

Desarrollos recientes y tendencias del Derecho civil para el siglo XXI en Puerto Rico (*)

Por PEDRO F. SILVA-RUIZ

Doctor en Derecho, Universidad de Madrid.
Catedrático de Derecho, Universidad de Puerto Rico

INTRODUCCION

Este trabajo se divide en cuatro partes.

En la primera de ellas nos referiremos brevemente al Derecho puertorriqueño, en general, y, en particular, al Derecho privado, el Derecho civil, particularmente el cristalizado en el Código civil.

La segunda parte señala alguno de los desarrollos —doctrinales, legislativos y jurisprudenciales— más recientes en el ordenamiento jurídico de Puerto Rico.

En la tercera parte elaboramos un particular tema de derecho de familia (1). La cuarta parte son las conclusiones.

PRIMERA PARTE

El Derecho de Puerto Rico puede ser descrito como uno «híbrido» o «mixto» (2), con el propósito de señalar la convivencia o el entrecruzamiento de significativas características de los ordenamientos

(*) Ponencia leída en la *Primera Semana Internacional de Derecho civil*, actividad celebrada en Ciudad de México, D. F., en marzo de 1989, organizada y auspiciada por el Colegio de Profesores de Derecho civil, A. C., de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), revisada para su publicación por el autor, que quiere dejar constancia de su agradecimiento a los profesores mexicanos por sus observaciones y generosas atenciones.

(1) La ponencia original también comprendía el examen de un tema de Derecho contractual, que en esta revisión ha sido omitido, con el propósito de ampliarlo y publicarlo oportunamente.

(2) T. B. SMITH, *The Preservation of the Civilian Tradition in Mixed Jurisdiction*, vol. XXXV, «Revista Jurídica Universidad de Puerto Rico», p. 263, *et. seq.* (1966). A la p. 265, el autor define una jurisdicción mixta como aquella donde un

legales propios de las familias jurídicas romano-germánica (Derecho civil) y anglo-americana (*Common Law*).

Hasta 1898, en ocasión del cambio de soberanía española a norteamericana, el Derecho de Puerto Rico era preponderantemente el de España. Hacia fines del siglo pasado se encontraban vigentes en Puerto Rico el Código civil español de 1888; el Código de Comercio de 1885; el Código Penal de 1870, que había sido revisado en 1876; la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855, según enmendada; la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1872; la Ley Hipotecaria de 1869; la Ley de Propiedad Intelectual, y otras muchas más.

Antes de 1905 se habían sustituido, por otros de factura y estilo norteamericano, los siguientes Códigos: 1) Penal, el español por el de Montana, copiado a su vez del de California; 2) el de Enjuiciamiento Criminal español por el de California; 3) el de Enjuiciamiento Civil español por el de Idaho, y, además, 4) se adoptó el Código Político de California (3).

Quedaron en vigor: 1) el Código civil español, revisado en 1902, intercalándose, desatinadamente, artículos del de Louisiana y otros lugares y modificándose algunas instituciones; 2) el Código de Comercio, y 3) la Ley Hipotecaria, hoy día reformada por la Ley Hipotecaria y del Registro de la Propiedad, Ley número 198 del 8 de agosto de 1979, según enmendada.

No sólo se sustituyeron o modificaron los textos legislativos, sino que el Tribunal Supremo de Puerto Rico ha sido «agencia de transculturación» de nuestro Derecho, no dejando pasar oportunidad para «restarle prestigio y pertinencia al Derecho civil» (4). Así, «se convirtió, por ejemplo, el derecho de daños, parte crítica del Código civil, en un Derecho angloamericano en su sustancia y español —a veces casi español, tan sólo— en la forma. Se importaron doctrinas del Derecho angloamericano... sin base jurídica alguna para hacerlo...» (5).

En 1979, el propio Tribunal Supremo de Puerto Rico, aludiendo al derecho de daños, sentenció en *Valle v. American International*

ordenamiento jurídico de Derecho civil ha estado bajo la fuerte influencia del Derecho común anglo-americano y, en consecuencia, su derecho ha sido influido/sustituido («overlaid») por este último.

CASTÁN TOBEÑAS dice que el Derecho de Puerto Rico es uno influido por el *Common Law*. Así, según esta docta opinión, el Derecho puertorriqueño es un «sistema de filiación ibérica» (diferente del español, portugués e iberoamericanos) y «de tipo latino» (distinto los «sistemas de filiación ibérica» del sistema francés e italiano) de «filiación románico-cristiana» (distinto a los de «tipo germánico» como lo son el austriaco, alemán y suizo) y perteneciente a «la cultura occidental». *Los sistemas jurídicos contemporáneos del mundo occidental*, Reus, Madrid, 1957, 2.^a ed., p. 18.

(3) MANUEL RODRÍGUEZ RAMOS, *Breve historia de los Códigos puertorriqueños*, 19 «Revista Jurídica de la Universidad de Puerto Rico», 233-272 (1950), particularmente la p. 254. Además, LUIS MUÑOZ MORALES, *El Código civil de Puerto Rico. Breve reseña histórica*, 1 «Revista Jurídica de la Universidad de Puerto Rico», 75-100 (1932).

(4) JOSÉ TRÍAS MONGE, *La crisis del Derecho en Puerto Rico*, 49 «Revista Jurídica Universidad de Puerto Rico», pp. 8 y 9 (1980).

(5) *Ibid.*, p. 11.

Insurance Co. (6), que «se revocan en consecuencia los casos citados en todo lo que entrañe la utilización de preceptos del Derecho común para resolver problemas de Derecho civil. En los casos apropiados será lícito el empleo del Derecho común en sus múltiples y ricas versiones —la angloamericana, la original británica, la anglocanadiense y otras— a modo de Derecho comparado, así como el uso de ejemplos de otros sistemas jurídicos» (7).

Es de rigor advertir que al jurista puertorriqueño le es indispensable conocer, en toda su amplitud, la técnica de los casos judiciales, pues la doctrina del precedente y del *stare decisis* rigen plenamente, y se aplican cotidianamente, en nuestro país (8). Para 1921, un eminente jurista norteamericano, Roscoe Pound, podía ya escribir: «Muchos síntomas permiten creer que, en Filipinas y Puerto Rico, la aplicación de un Código romano con el método del *Common Law* dará lugar a un sistema angloamericano en lo sustancial, aunque sea hispanoamericano por sus palabras» (9). Pero no ha resultado así del todo. Manifestaciones judiciales como la del caso **Valle** y el redoblado esfuerzo de la doctrina han ayudado a preservar la rica herencia civilista. Pero queda aún mucha tarea por realizar: depurar aún más nuestro Derecho autóctono, incorporándole aquellas doctrinas útiles de otras familias y sistemas jurídicos, a la vez que se revisan las figuras e instituciones jurídicas para atemperarlas a la realidad socio-económica de hoy día y futuras previsible.

SEGUNDA PARTE

El proceso de revisión legislativa conlleva la autocrítica de lo alcanzado por determinado ordenamiento jurídico y la investigación,

(6) 108 DPR 692 (1979).

(7) *Ibid.*, pp. 696-697. La responsabilidad extracontractual, en Puerto Rico, se funda en el sistema subjetivo o de la culpa. Aunque no es el tema de este ensayo, meramente señalo que, en una revisión del Código civil convendría examinar la sabiduría o no de la adopción, como norma general o especial para determinados casos, de la responsabilidad objetiva. Podría ser fructífero estudiar la posibilidad de distinguir entre la responsabilidad subjetiva, la responsabilidad por riesgo como complemento, y, distinta, la responsabilidad objetiva. Véase, FERNANDO VIDAL RAMÍREZ, *La responsabilidad extracontractual: el sistema adoptado por el Código civil de 1984* (del Perú), en la «Revista Judicial», Corte Suprema de Justicia, San José de Costa Rica, año XII, núm. 4, septiembre, 1988, pp. 77-79, y autoridades allí citadas.

(8) Un solo caso resuelto por el Tribunal Supremo vincula, no sólo a las partes, sino también, prospectivamente, al mismo Tribunal —a menos que se revoque o distinga la situación— y demás tribunales en la decisión de futuros casos. Véase, MANUEL RODRÍGUEZ RAMOS, *Reexamen del precedente judicial en Puerto Rico*, 15 «Revista del Colegio de Abogados de Puerto Rico», 7-22 (1954), y, del mismo autor, *Los casos como uno de los instrumentos para la enseñanza del Derecho*, en «Casos y notas de derechos reales», Editorial Universidad de Puerto Rico, Río Piedras, PR, 1963, pp. 13-41.

(9) ROSCOE POUND, *El espíritu del «Common Law»*, José Puig Brutau traductor, Bosch, Barcelona, sin fecha, p. 18, según citado en el caso *Valle*, *supra*, a la p. 696.

por lo menos de Derecho comparado descriptivo, sino también analítico, del quehacer en otros sistemas legales para conocer experiencias y trazarse derroteros y metas. En el Derecho civil de Puerto Rico, durante los años más recientes, se ha realizado la siguiente actividad (10):

1. La proclamación, por la doctrina, de la posibilidad de inscripción en el Registro de la Propiedad de Inmuebles, del contrato de arrendamiento financiero de inmuebles o *leasing* inmobiliario (11).

2. La advertencia y crítica, por la doctrina, a la posibilidad de desnaturalización, por vía jurisprudencial, de la cláusula penal, mediante la incorporación de la doctrina de los daños líquidos por incumplimiento contractual, del Derecho sajón, bajo el velo de la protección al consumidor. La cláusula penal, instituto reconocido por nuestro Código civil, es desconocida por el Derecho común anglo-norteamericano, que no es partidario de su naturaleza *in terrorem*. La doctrina ha sostenido que si lo que se persigue es proteger al consumidor, debe aprobarse legislación modificativa del régimen de la cláusula penal, en vez de desnaturalizarla, al interpretarla a la luz de la doctrina de los daños líquidos por incumplimiento del *Common Law* (12).

3. La conformidad, por la doctrina, con la jurisprudencia interpretativa que ha resuelto que en las fuentes del Derecho —artículo 7 del Código civil— la referencia a la «equidad» no significa «Equity» —del ordenamiento jurídico anglo-americano—, sino «criterio de justicia del caso concreto, de norma individualizada, estimada como justa para resolver o disciplinar un caso particular» (13).

4. La crítica, por la doctrina, de la jurisprudencia del Tribunal Supremo que ha sostenido que la «causa» de los contratos es equivalente a la «consideration» anglo-norteamericana. Consecuencia de esta asimilación de conceptos, particularmente en la solución de casos

(10) Aquí tan sólo se recogen desarrollos legislativos, jurisprudenciales y de doctrina, acaecidos en los últimos años. Propuestas de enmienda a la legislación sobre el derecho de familia puertorriqueño, recogido en el Código civil o en legislación especial, las he publicado —y a ellas refiero al lector— en SILVA-RUIZ, *Perspectivas futuras en el desarrollo del derecho de familia en Puerto Rico*, 43 «Revista del Colegio de Abogados de Puerto Rico», 460-470 (1982).

(11) Véase PEDRO F. SILVA-RUIZ, *El «leasing» inmobiliario en Puerto Rico*, 46 «Revista del Colegio de Abogados de Puerto Rico», 41-49 (1986). También publicado por la *Revista Notarial* del Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, separata del núm. 880, 11 pp.

(12) PEDRO F. SILVA-RUIZ, *La Cláusula Penal*, 54 «Revista Jurídica de la Universidad de Puerto Rico», 89-112 (1985).

(13) PEDRO F. SILVA-RUIZ, *Notas para el estudio de la equidad en el Derecho puertorriqueño*, «Revista de Ciencias Sociales», Universidad de Valparaíso, Chile, núms. 18-19, 1981, pp. 145-153, y trabajos allí citados. Véase también del mismo autor, *El iusnaturalismo como fuente jurídica en el ordenamiento de Puerto Rico*, Memoria del X Congreso Mundial Ordinario de Filosofía del Derecho y Filosofía Social, UNAM, México, vol. VI, 1982, pp. 141-145, particularmente las pp. 144-145.

donde hay envuelto un contrato con causa de mera liberalidad, es que se han decidido erróneamente dichos litigios, cometiéndose injusticia a una de las partes litigantes. Jurisprudencia posterior a la crítica ha sido más cuidadosa y no ha entremezclado la «causa» y la «consideration», aunque algún caso, en los últimos años, utiliza el término «precio o consideración», que no es ni correcto ni fructífero (14).

5. La aprobación de la Ley Especial de Sustento de Menores, según enmendada (15).

Esta importante legislación establece una serie de procedimientos encaminados a que se cumpla, por los padres o las personas a quienes corresponda, con la obligación de proveer alimentos a (sus hijos) menores de edad. Así, entre otros, se establecieron: 1) un servicio de localización de personas, con el auxilio de las computadoras u ordenadores electrónicos y el número de seguro social, de toda persona que recibe un salario y que por ley su patrono ha de deducir y retener, al momento del pago, una cantidad de dinero para pago de contribuciones sobre ingreso y aportación al sistema de seguridad social; 2) un procedimiento judicial expedito, con la ayuda de oficiales examinadores que celebran vistas y preparan proyectos de resoluciones —sujetas a la aprobación de los jueces— imponiendo pensiones alimenticias y ordenando el cobro mediante embargo de bienes o salarios.

6. La aprobación de la Ley Notarial de 1987 (16). Si bien es cierto que el Derecho notarial no es Derecho civil —es rama que corresponde al Derecho público y su carácter es, más bien, adjetivo— está íntimamente ligado a éste. Esta legislación, conforme reza su Exposición de Motivos, «actualiza y esclarece un sinnúmero de aspectos de la práctica notarial, orientada a que el notario pueda desempeñar su profesión con probidad, con la competencia y destreza jurídica necesaria y con la diligencia, el cuidado y la observación del valor ético de la verdad, que imprime al contenido de los numerosos documentos que ante él se otorgan».

Esta ley fortalece al notariado de tipo latino, parte delpreciado patrimonio cultural jurídico, legado por España, que siempre ha existido en Puerto Rico. Por ello, nuestro notario es un profesional del Derecho que forma protocolo. No es un mero autenticador de firmas (17).

(14) Véase, PEDRO F. SILVA-RUIZ, *Casos para el estudio de la doctrina general del contrato*, Editorial de la Universidad de Puerto Rico, 1987, las pp. 286-353 y, particularmente, las 378-381.

(15) Ley núm. 5 de 30 de diciembre de 1986, enmendada por la Ley núm. 16 de 24 de abril de 1987, 8 LPRA 501 *et. seq.* (Supl.).

(16) Ley núm. 75 de 2 de julio de 1987.

(17) El autor de este escrito publicará este año (1989), pues ya está sometido a la Editorial de la Universidad de Puerto Rico, habiéndose aprobado y dispuesto su publicación el libro *Derecho Notarial. Casos y materiales*. Véase, además, su interven-

7. Continuando con la tarea de eliminar de la legislación escrita cualquier vestigio de discrimen por razón de sexo —contrario al mandato constitucional—, se modificó el Código civil:

a) y derogó el artículo 94 (18), que disponía la obligación a la mujer casada de usar el apellido de su marido, cuando a éste no se le imponía una obligación igual (19);

b) y enmendó el artículo 1.277 (20) con el propósito de eliminar el discrimen por razón de sexo, ya que era el cónyuge varón el que determinaba el régimen patrimonial o económico bajo el cual se registrará el matrimonio. Se estableció que si el matrimonio «se contrajere en país extranjero, habiendo nacido en Puerto Rico uno de los contratantes y el otro en el extranjero, y nada declarasen o estipulasen los contratantes relativamente a sus bienes, se entenderá que se casan bajo el régimen del país en el cual los contratantes establezcan su domicilio conyugal; tomando en cuenta otros factores que en justicia deban considerarse, tales como conflicto móvil o centro de intereses conyugales, todo sin perjuicio de lo establecido en este Código respecto a los bienes inmuebles» (21).

8. Siguiendo pronunciamientos judiciales, se enmienda el derecho probatorio con el propósito de autorizar a los tribunales de justicia a que en cualquiera acción en que la paternidad sea un hecho pertinente pueda, «a iniciativa propia, o a moción de parte oportunamente presentada, ordenar a la madre, hijo o hija y al presunto padre o alegado padre biológico a someterse a exámenes de sangre...» (22).

9. La Ley de Propiedad Intelectual española de 10 de enero de 1879 permaneció en vigor en Puerto Rico luego del cambio de soberanía española a norteamericana, al menos en cuanto no esté en conflicto con disposiciones de la legislación federal (de los Estados Unidos) aplicable (en Puerto Rico) (23). En el caso de *Pancorbo v. Wometco* (24), el Tribunal Supremo de Puerto Rico resolvió que el derecho moral estaba protegido por la Ley de 1879 y no resultaba

ción en unas jornadas notariales, en la *Memoria de la II Jornada Notarial del Norte, Centroamérica y el Caribe* (Puerto Rico, noviembre de 1985), Instituto de Derecho Notarial y Registral de Puerto Rico, Inc., San Juan, Puerto Rico, 1986, pp. 82-84.

(18) 31 LPRA 287.

(19) Ley núm. 93 del 9 de julio de 1985.

(20) 31 LPRA 3561.

(21) Artículo 1.277 del Código civil, 31 LPRA 3561, según enmendado por la Ley núm. 4 de 5 de marzo de 1987.

(22) Ley núm. 121 de 21 de julio de 1988, que adiciona dos nuevos apartados a la Regla 82 de las Reglas de Evidencia de Puerto Rico de 1979, 32 LPRA, ap. IV, R. 82.

(23) 17 USC 101 *et. seq.* (1976), que es la «codificación» de legislación norteamericana donde se publica la (nueva) Ley sobre Propiedad Intelectual, vigente desde el 1 de enero de 1978.

(24) 115 DPR 495 (1984). El Derecho moral «representa el derecho de quien expone su personalidad en una creación intelectual a que no se atente contra esa obra que es extensión de su personalidad...», reza, en parte, la Exposición de Motivos de la Ley núm. 96 de 15 de julio de 1988.

incompatible con la legislación federal aplicable. En palabras del Tribunal: «...derecho moral... La doctrina es de estirpe civilista... El concepto de la propiedad intelectual comprende dos categorías de derechos: los de índole económica o patrimonial y los extrapatrimoniales, vinculados a la personalidad del autor. La doctrina del derecho moral atañe a estos últimos (cita a Castán Tobeñas). La legislación norteamericana se ha concentrado históricamente en la protección del aspecto económico de la propiedad intelectual. La nueva ley federal no altera básicamente este enfoque. Aunque a veces se ha argumentado que el Derecho norteamericano ha ido reconociendo a través de los años, con etiquetas, condiciones y propósitos distintos, elementos aislados de la doctrina civilista del derecho moral, ésta no se ha adoptado por la ley federal ni hay indicación alguna en el historial legislativo de la intención de prohibir su aceptación por los estados o su permanencia donde exista... No existe base en Derecho para sostener que la nueva legislación federal sobre el derecho de autor ha abolido la doctrina del derecho moral en Puerto Rico» (25).

En atención a esta decisión judicial, se enmendó el Libro II del Código civil de Puerto Rico para añadirle dos capítulos: uno relativo a la Propiedad Intelectual; el otro crea el Registro de la Propiedad Intelectual (26).

10. Otros dos ejemplos concluirán estas pinceladas de la actividad jurídica en el Derecho puertorriqueño, principalmente en el campo del Derecho privado, en los años más recientes:

a) Divorcio. Una decisión del Tribunal Supremo de Puerto Rico creó judicialmente la causal de «mutuo consentimiento» para disolver el vínculo matrimonial. Me refiero al caso de *Figuroa Ferrer v. Estado Libre Asociado de Puerto Rico (ELA)*, resuelto en el año 1978 (27).

(25) *Pancorbo...*, 115 DPR 495, 500-501 (1984).

(26) Ley núm. 96 del 15 de julio de 1988. Se codificarán en 31 LPRA 1396(a) *et. seq.*, que corresponde al Código civil de Puerto Rico.

(27) 107 DPR 250 (1978).

Al jurista de un ordenamiento civilista le podrá extrañar mi calificación de *creación judicial* de una causal para la disolución del matrimonio, pues entenderá que ello es tan sólo competencia del poder legislativo.

En el caso de *Figuroa Ferrer*, el Tribunal se ampara en la norma constitucional del derecho a la intimidad, que dice interpretar, y, además, indica expresamente que los tribunales pueden ser también agentes del cambio social. Ver 107 DPR 250, 258-263 y 278.

En 1987, uno de los Jueces Asociados de ese Tribunal, que no era parte del mismo en 1978, pues fue nombrado después, escribía en un voto particular que emitía entonces: «En la decisión *normativa* de Figuroa Ferrer... *autorizamos* el divorcio por consentimiento mutuo e impartimos una nueva dimensión al derecho a la intimidad ampliando la protección constitucional al núcleo familiar. Concluimos que las secciones 1 y 8 del artículo 8 del artículo II de la Constitución del Estado Libre Asociado de Puerto Rico no permiten limitar los fundamentos del divorcio a causales basadas en el concepto de culpa y que "el Estado está impedido... de obligar a dos seres humanos a permanecer atados cuando ambos reconocen que la convivencia entre ellos se le ha hecho imposible..." *Por la vía judicial se adoptó* como causal en los procedimientos

Varios Proyectos de Ley se han presentado, infructuosamente, ante la Asamblea Legislativa de Puerto Rico, con el propósito de enmendar el Código civil para adicionar la causal de «mutuo consentimiento» a las ya existentes para disolver el vínculo matrimonial, así como para establecer un procedimiento uniforme al respecto (pues cada juez utiliza su mejor criterio para resolver, en ausencia de un procedimiento establecido, ya que las normas procesales existentes no están pensadas para la situación).

Hoy día aún no se ha aprobado legislación de clase alguna que disponga de un procedimiento para tramitar la petición de divorcio por mutuo consentimiento (28).

b) La patria potestad (29) y custodia de hijos menores de edad postdivorcio de sus padres.

La radicación de la petición de divorcio por mutuo consentimiento requiere que las partes informen al tribunal, para su aprobación, el acuerdo: 1) para la disolución de la sociedad legal de bienes gananciales, y 2) los deberes, las obligaciones y los derechos relativos a la patria potestad y custodia, pensión alimenticia incluida, sobre los hijos menores de edad.

En este segundo aspecto lo que interesa es que padre y madre —ex cónyuges de aprobarse la petición de divorcio, declarándose roto y disuelto el vínculo matrimonial— se pongan de acuerdo sobre lo que corresponda a los hijos menores de edad.

En el caso de *Torres Ojeda y Chávez Sorge, Ex Parte* (30), sobre divorcio por mutuo consentimiento, un juez de instancia se negó a aprobar el acuerdo, propuesto por las partes, de que la patria potestad y custodia fuese compartida por los ex cónyuges, padre y madre, sobre una hija menor de edad.

de divorcio la mutua decisión de divorciarse por la ruptura irreparable de los nexos, de la convivencia matrimonial, siguiéndose una ruta ya trazada por otros países para reformar el derecho de familia... A partir de la decisión de *Figueroa Ferrer*, los casos de divorcio por mutuo consentimiento han registrado un ascenso vertiginoso. Las estadísticas recopiladas por la Oficina de Administración de los Tribunales revelan que el divorcio por consentimiento mutuo constituye la principal forma de obtener el divorcio en Puerto Rico...» (subrayado nuestro). *Torres Ojeda y Chávez Sorge, Ex Parte*, 87 JTS 19 (9 de marzo de 1987), del Voto Particular de uno de los jueces, a la p. 4781 de la JTS.

(28) La inacción legislativa ha hecho que la Conferencia Judicial del Tribunal Supremo prepare unas *Gúlas para Uniformar el Procedimiento de Divorcio por Consentimiento Mutuo* (informe de 55 páginas, mayo de 1988), que propone la adopción, por el Tribunal Supremo, de varias guías. Aun no se ha tomado acción sobre las propuestas.

Además, en una revisión del Código civil o, por lo menos, del Libro Primero (Familia), deberá decidirse oportunamente, si se va a continuar con el régimen mixto que permite el divorcio por causales culposas, así como por causales no culposas (separación por determinado tiempo, por ejemplo).

(29) Sobre una nueva concepción de esta institución, cuya denominación misma resulta inadecuada, PEDRO F. SILVA-RUIZ, *Las relaciones paterno-filiales*, 12, núm. 26 «Revista Cayey» (UPR-Cayey) 169-172 (1980).

(30) 87 JTS 19 (9 de marzo de 1987).

El Tribunal Supremo revocó al Tribunal de Instancia y accedió a aprobar el acuerdo que habían propuesto las partes, concediendo la patria potestad y custodia compartida a ambos padres, por entender que ello sería lo más beneficioso para la hija menor de edad.

Esa misma Superioridad significa que lo que ellos habían dicho en un caso previamente resuelto por ellos mismos —*Viera v. Morell*, 83 JTS 113, de 23 de diciembre de 1983— en cuanto a que la patria potestad postdivorcio debía adjudicarse a uno solo de los padres, en atención al texto de la ley (31), es *dictum*: aquellas manifestaciones innecesarias en las decisiones judiciales, que no vinculan o controlan al emitirse opiniones posteriores.

TERCERA PARTE

1. Reflexiones iniciales

En esta parte de mi contribución a esta actividad, estudiaré el fascinante tema, al cual le he venido prestando particular atención desde hace algunos años, de la (nueva) biogenética y sus efectos en el derecho de familia (32).

(31) Artículo 107 del Código civil, enmendado en 1976:

«En todos los casos de divorcio los hijos menores serán puestos bajo el cuidado y la patria potestad del cónyuge que el Tribunal, en el ejercicio de su sana discreción, considere que los mejores intereses y bienestar del menor quedarán mejor servidos, pero el otro cónyuge tendrá derecho a continuar las relaciones de familia con sus hijos, en la manera y extensión que acuerde el Tribunal al dictar sentencia de divorcio según los casos.» (Subrayado nuestro.)

Relacionado con la custodia de un menor de edad (persona que no haya cumplido los 18 años de edad), la «Ley de Protección a Menores», ley núm. 75 del 28 de mayo de 1980, 8 LPRA 401 (Supl.), permite privar a los padres de dicha custodia, con el propósito de brindar protección en situaciones inminentes de «daño físico», «daño mental o emocional» y «maltrato».

(32) Véase, PEDRO F. SILVA-RUIZ: 1) *Artificial Reproduction Techniques, Fertility Regulation: The Challenge of Contemporary Family Law*, en 34 «The American Journal of Comparative Law», 125-140 (Supl. 1986); 2) *La familia y los avances científicos: la inseminación artificial y la fecundación extrauterina*, 19 «Revista Jurídica de la Universidad Interamericana de Puerto Rico», 533-554 (mayo-agosto, 1985); 3) *El contrato de maternidad sustituta o suplente o subrogada, la maternidad de alquiler*, en el «Boletín de Información del Ministerio de Justicia», Madrid, España, núm. 1.447, 25 de febrero de 1987, pp. 3-12; 4) *El derecho de familia y la inseminación artificial «in vivo» e «in vitro»*, «Revista de Derecho Privado», Madrid, abril de 1987, pp. 323-331, también publicado en 48 «Revista del Colegio de Abogados de Puerto Rico», 25-35 (1987); 5) *Panorámica general de la fecundación humana asistida (inseminación artificial, fertilización «in vitro» y maternidad sustituta, suplente o subrogada) en los Estados Unidos*, en «La filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana (II Congreso Mundial Vasco)», Editorial Trivium, Madrid, España, abril de 1988, pp. 85-97; 6) *Baby M y el contrato de maternidad subrogada, sustituta o suplente*, en «Boletín de Información del Ministerio de Justicia», Madrid, España, núm. 1.503, 15 de septiembre de 1988, pp. 3898-3901 (le sigue una traducción al español de la Opinión y Sentencia del Tribunal Supremo de Nueva Jersey, Estados Unidos, en el caso de *Baby M*).

La codificación es el paso o tránsito, no la meta o conclusión, del proceso legislativo que objetiva o cristaliza la conducta en una norma jurídica. La codificación es, antes que una meta inmóvil, «un proceso en marcha», como «algo que es y que existe dinámicamente, con dinamicidad interna, como condición de su propia estructura», ha escrito Hernández Gil (33). El derecho de familia no escapa a este proceso; por el contrario, lo ilustra. Hoy día, el derecho de familia, tanto el recogido en el Código civil como en legislación especial, es susceptible de modificaciones para incorporarle normas que regulen conductas, aparecidas y posibilitadas por los avances científicos en la biogenética y otras ramas del saber y del quehacer humano.

Cuando se habla del Derecho civil, en alguno que otro momento pensamos en Roma. Lledó escribe:

Se ha dicho que, si un ciudadano de la Roma clásica irrumiera de pronto en nuestros días, con quien menos dificultades tendría en sostener un diálogo sería con un jurista; esto es indudable si pensamos en la *insula in flumine nata* o en el *constitutum posesorium*, o en tantas y de no tan poca importancia cuestiones del Derecho civil; pero su perplejidad no sería menor que la que le suscitaría otra persona, si el jurista le cuenta que en el foro se ha discutido la cuestión concerniente a que un hijo puede tener por la propia naturaleza varias madres que colaborasen a su procreación efectiva, de suerte que quien consanguíneamente lo fuera por ser la titular del gameto femenino, sin embargo, biológicamente no lo sea por no ser ella, sino otra, la titular del útero en el que se llevará a cabo la gestación, y que posiblemente el varón progenitor hubiera sido no el consorte de la relación familiar *ad hoc*, o, por el contrario, *conocido* si fuera a la sazón el cónyuge de la mujer gestante...

¿Qué pensaría este ciudadano educado en el dogma biológico, social y jurídico, de que *mater semper certa est*, ya que el hecho del parto y la identidad del hijo arguyen apodícticamente sobre quién sea la madre?

Pero, seguramente, no haría falta remontarse hasta Roma para encontrar ciudadanos susceptibles de perplejidad. ¿Cuál sería, en efecto, la reacción de los redactores de nuestro venerable, ya casi centenario, Código civil, para quienes el axioma *pater is quem nuptiae demonstrant* era no menos inconvencional que el *mater semper certa est*, si conociesen la admisión de la libre investigación de la paternidad, los abundantes y fiables

(33) Véase la cita en PEDRO F. SILVA-RUIZ, *El Derecho de familia en Puerto Rico y la revisión del Código civil*, 52 «Revista Jurídica de la Universidad de Puerto Rico», 331-342 (1983), a la p. 332.

medios de prueba que la ciencia nos suministra en el momento presente? (34).

2. El tema

El tema concreto que en esta parte nos ocupa es el examen de la validez del contrato de maternidad sustituta, suplente o subrogada, así como algunos otros que están íntimamente ligados a ésta (35).

La maternidad sustituta, así como la inseminación artificial y la fertilización *in vitro*, ¿deberían aceptarse tan sólo como procedimientos terapéuticos contra la infertilidad o, por el contrario, también como avenidas alternativas para la reproducción humana? Esta es la trascendental cuestión que debe atenderse.

La maternidad suplente conlleva el acuerdo, convenio o contrato de una mujer con un matrimonio (los cónyuges) o pareja estable, para inseminarse artificialmente con el semen del esposo de aquella otra mujer; concebir, gestar y dar a luz o procrear una criatura, cuya custodia y patria potestad renunciará para que la esposa de aquél con cuyo semen fue inseminada pueda adoptarla (36).

La maternidad sustituta o suplente conlleva la aplicación de una de las técnicas utilizadas para la concepción-fecundación artificial. Utilizando las técnicas que posibilitan una concepción-fecundación artificial, los siguientes acuerdos de maternidad subrogada son posibles:

«a) Una mujer es inseminada artificialmente, en vivo, con el espermatozoide o material genético de un donante, y, al nacer la criatura, entrega su custodia al donante.

»b) El óvulo extraído del seno materno es fertilizado *in vitro*, y el embrión es trasplantado en el útero de otra mujer, que gesta y procrea una criatura, la que al nacer es entregada a la donante del óvulo.

»c) Una mujer es fertilizada en vivo, el embrión es extraído de su cuerpo y trasplantado en el útero de otra mujer que gesta y procrea una criatura, la que al nacer es entregada a la donante del óvulo.

»d) El óvulo de una mujer es fertilizado *in vitro* y luego trasplantado en el útero de otra mujer, que gesta y procrea una criatura; al nacer la criatura se la entrega a tercera persona, por ejemplo, al donante de la espermatozoide y su esposa» (37).

(34) FRANCISCO LLEDÓ YAGÜE, *Fecundación artificial y Derecho*, Tecnos, Madrid, España, 1988, p. 13.

(35) Se le llama erróneamente «madre subrogada» a la «madre natural». Además, el término «subrogación» tiene un preciso significado en el orden patrimonial, por lo cual su utilización en este contexto es objetable. Pero lo continuamos utilizando siguiendo a la abundante literatura en esta materia que lo ha generalizado.

(36) Véase, PEDRO F. SILVA-RUIZ, *El contrato de maternidad sustituta o suplente o subrogada, la maternidad de alquiler*, cit., pp. 5 y 6.

(37) ONTARIO LAW REFORM COMMISSION, *Report on Human Artificial Reproduction and Related Matters*, vol. II, 1985, p. 218 (traducción nuestra).

3. Planteamiento ético

La Iglesia Católica Romana rechaza la maternidad subrogada. En un documento aprobado por el Pontífice se expresa:

¿Es moralmente lícita la maternidad «sustitutiva»? No, por las mismas razones que llevan a rechazar la fecundación artificial heteróloga: es contraria, en efecto, a la unidad del matrimonio y a la dignidad de la procreación de la persona humana.

La maternidad sustituta representa una falta objetiva contra las obligaciones del amor materno, de la fidelidad conyugal y de la maternidad responsable; ofende la dignidad y el derecho del hijo a ser concebido, gestado, traído al mundo y educado por los propios padres; instaura en detrimento de la familia una división entre los elementos físicos, psíquicos y morales que la constituyen (38).

El *Informe Warnock*, en Inglaterra, también rechazó la maternidad subrogada debido, principalmente, a la explotación comercial que la misma conlleva. Dice:

Las objeciones morales y sociales a la maternidad subrogada («surrogacy») han pesado mucho sobre nosotros. En primer término, todos estamos de acuerdo con la maternidad subrogada por mera conveniencia, esto es, cuando una mujer está físicamente capacitada para procrear una criatura, pero no quiere/desea embarazarse, es totalmente inaceptable éticamente. Aun en circunstancias médicas apremiantes, el peligro de explotación de un ser humano por otro pesa más que los beneficios potenciales, en casi todos los casos, para la mayoría de nosotros. Que personas puedan tratar a otras personas como medios para sus propios fines, por muy deseables que sean las consecuencias, siempre es moralmente objetable/rechazable. Ese trato/uso de una persona por otra se convierte positivamente en su explotación cuando intereses económicos se envuelven/comprometen. Es, por consiguiente, con la explotación comercial de la maternidad subrogada que principalmente, pero no exclusivamente, nos hemos inquietado/preocupado (39).

(38) *Instrucción sobre el respeto de la vida humana naciente y la dignidad de la procreación*, emitida el 22 de febrero de 1987, Edición Mundo Cristiano, folleto 441, primera edición de abril de 1987, pp. 37-38.

(39) *Report of the Committee of Inquiry into Human Fertilization and Embryology*, Cmnd. 9814, July 1984, párrafo 8.17, p. 46 (traducción nuestra). Se le conoce como *Informe Warnock*.

4. Analisis jurídico

En Puerto Rico, antes del estudio del aspecto contractual, de la maternidad sustituta, debe examinarse el derecho constitucional vigente.

a) *Derecho constitucional*

El Tribunal Supremo de los Estados Unidos ha afirmado:

Es cierto que en *Griswold* el *derecho a la intimidad...* (es) inherente a la relación marital. Sin embargo, la pareja casada no es una entidad independiente con espíritu y corazón propio, pero la asociación de dos individuos cada uno con su propio y separado intelecto y constitución emocional. Si el derecho a la intimidad significa algo, *es el derecho del individuo, casado o soltero*, de estar libre de intromisión gubernamental injustificada en asuntos que afectan fundamentalmente a una persona como la decisión de si engendrar o parir (procrear) un niño (40).

Además, el mismo Tribunal había ya caracterizado el derecho a procrear como «uno de los derechos civiles básicos del ser humano» (41).

Indispensable es recordar que, contrario a la Constitución de los Estados Unidos, que no establece en textos claros el derecho a la intimidad —y de ahí las variadas interpretaciones judiciales buscándole «autor o encasillado jurídico»—, la de Puerto Rico lo consagra expresamente (42). De conformidad con la interpretación judicial «...la intromisión en la vida privada sólo ha de tolerarse cuando así lo requieran factores superantes de salud y seguridad públicas o el derecho a la vida y a la felicidad del ser humano afectado...» (43). Además, conocido es «que el Estado no puede invadir la zona de la intimidad personal excepto para proteger intereses públicos apremiantes...» (44).

A mi juicio, existe un derecho, constitucionalmente protegido, a la reproducción/procreación. Por supuesto, que mediante el acto sexual o coital. Si lo que está protegido constitucionalmente es el dere-

(40) *Eisenstadt v. Baird*, 405 US 438, 453 (1972) (Opinión de una pluralidad de jueces). (Traducción y énfasis nuestro.)

L. H. TRIBE dice que «...el efecto de *Eisenstadt v. Baird* fue significar como decisivo en *Griswold* el elemento de autonomía reproductiva...». *American Constitutional Law*, The Foundation Press, Mineola, Nueva York, 2.^a ed., 1988, p. 1339.

(41) *Skinner v. Oklahoma*, 316 US 535, 541 (1942).

(42) «Toda persona tiene derecho a protección de la ley contra ataques abusivos a su honra, a su reputación y a su vida privada o familiar», reza el artículo II, sec. 8, de la Constitución de Puerto Rico (subrayado nuestro).

(43) *García v. Acosta*, 104 DPR 321, 324 (1975), citado en *Figueroa Ferrer*.

(44) Véase, *Figueroa Ferrer v. ELA*, 107 DPR 250, 261 (1978).

cho a la procreación, entonces tal parece que aunque dicha procreación sea no sexual/no coital, sino mediante técnicas de reproducción asistida, debería estar igualmente protegida. Lo constitucionalmente protegido es el derecho a la procreación/reproducción, independientemente de los medios: realización del acto sexual o no sexual/no coital, con técnicas sustitutas o de asistencia (45).

Dos decisiones de tribunales supremos estatales en los Estados Unidos, de valor persuasivo en Puerto Rico, se han expresado en torno a la validez del contrato de maternidad sustituta. En *Surrogate Parenting Associates, Inc. v. Kentucky* (46), el Tribunal Supremo del Estado de Kentucky declaró válido un contrato de maternidad subrogada, reconociendo que «la decisión o no de concebir o procrear un niño está en el corazón mismo... de las alternativas constitucionalmente protegidas» (47).

El Tribunal Supremo de Nueva Jersey, en el renombrado caso de *Baby M*, declaró nulo e inexigible el contrato de maternidad subrogada, por contrario a la legislación y política pública estatal (48). Resolvió, además, que el derecho a la procreación está protegido constitucionalmente, señalando que es «muy simplemente el derecho a tener hijos, bien sea mediante relaciones sexuales o por inseminación artificial. No es nada más que eso» (49). Es de rigor significar que en el caso de *Baby M* el pago de dinero o renumeración por servicios y la renuncia de derechos materno-filiales son obviamente los elementos diferenciadores de esta alternativa de contrato de maternidad subrogada (50). Es por ello que el mismo Tribunal señala que no es

(45) Esta es una apretadísima síntesis, sin matizaciones, de la tendencia mayoritaria en la literatura jurídica norteamericana. Por todos, véase JOHN A. ROBERTSON, *Embryos, Families, and Procreative Liberty: The Legal Structure of the New Reproduction*, 59 «Southern California Law Review» 939, 957-967 (1986); además, CYNTHIA A. RUSHEVSKY, *Note: Legal Recognition of Surrogate Gestation*, 7 «Women's Rights Law Reporter» (Rutgers Law School), 107, 110-113 (1982), sobre posibles limitaciones del derecho a la intimidad que se extienden a la procreación.

(46) 704 S. W. 2d 209 (1986).

(47) *Ibid.*, p. 212.

(48) *In the Matter of Baby M*, Nueva Jersey, 3 de febrero de 1988, 1988 N. J. Lexis, 1, 5, 23, 25 y 65. Véase también 537 A. 2d 1227 (N. J. 1988).

(49) 1988 N. J. Lexis 1, 66-67. También 537 A. 2d 1227, 1253 (1988).

(50) Las cláusulas más relevantes del contrato de maternidad subrogada en el caso de *Baby M* son las siguientes:

«1. El único propósito de este acuerdo es facilitar al señor Stern y su infértil esposa —que no es parte contractual— procrear una criatura que esté biológicamente relacionada/tenga parentesco biológico con Stern.

»2. Mary Beth Whitehead, madre subrogada, asegura que es capaz de concebir niños. Ella entiende y consiente, por el mejor interés del niño, a no establecer ni intentar establecer una relación paternofilial con la criatura o criaturas que pueda concebir, gestar y procrear, de conformidad con este acuerdo; y libremente renunciará (“surrender”) y entregará su custodia a Stern, padre natural, inmediatamente luego del nacimiento, y concluirá (“terminate”) todos sus derechos materno-filiales con dicha criatura.

»3. Mary Beth Whitehead y Richard Whitehead, su esposo, han estado casados desde el 2 de diciembre de 1973; Richard Whitehead está conforme con este convenio

ofensivo al ordenamiento jurídico vigente en el estado de Nueva Jersey el que «una mujer, voluntariamente y sin que medie pago/remuneración, convenga en ser madre subrogada, siempre que ella no esté contractualmente vinculada a renunciar a su criatura» (51).

b) *El derecho plasmado en el Código civil*

Refiriéndonos exclusivamente al ordenamiento jurídico recogido en el Código civil, abstracción hecha del constitucional, un contrato de maternidad sustituta o suplente es nulo, bien sea por objeto ilícito

y reconoce que su esposa será inseminada artificialmente según se establece en este acuerdo. Richard Whitehead conviene, por el mejor interés del niño, en no establecer ni intentar establecer una relación paterno-filial con la criatura o criaturas que Mary Beth Whitehead pueda concebir mediante inseminación artificial. El acuerdo, además, entregar a Stern, padre biológico, la criatura para su custodia ("surrender immediate custody") concluyendo ("terminate") y renunciando a sus derechos paterno-filiales. Además, él reconoce que realizará todos los actos necesarios para impugnar/desconocer la presunción de paternidad de la criatura que pudiera nacer...

»4. Stern, padre biológico, otorga este contrato por escrito, con Mary Beth Whitehead, acordando que ella será inseminada artificialmente por un médico, con el semen de Stern. Mary Beth Whitehead, madre subrogada, reconoce que ella gestará el embrión/feto hasta el parto. Los esposos Whitehead convienen en entregar la custodia de la criatura a Stern, inmediatamente después del nacimiento, reconociendo que es por el mejor interés del niño lo que así acuerda... Entienden los esposos Whitehead que la criatura a ser concebida se concebirá con el único propósito de entregarla a Stern, su padre natural y biológico...

»5. Que la *consideration* por este convenio, que es compensación por los servicios y gastos, y de ninguna forma debe ser interpretada como honorario por la renuncia de derechos paterno-filiales o pago a su cambio de la entrega de la criatura consintiendo su adopción, será: a) \$ 10.000,00 se pagarán a Mary Beth Whitehead al entregar la custodia a Stern; b) la *consideration* a pagarse a Mary Beth Whitehead será depositada con el Centro de Infertilidad de Nueva York, representante de Stern al momento de la firma de este acuerdo, y c) Stern pagará los gastos en que incurra la señora Whitehead debido al estado de embarazo.

»6. Los esposos Whitehead acuerdan que es derecho único y exclusivo de Stern, padre biológico, dar nombre a la criatura.

»7. En caso de muerte de Stern, antes o después del nacimiento de la criatura, los esposos Whitehead reconocen que entregarían su custodia a la señora Stern.

»8. Mary Beth Whitehead conviene que no abortará el niño concebido, excepto que en opinión profesional del médico que la inseminó ello fuese necesario para su propia salud o que se determine que la criatura concebida fuese psicológicamente anormal.» 1988 N. J. Lexis, 1, 101-102 (Ap. A).

«Además del contrato anterior, había otro entre Stern y el Centro de Infertilidad de Nueva York, corporación que gestionó la búsqueda de la persona que realizaría los servicios de maternidad subrogada. Stern pagó al centro 7.500 dólares. Además, los 10.000 dólares que Stern pagaría a la señora Whitehead, los depositó en el Centro, el cual pagaría una vez cumplido el contrato de maternidad subrogada.» 1988 N. J. Lexis 113-121 (Ap. B). Véase PEDRO F. SILVA-RUIZ, *Baby M y el Contrato de Maternidad Subrogada, Sustituta o Suplente*, publicado en el «Boletín de Información del Ministerio de Justicia», Madrid, España, 15 de septiembre de 1988, núm. 1.503, pp. 3898-99, modificándose las notas al pie de página (la traducción de las cláusulas contractuales es nuestra). Los Apéndices A y B aparecen en 537 A. 2d 1227, 1265-1273 (1988).

(51) 1988 N. J. Lexis 1, 6. 537 A. 2d 1227, 1235 (1988).

(no se permite el comercio con el cuerpo humano, que está fuera del comercio de los hombres) o causa torpe (52).

5. Otros aspectos

La maternidad sustituta plantea otras cuestiones, tales como: 1) posibles excepciones a la norma general sobre nulidad e inexigibilidad de ese contrato; 2) determinación de la maternidad: ¿es madre la mujer que ha aportado el gameto femenino (madre biológica) o lo será la mujer gestante (madre portadora/gestante), que puede ser la misma mujer que ha aportado el óvulo/gameto femenino u otra diferente? ¿O podría serlo, acaso, mujer distinta: aquella a la cual se le entregue la criatura, ya nacida?, y 3) determinación de la paternidad. Discutiendo estos aspectos, es conveniente destacar que, en el Consejo de Europa, el CAHBI, que recomendó que los contratos de maternidad sustituta se consideren nulos e inexigibles, reconoció la posibilidad de casos excepcionales en los cuales admitiría dicho convenio. Así, por ejemplo, y por razones humanitarias, dicha excepción podría ser la siguiente: una madre ha hecho los arreglos para una fertilización *in vitro* y subsiguientemente adviene no apta para el reimplante del embrión. En esta situación, una madre sustituta es la única posibilidad para salvar la vida del embrión, por lo que procedería implantarlo en esta otra mujer.

Aun en este caso, el CAHBI es de la opinión que la madre sustituta no debe recibir paga o remuneración por sus servicios y, sobre todo, ha de reconocérsele el derecho a retener a la criatura al nacer.

Ese mismo cuerpo de expertos recomienda que las situaciones excepcionales en las cuales se admitiría la maternidad subrogada deben quedar expresamente mencionadas en la legislación aprobada al efecto (53).

En cuanto a la determinación de la maternidad jurídica, me decanto en favor de la madre gestante, que parirá a la criatura. A mi juicio, prima el componente de la gestación al genético. La gestante lleva la criatura en su vientre durante varios meses, protegiéndolo

(52) Véase PEDRO F. SILVA-RUIZ, *El contrato de maternidad sustituta o suplente o subrogada, la maternidad de alquiler*, en el «Boletín de Información del Ministerio de Justicia», Madrid, España, núm. 1.447, 25 de febrero de 1987, p. 11. Además, véase del mismo autor, *La familia y los avances científicos: la inseminación artificial y la fecundación extrauterina*, 19 «Revista Jurídica de la Universidad Interamericana de Puerto Rico», pp. 550-552 (1985).

(53) FRITZ W. HONDIUS, *The Council of Europe's Contribution to Solving Problems raised by Human Artificial Procreation*, en «La filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana», citado, p. 61. CAHBI significa «Ad Hoc Committee of Experts on Progress in the Biomedical Sciences».

fisiológica y psicológicamente (interacción entre el feto y el ambiente en el claustro materno).

Sobre la determinación de la paternidad, existiendo la libre investigación de ésta, en Puerto Rico, padre sería aquel hombre que aportó el material genesiaco. Evidencia que «comprenda e incluya la fecundación, hoy científicamente demostrable, toda vez que no es el acceso carnal, y sí la fecundación, el germen determinante de la paternidad en última consecuencia» (54), dispondría, con éxito, la acción de impugnación de la paternidad-filiación que se incoe judicialmente en el supuesto de maternidad subrogada con mujer casada que no fuese inseminada por su marido, pues la criatura se presume hijo del marido. El clásico principio *Peter is quem nuptiae demonstrant* se transmuta por el de *Pater is quem sanguis demonstrat*.

CONCLUSIONES

El contrato de maternidad sustituta, suplente o subrogada plantea trascendentales cuestiones éticas y jurídicas. Desde el punto de vista jurídico, en materia constitucional, está por resolverse si el derecho a la procreación comprende, además de la sexual/coital, la no sexual/no coital. A mi juicio, los tribunales de justicia oportunamente resolverán que esta última queda también comprendida. Esto es, el derecho a la procreación está constitucionalmente protegido, independientemente de los medios para lograrlo: realización del coito fecundador o mediante técnicas de fecundación asistida. Entonces, si, además, el convenio es gratuito y no hay renuncia de derechos materno-filiales, evitándose así otras controversias, tales como la adopción de menores, y contravención de alguna otra política pública, dicho contrato pudiera declararse válido, pues conllevaría el medio para ejercer un derecho constitucionalmente protegido.

El derecho menos jerárquico —el recogido en el Código civil, por ejemplo— tendría que acomodarse a la norma constitucional, pues ésta es de mayor jerarquía.

Entretanto un tribunal no resuelva categóricamente que el derecho a la procreación, constitucionalmente protegido, comprende también el de la procreación no sexual/no coital, mediante técnicas de fecundación asistida, puede pensarse en que, entonces, debe aplicarse el derecho constituido: el derecho recogido en el Código civil.

En otros países, en los cuales el derecho constitucional no comprenda la protección a la procreación, sexual y no sexual, podría apro-

(54) *Moreno v. Moreno*, 1982, Col. Abog. 41, voto particular de uno de los jueces asociados (señor Díaz Cruz).

barse legislación, como la española (55), declarando nulo el contrato de maternidad subrogada. Aunque aplicando normas ya existentes en el Código civil, el Derecho español, a mi juicio, pudo llegar a la misma conclusión sobre la no validez del contrato aludido. Pero, para atender otras cuestiones, como la determinación de la maternidad fue conveniente legislar al respecto.

Resulta transparente de lo indicado precedentemente que es conveniente legislar en materia de técnicas de reproducción asistida. