a la fecha del nacimiento de E.N., y en la actual Ley de Adopción de Puerto Rico, Ley 61-2018, 8 LPRA sec. 1081 et seq.

potestad sobre el menor, aun cuando no hubo tenencia física durante el primer año de vida.⁵¹ Por estas razones, revocó la sentencia del Tribunal de Primera Instancia. Esa sentencia fue apelada al Tribunal Supremo, por lo que no terminó la saga del caso sobre el menor E. N. El caso reciente resuelto por el Tribunal Supremo, comentado al inicio de este escrito, tampoco atiende el dilema de las madres intencionales en situaciones de reproducción por subrogación cuando la persona gestante aporta material genético al proceso, lo que implica que para lograr la inscripción de su maternidad sólo podrán hacer un proceso de adopción.⁵²

G. Acuerdos de gestación por subrogación

I. Acuerdos de gestación por subrogación, derecho vigente al año 2021

El ordenamiento jurídico de Puerto Rico, conforme al Código Civil que entró en vigor el 28 de noviembre de 2020, reconoce el derecho a recurrir a la reproducción por subrogación. Sin embargo, deja al arbitrio de la autonomía de la voluntad y de las operaciones de la Ley de Adopción las situaciones en que la persona gestante tiene vínculos genéticos con la criatura. Deja, además, en manos de la persona gestante la decisión de hacer realidad la entrega de la criatura a los progenitores intencionales.⁵³ No se acogió la sugerencia de incorporar al ordenamiento jurídico una presunción específica a favor de los progenitores intencionales propuesta desde 2007.⁵⁴

⁵¹ *Pérez Rodríguez v. López Rodríguez*, KLAN201900435, 2020 PR App. LEXIS 397, (TA PR 2020), p. 57 (citas omitidas). Disponible en: «<https://dts.poderjudicial.pr/ta/2020/KLAN201900435-06022020.pdf>». [Consultado el 19 de septiembre de 2021].

⁵² *RPR & BJJ*, ex parte, 2021 TSPR (Tribunal Supremo de Puerto Rico) 83, 201 DPR (Decisiones de Puerto Rico) (2021).

⁵³ Artículos 76, 556, 567 y 570 del Código Civil de Puerto Rico de 2020, citados al inicio de este escrito.

⁵⁴ Sánchez de Brasero, Linette, "Determinación filial basada en el bienestar del menor ante vínculos genéticos, gestacionales e intencionales", *Rev. Jur. U.I.P.R.*, 499, 2007, p. 506.

Al inicio de este escrito, comentamos el alcance de la reforma del Código Civil aprobada en junio de 2020 y cómo meramente abrió las puertas al reconocimiento de la procreación asistida al mencionarla en el artículo 556 como uno de los tipos de filiación. El artículo 567, aunque repite la norma de que el parto determina la maternidad, reconoce que dicha filiación no opera en casos de "maternidad subrogada en los cuales la mujer gestante no tiene vínculo genético alguno con el hijo (*sic*) que se desprende de su vientre y desde un principio su intención original fue llevar el embarazo a término para otra persona", y el artículo 570 reconoce la capacidad para impugnar la maternidad a la "madre intencional subrogada". ¿Son estos cambios suficientes para atender las controversias y aspectos legales que puede generar la reproducción asistida? No.

II. Nueva propuesta legislativa para reglamentar los acuerdos de reproducción por subrogación

En respuesta a la limitada atención provista por la reforma del Código Civil de Puerto Rico 1 del junio de 2020, se ha presentado el Proyecto de la Cámara de Representantes 577, del 10 de marzo de 2021,⁵⁵ que persigue crear una ley sobre acuerdos de reproducción por subrogación. A pesar de los encomiables propósitos del proyecto, adolece de los siguientes problemas: utiliza lenguaje sexo-específico; refiere "maternidad subrogada" en lugar del concepto más amplio de reproducción por subrogación; señala la "madre gestante", no la persona gestante; separa la "maternidad subrogada tradicional" —en que la mujer tiene vínculo genético— de la "maternidad subrogada gestacional" —situación en que no lo tiene—; indica que en el caso de la "maternidad subrogada tradicional" opera la Ley de Adopción de Puerto Rico para lidiar con la filiación,

⁵⁵ Proyecto de la Cámara de Representantes 577, 19ª Asamblea Legislativa, 1ª Sesión Ordinaria, 10 de marzo de 2021, para crear la Ley de Acuerdos de Subrogación Gestacional.

y confiere poder al cónyuge de la mujer gestante para rescindir el acuerdo.⁵⁶

Además, el Proyecto incluye propuestas dirigidas a generar estándares consistentes y salvaguardas procesales para la protección de todas las partes en un acuerdo de subrogación gestacional; establecer requisitos de elegibilidad; que la intención de las partes determinará las relaciones filiales; exigir el consentimiento informado de todas las partes sobre los procedimientos médicos y orientación legal separada e independiente antes de comenzar el procedimiento de reproducción asistida; permitir el pago de los gastos razonables en que incurra la "subrogada", que será responsabilidad de los padres intencionales; disponer que los acuerdos consten por escrito y sean pactados antes de comenzar cualquier procedimiento médico; establecer que los progenitores intencionales serán responsables por el costo de honorarios de abogado para la orientación de la persona gestante y cualquier procedimiento judicial necesario; disponer un proceso judicial especial previo al nacimiento de la criatura, la celebración de una vista para evaluar el acuerdo y su cumplimiento por las partes dentro de los 15 días posteriores a la presentación de la petición, y la emisión de una orden dentro de los 30 días después de presentada la solicitud sobre los aspectos requeridos por ley; entre otros.

Entre la comunidad jurídica, el sector médico que ofrece los servicios de reproducción por subrogación y las agencias gubernamentales concernidas se ha manifestado apoyo a este proyecto de ley,⁵⁷ aunque se han recomendado cambios. Los médicos recomiendan que no se establezca un

⁵⁶ Esta última disposición, de convertirse en ley, sería inconstitucional en cuanto a que da facultad al cónyuge de la mujer de tomar una decisión sobre sus derechos reproductivos y contractuales en violación a sus derechos a la dignidad, la libertad, la intimidad y la igualdad.

⁵⁷ Al final del mes de mayo de 2021 habían presentado escritos en apoyo a la medida con sugerencias de enmiendas: Colegio de Médicos Cirujanos de Puerto Rico; Departamento de Justicia de Puerto Rico; Linette Sánchez, J.D.; Nabal J. Bracero, MD, FACOG-Presidente de la clínica PROGYN, Inc. y del Capítulo de Obstetricia y Ginecología del Colegio de Médicos Cirujanos de Puerto Rico, Catedrático auxiliar Escuela de Medicina de la Universidad de Puerto Rico y Tesorero del Distrito IV del Colegio Americano de Obstetras Ginecólogos (ACOG); Comisión de Derecho de Familia del Colegio de Abogados y Abogadas de Puerto Rico; Dra. Carmen Ana González Magaz, Secretaria del

reglamento sobre las evaluaciones médicas y psicológicas de las personas participantes en los procesos; enmendar la disposición para prohibir la retractación después de la transferencia de embriones y eliminar el establecimiento de un registro sobre los procedimientos.

Las agencias gubernamentales recomiendan incluir entre los requisitos de elegibilidad para la "madre subrogada" que haya tenido embarazos exitosos anteriores; establecer claramente el deber de los "padres intencionales" de iniciar el procedimiento judicial especial propuesto antes del nacimiento; modificar la prohibición de toda compensación económica para que se permita el pago de una compensación opcional, por acuerdo entre las partes, luego del nacimiento de la criatura por concepto de los riesgos, molestias físicas, inconveniencia y responsabilidades asumidas, y que se incorporen normas en el Registro Demográfico para poder inscribir niños y niñas nacidos mediante la subrogación gestacional y la tradicional.

