

P. DEL S. 1568, ¿QUÉ VINO PRIMERO, LA SOLUCIÓN O EL PROBLEMA?: ANÁLISIS Y PROPUESTAS PARA LA NO CRIMINALIZACIÓN DE LA REPRODUCCIÓN ASISTIDA Y LA SUBROGACIÓN DE VIENTRES DENTRO DE LA JURISDICCIÓN DEL ESTADO LIBRE ASOCIADO DE PUERTO RICO*

PONENCIA

RAFAEL E. GONZÁLEZ RAMOS**

Introducción	321
I. Discusión y propuesta	323
Conclusión	327

INTRODUCCIÓN

ANTES QUE TODO, AGRADECEMOS LA OPORTUNIDAD QUE LA COMISIÓN DE LO Jurídico Penal del Senado de Puerto Rico, presidida por el Senador José E. González Velázquez, nos ofrece para expresar nuestra inquietud sobre el Proyecto del Senado 1568.¹ Dicho Proyecto, presentado por la senadora Lucy Arce, busca criminalizar en Puerto Rico:

[L]a utilización de las técnicas de reproducción asistida para procrear embriones humanos que no tendrán un padre y una madre biológicos de identidad conocida al momento del nacimiento; . . . 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 compra-venta de gametos, cigotos, embriones y alquiler de vientres.²

Como argumentos para respaldar las prohibiciones antes señaladas, el proyecto señala que:

* Versión modificada de la ponencia original presentada a la Comisión de lo Jurídico Penal el 29 de septiembre de 2010. Para el original, véase <http://www.oslpr.org/2009-2012/ponencias/C2KXBV1U.pdf>.

** Estudiante de tercer año, sección nocturna, de la Escuela de Derecho de la Universidad de Puerto Rico. Miembro del Cuerpo de Editores del University of Puerto Rico Business Law Journal (UPR-BLJ).

¹ P. del S. 1568, 16ta Asamblea Legislativa, 3ra Ses. Ord. (PR 2010), según radicado.

² *Id.* en la pág. 1.

1. La posibilidad de que en Puerto Rico, tal como ha ocurrido a nivel mundial en algunas jurisdicciones, los niños procreados con gametos de donantes anónimos no poseerán ninguno de los derechos reconocidos por ley a los demás hijos biológicos del donante.³
2. Las personas pactan acuerdos de maternidad subrogada para dar a luz un hijo que no tendrá madre ante la ley.⁴
3. Los pactos de maternidad subrogada, así como otros acuerdos de procreación asistida, lesionan gravemente los derechos del no nacido, lo convierte en un hijo ilegítimo [creando discriminación por origen de nacimiento], y lo exponen a la posibilidad de cometer un acto de incesto, dado que desconoce a sus hermanos biológicos.⁵
4. Los pactos entre particulares [concernientes a reproducción asistida] harían irrelevante la adopción.⁶
5. La venta de órganos, tejidos y células es considerado algo deplorable, tanto por la sociedad como por las organizaciones médicas.
6. Este tipo de pactos afectaría adversamente a los económicamente más vulnerables.
7. “[N]uestro ordenamiento jurídico considera la institución de la familia matrimonial como fuente de estabilidad, protección y educación”.⁷

Como remedio para contrarrestar los efectos de una acción civil, como lo serían los pactos de utilización de métodos de reproducción asistida, el Proyecto propone criminalizar las acciones arriba mencionadas, calificándolas como delito de tercer grado. El Código Penal vigente en nuestra jurisdicción dispone en su artículo 16(c) que la persona convicta por delito grave de tercer grado, tendrá que cumplir una pena de reclusión que fluctúa entre tres años y un día, y ocho años.⁸ En dicho periodo la responsabilidad del menor recaería sobre el Estado, quien además tendrá que ver en su momento a quién le compete la custodia del menor.

El propósito de esta ponencia, más allá de establecer nuestra posición en contra de la medida, es proveer soluciones que redunden en el beneficio de las partes involucradas en el proceso a regularse, así como buscar remedios no punitivos para resolver las controversias que puedan surgir de los elementos que busca cubrir este proyecto. Para lograr nuestro objetivo, analizaremos los siete argumentos antes mencionados e incluiremos propuestas de cómo se deberían resolver las controversias que han dado pie a la redacción del P. del S. 1568.

3 *Id.* en la pág. 2.

4 *Id.*

5 *Id.* en las págs. 2-3.

6 *Id.*

7 *Id.* en la pág. 3.

8 CÓD. PEN. PR art. 16(c), 33 LPRA § 4644(c) (2010).

Hacemos la salvedad que esta ponencia no pretende tocar todas las controversias que podrían surgir a raíz de la utilización de métodos de reproducción asistida, dado que podríamos escribir cientos de páginas y se alejarían del objetivo de circunscribirse a los argumentos que dieron paso a este proyecto de ley.

I. DISCUSIÓN Y PROPUESTA

Consideramos que el menor producto de un proceso de reproducción asistida sí disfrutaría de los beneficios de sus hermanos biológicos y, en el caso de que se trate de una donación de gametos, aunque no disfrutará de los derechos de sus hermanos biológicos, sí lo haría de la relación resultante con sus padres receptores de la donación. Quiere esto decir que, en calidad de hijo de sus padres receptores, sí adquirirá los derechos de cualquier hijo. Para ilustrar este punto, haremos una breve analogía con el proceso de adopción y, luego, entraremos a ofrecer soluciones que han sido utilizadas en otras jurisdicciones de los Estados Unidos de América (EUA).

Cuando un menor es dado en adopción, renunciando sus padres a la patria potestad, el menor pierde todo vínculo y obligación –salvo algunas excepciones–⁹ con la familia que lo ofreció en adopción. Sin embargo, eso no significa que el menor queda desprovisto de derechos. Según expresa el artículo 137 del Código Civil de Puerto Rico, “[u]na vez decretada la adopción, el adoptado será considerado, para todos los efectos legales como hijo del adoptante con todos los derechos, deberes y obligaciones que le corresponden por ley”.¹⁰ Tal como expone la Prof. Ruth E. Ortega-Vélez, “[l]a constitución concede igualdad jurídica a todos los hijos”.¹¹ Como podemos ver, la protección que recibe un menor en los casos de adopción se debe a que la Legislatura ha reglamentado el proceso de adopción. Por otra parte, la Legislatura ha protegido la integridad de los adoptantes, los adoptados y los ciudadanos que dieron su hijo en adopción, criminalizando aquellos hechos que pueden lacerar el mejor interés del Estado, como lo es el

9 Las excepciones están enumeradas en el CÓD. CIV. PR art. 138, 31 LPRA § 539 (1993 & Supl. 2010), donde se expone que:

La ruptura y extinción de los vínculos jurídicos con la familia anterior del adoptado, y el nacimiento de tales vínculos con la familia del adoptante, se entenderán sin perjuicio de la reglamentación sobre impedimentos y prohibiciones de ley para contraer matrimonio en Puerto Rico. Un adoptado no podrá contraer matrimonio con un pariente de su anterior familia, en los mismos casos en que no hubiere podido contraerlo de no haber ocurrido la adopción.

La responsabilidad penal del adoptado en los delitos contra la familia y el estado civil seguirá siendo la misma que dispone el ordenamiento jurídico vigente, en relación a su familia biológica anterior, tal y como si no se hubiere decretado la adopción, si se probare que el adoptado conocía de su vínculo familiar con la víctima del incesto.

Id.

10 31 LPRA § 538.

11 RUTH E. ORTEGA-VÉLEZ, 25 LECCIONES DE DERECHO DE FAMILIA 197 (2da ed. 2003).

caso del incesto.¹² Sin embargo, observamos cómo la Legislatura ha reglamentado el proceso de adopción, estableciendo mecanismos de control y procedimientos que redundan en el mejor interés y beneficio de las partes, sin tener que recurrir al extremo de criminalizar o prohibir la adopción. Para comenzar, podríamos dar por aceptados los métodos de reproducción asistida utilizando como modelo el artículo 286 del Borrador del Código Civil de Puerto Rico (en adelante, Borrador del Código Civil), el cual plantea:

Se admite el uso de las técnicas de procreación humana asistida a los fines de: *lograr la procreación cuando no es posible alcanzarla a través del método tradicional*; prevenir y tratar enfermedades de origen genético; crioconservar material genético; investigar con fines terapéuticos; y lograr otros fines permitidos en guías médicas o aprobados en legislaciones complementarias. Las técnicas se realizarán en condiciones clínicas y sanitarias óptimas, por peritos médicos debidamente entrenados y acreditados.¹³

Con lo antes expuesto, estableceríamos una cadena de eventos a satisfacer previo a recurrir a este tipo de procedimiento y estableceríamos la finalidad y alcance del mismo. Como dice el comentario sobre el propuesto artículo en el Borrador del Código Civil, “[I]a norma busca regular el uso de las técnicas para fines exclusivamente médicos. La finalidad principal y de conocimiento generalizado es la procreación humana asistida cuando no es posible alcanzarla a través de métodos tradicionales o el coito”.¹⁴ El texto también persigue la “prevención y tratamiento de enfermedades de origen genético o hereditario, cuando sea posible recurrir a ellas con suficientes garantías diagnósticas y terapéuticas y estén estrictamente indicadas”.¹⁵ De modo que el otro motivo por el cual se permitiría utilizar las técnicas de reproducción asistida sería para el tratamiento o prevención de enfermedades de origen genético,¹⁶ siempre que medien diagnósticos, tratamientos a seguir y evidencia médica.

A las condiciones antes mencionadas, debe añadirse la incapacidad de una madre para cumplir con el término completo de un embarazo, lo que crea la necesidad de recurrir a la subrogación de un vientre. Esto debido a que una ma-

¹² 31 LPRA § 539.

¹³ ASAMBLEA LEGISLATIVA DE PR, COM. CONJ. PERM. PARA LA REV. Y REFORMA DEL CÓD. CIV. DE PR, BORRADOR PARA LA DISCUSIÓN DEL CÓD. CIV. DE PR art. 286, en las págs. 407-08 (2007), disponible en www.oslpr.org/DocumentosBorradorCodigoCivil.asp (énfasis suplido). Cabe señalar que dicho Comité, junto con la propuesta del Código Civil, fueron eliminados y ya el Código no está siendo evaluado para aprobación. Sobre este particular, véase Yadira Hernández Cabiya, *Eliminan la Comisión sobre el Código Civil*, EL NUEVO DÍA, 24 de agosto de 2010, <http://www.elnuevodia.com/eliminancelacomisionsobreelcodigocivil-765592.html>.

¹⁴ *Id.* en la pág. 408.

¹⁵ *Id.* (citando la Ley sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida de España, Ley 14/2006 de 26 de mayo de 2006, BOE no. 126/2006, Artículo 1(b)).

¹⁶ Véase Jairo Rivera Sierra, *Ética, ciencia, tecnología y relaciones familiares: selección y transferencia de embriones con la finalidad de salvar la vida de un hijo*, 41 REV. JUR. UPR 481 (2006).

dre puede ser fértil, pero incapaz de poder concluir satisfactoriamente el periodo de embarazo, poniendo en riesgo su salud física y emocional. El Borrador del Código Civil proponía una solución a este problema. La misma planteaba que “cuando una mujer no puede cargar a término un embarazo por razones médicas, se permite el acuerdo de maternidad subrogada mediante el cual se conviene la gestación de un hijo a petición de otra persona”.¹⁷ Nuevamente vemos la utilización de la tecnología de asistencia reproductiva enmarcada en necesidades y circunstancias médicas reales.

En materia de adjudicación de maternidad y paternidad, el Borrador del Código Civil nos expone en cuanto a la determinación de la primera, que:

La procreación humana asistida en la que la mujer aporta sus óvulos o recibe óvulos de una donante, anónima o conocida, con la intención de asumir la maternidad, tiene como consecuencia la imputación irrefragable de maternidad sobre el hijo así engendrado.

La imputación de maternidad será irrefragable si su consentimiento consta por escrito.¹⁸

En cuanto a paternidad, nos ofrece dos escenarios. El primero plantea que:

La procreación humana asistida en la que la mujer recibe espermatozoides de su marido, o de un donante anónimo o conocido, con el consentimiento de ambos cónyuges y la intención de asumir la paternidad, tiene como consecuencia la imputación de paternidad del marido sobre el hijo así engendrado.

Para que esta imputación sea irrevocable, el consentimiento del hombre debe constar por escrito.¹⁹

El segundo, por su parte, propone que:

La procreación humana asistida de la mujer en la que se utilice espermatozoides de un hombre conocido que consiente al uso de las técnicas con la intención de convertirse en padre, tiene el efecto del reconocimiento voluntario que regula este Código. Igual efecto se produce si un hombre, motivado por el propósito de compartir con la mujer gestante la paternidad y la crianza del hijo así procreado, consiente que la mujer procrea un hijo con espermatozoides de un donante.

Para que este reconocimiento sea irrevocable, el consentimiento del hombre debe constar por escrito.²⁰

Como podemos apreciar, aunque todas las propuestas plantean la posibilidad de una presunción de maternidad o paternidad, existe un requisito de consentimiento por escrito necesario para hacer de las presunciones un hecho irre-

17 BORRADOR Cód. Civ. PR art. 300, en la pág. 435.

18 *Id.* art. 295, en la pág. 426.

19 *Id.* art. 293, en la pág. 421.

20 *Id.* art. 294, en las págs. 424-25.

vocable. En los casos de inseminación artificial, basta con firmar un consentimiento entre las partes. Donde se complica el asunto es en los casos de maternidad subrogada. Esto debido a que la gestora es una persona y la que otorga el material genético es otra. Para resolver esto, propongo una fusión entre algunos elementos del *Uniform Parentage Act*²¹ con otros del *Gestational Surrogacy Act* de 2004 del estado de Illinois.²² Del *Uniform Parentage Act* podríamos utilizar el requerimiento de una pre-aprobación judicial para llevar a cabo el proceso.²³ El mismo, aunque no sería obligatorio, ofrecería la protección de los acuerdos pactados entre las partes.²⁴ En cuanto a los requisitos para otorgar dicha autorización judicial, el *Gestational Surrogacy Act* ofrece una serie de guías.²⁵ La madre

21 UNIFORM PARENTAGE ACT §§ 101-905 (2000) (enmendado en 2002).

22 Gestational Surrogacy Act of 2004, 750 ILL. COMP. STAT. 47/1-800 (2004).

23 Véase UNIFORM PARENTAGE ACT §§ 801, 803:

Section 801. Gestational Agreement Authorized.

....

(c) A gestational agreement is enforceable only if validated as provided in Section 803.

Section 803. Hearing to Validate Gestational Agreement.

(a) If the requirements of subsection (b) are satisfied, a court may issue an order validating the gestational agreement and declaring that the intended parents will be the parents of a child born during the term of the of the agreement.

(b) The court may issue an order under subsection (a) only on finding that:

(1) the residence requirements of Section 802 have been satisfied and the parties have submitted to the jurisdiction of the court under the jurisdictional standards of this [Act];

....

(3) unless waived by the court, the [relevant child-welfare agency] has made a home study of the intended parents and the intended parents meet the standards of suitability applicable to adoptive parents;

(4) all parties have voluntarily entered into the agreement and understand its terms;

....

(6) adequate provision has been made for all reasonable health-care expense associated with the gestational agreement until the birth of the child, including responsibility for those expenses if the agreement is terminated; and

(7) the consideration, if any, paid to the prospective gestational mother is reasonable.

Id.

24 Partimos de la premisa que el objeto de intercambio en un pacto de vientre subrogado no es el niño en sí, sino el gesto de contribuir a la formación del niño por parte de la madre subrogada ante la incapacidad de la madre biológica, bien sea por aportación de un gen o por la obtención de una donación.

25 Gestational Surrogacy Act of 2004 § 20(a).

subrogada deberá: (1) ser mayor de edad;²⁶ (2) haber tenido al menos un hijo;²⁷ (3) haber completado una evaluación médica física y mental;²⁸ (4) haber tenido asesoría legal [y médica];²⁹ (5) tener seguro médico que cubra el tratamiento, hospitalización y cuidado posparto por un término [a determinarse].³⁰

Los padres intencionales, con el propósito de adquirir la paternidad, deberán: (1) contribuir con al menos uno de los gametos que resulten en el embrión que la madre subrogada gestará;³¹ (2) tener una necesidad médica real para una subrogación de vientre y que ésta conste por escrito, mediante declaración jurada;³² (3) completar una evaluación mental;³³ (4) haber tenido asesoría legal [y médica].³⁴

CONCLUSIÓN

Como podemos apreciar, las controversias surgidas de los fundamentos que dieron pie al P. del S. 1568 pueden resolverse por la vía civil, en lugar de hacerlo por la vía criminal. Estas propuestas son sólo algunas de tantas que podemos crear observando lo que han hecho jurisdicciones vecinas, tanto dentro como fuera del territorio estadounidense. Además, podemos afirmar que no tenemos que crear una legislación del vacío, dado que contamos con un Borrador del Código Civil que, aunque ya no está siendo considerado, sí trata y ofrece soluciones justas a la controversia que da pie al proyecto. Más importante aún, estas propuestas dan paso a que las personas utilicen los métodos de reproducción asistida sin entrar en un estado de *laissez faire*.

26 *Id.* § 20(a)(1).

27 *Id.* § 20(a)(2).

28 *Id.* § 20(a)(3)-(4).

29 *Id.* § 20(a)(5).

30 *Id.* § 20(a)(6) (el texto original de la ley de Illinois sugiere ocho semanas).

31 *Id.* § 20(b)(i) (en circunstancias excepcionales en que ambos padres intencionales sean portadores de una condición genética hereditaria grave o sean estériles, se podrán utilizar todos los gametos donados. En el caso de que la madre subrogada sea donante de un gameto, ésta tendrá un plazo de setenta y dos horas para reclamar la maternidad del niño. Si luego de ese plazo la madre subrogada no ha tomado determinación alguna, por escrito, la paternidad se le otorgará a los padres intencionales siempre y cuando no haya mediado un vicio de consentimiento).

32 *Id.* § 20(b)(2).

33 *Id.* § 20(b)(3).

34 *Id.* § 20(b)(4).