III. Elegibilidad para la gestación por subrogación

Aún no hay legislación en Puerto Rico sobre los criterios para elegir a las personas que actúan como gestantes. Evidencia anecdótica que surge de los casos atendidos en los tribunales y de testimonios presentados en vistas legislativas revela que se tiende a utilizar a mujeres familiares de los progenitores intencionales. No hay investigación sobre sus características ni sus razones para participar en los procesos de reproducción por subrogación. Las clínicas que ofrecen los servicios, como hemos indicado, utilizan las guías de entidades profesionales para hacer las evaluaciones y determinaciones de elegibilidad. El Proyecto de la Cámara de Representantes 577, de ser aprobado, establecería criterios de elegibilidad tanto para la persona gestante como para los progenitores intencionales.

Departamento de la Familia de Puerto Rico; Carlos Mellado López, MD, Secretario del Departamento de la Salud de Puerto Rico.

IV. Derechos de los y las menores de edad

En Puerto Rico rige el criterio del mejor bienestar e interés del menor que siguen los tribunales y las agencias gubernamentales al hacer determinaciones sobre asuntos relacionados con menores de edad. Como es posible comprobar en el caso comentado, mientras no se legisle específicamente sobre la materia, los tribunales utilizan las reglas generales sobre filiación que descansan en el vínculo biológico y el parto para establecer los derechos de patria potestad y custodia.

V. Agencias y criminalización

No contamos con información sobre la existencia o el papel de las agencias intermediarias en Puerto Rico. Los esfuerzos de criminalización de la reproducción por subrogación no han prosperado.

VI. Acuerdos internacionales de gestación por subrogación

El Departamento de Salud no tiene datos públicos sobre los acuerdos de gestación por subrogación y la página web de los CDC no nos permite determinar este dato. Es de conocimiento general que artistas conocidos que residen en Puerto Rico han tenido prole mediante reproducción por subrogación fuera del país. De otra parte, a Puerto Rico acuden con frecuencia personas de otras islas del Caribe hispano y angloparlante a recibir servicios de salud de diversa índole, por lo que no sería extraño que también recibieran los servicios de reproducción por subrogación.

H. Conclusión

El proceso en torno a las normas jurídicas dirigidas a reconocer y reglamentar de manera específica la reproducción por subrogación en Puerto Rico demuestra el impacto de las condiciones históricas y políticas en el desarrollo del derecho. Contamos en el país con la ciencia, la medicina,

y las organizaciones defensoras de los derechos humanos y de los derechos de las mujeres, profesionales del derecho y miembros de la legislatura y de la judicatura conscientes de la falta que hace atemperar el derecho a los avances científicos. Como ha ocurrido en varios estados de Estados Unidos y países de la región caribeña y latinoamericana, el sector conservador-fundamentalista ha logrado paralizar, achicar o neutralizar los avances en la normativa. El futuro del proyecto para reglamentar los acuerdos de reproducción por subrogación demostrará si el balance de fuerzas entre los sectores políticos y cívicos continúa abriendo camino al cambio necesario para asegurar la garantía eficaz de los derechos reproductivos, constitucionales y fundamentales relacionados a la reproducción por subrogación.

Bibliografía

Burgos Rosado, E., "Todas las vidas valen. '¿Por qué si matan más hombres que mujeres debemos pensar que hay una emergencia por la violencia contra la mujer'", *El Nuevo Día*, sección *Punto de vista*, de 4 de diciembre de 2020.

Centers for Disease Control and Prevention, "National Data". «Disponible en: «https://nccd.cdc.gov/drh_art/rdPage.aspx?rdReport=DRH_ART.ClinicInfo&rdRequestForward=True&ClinicId=9999&ShowNational=1». [Consultado el 19 de septiembre de 2021].

Centers for Disease Control and Prevention, "Puerto Rico Clinics". Disponible en «https://nccd.cdc.gov/drh_art/rdPage.aspx?rdReport=DRH_ART.ClinicsList&SubTopic=&State=PR». [Consultado el 19 de septiembre de 2021].

Chemerinsky, Erwin, *Constitutional Law*, 6a. ed, Nueva York, Wolters Kluwer, 2020.

Fernós, M. D., "El derecho, los mecanismos del Estado y el partidismo en la incorporación de la equidad de género en el sistema escolar público (1974-2015)", *Rev. Jur. U.I.P.R.*, 31, 2014-2015.

Figueroa Torres, Marta, "Crónica de una ruta iniciada: el proceso de revisión del Código Civil de Puerto Rico", *Rev. Jur. U.I.P.R.*, 35, 2001

Figueroa Torres, Marta, "Crónica de una ruta iniciada: los borradores del Código Civil de Puerto Rico", *Rev. Jur. U.I.P.R.*, 40, 2006.

Fontanet Rodríguez, Claudia, "¿Estado de emergencia inclusivo?", *El Nuevo Día*, sección *Punto de Vista*, 8 de diciembre de 2020.

Gobierno de Puerto Rico, Cámara de Representantes, Proyecto de la Cámara de Representantes 1766, 18ª Asamblea, 4ª Sesión Legislativa Ordinaria de 7 de septiembre de 2018. Disponible en: «<https://sutra.oslpr.org/osl/esutra/MedidaReg.aspx?rid=128112>».

Labadie, Glenda, "Bioética y derecho de familia: acotaciones y clareos acerca de la gravidez subrogada", *Rev. Jur. U.P.R.* 76, 2007, pp. 1291, 1299.

Martínez-Rivera, Carlos, "Grupos de presión religiosos y su influencia sobre la reforma del Código Civil de Puerto Rico", *Rev. Jur. U.P.R.* 263, 2012, pp. 273-276.

Proyecto de la Cámara de Representantes 1654, de 18 de junio de 2018, 3ª Sesión Ordinaria, 18ª Asamblea Legislativa. Disponible en: «<https://sutra.oslpr.org/osl/esutra/MedidaReg.aspx?rid=124126>». [Consultado el 19 de septiembre de 2021].

Román, Madeline, "La importancia de los apellidos de la violencia", *El Nuevo Día*, sección *Punto de Vista*, 7 de diciembre de 2020.

Sánchez de Brasero, Linette, "Determinación filial basada en el bienestar del menor ante vínculos genéticos, gestacionales e intencionales", *Rev. Jur. U.I.P.R.*, 499, 2007, p. 506.

Senado de Puerto Rico, Informe de la Delegación del Partido Popular Democrático, Sustitutivo de la Cámara al Proyecto de la Cámara de Representantes 1654, 3 de abril de 2020, pp. 4-5. Disponible en: «<https://sutra.oslpr.org/osl/esutra/MedidaReg.aspx?rid=124126>». [Consultado el 19 de septiembre de 2021].

Serrano Geyls, Raúl, *Derecho constitucional de Estados Unidos y Puerto Rico*, v. II, San Juan, Programa Educación Jurídica Continuada, Universidad Interamericana de Puerto Rico, 1988.

U.S. Department of Health and Human Services Food and Drug Administration Center for Biologics Evaluation and Research, "Eligibility Determination for Donors of Human Cells, Tissues, and Cellular and Tissue-Based Products (HCT/Ps)", agosto de 2007.

Vicente, Esther, "El derecho de las familias en el Puerto Rico del siglo XX y principios del XXI", en *El derecho en clave histórica: Ensayos sobre el ordenamiento jurídico puertorriqueño*, San Juan, InterJuris, 2014.

Vicente, Esther, "Sexo, género y sexualidad en la adjudicación de controversias constitucionales" en *Derecho constitucional en el Caribe género, sexualidad y raza*, San Juan, Inter-Mujeres, 2015.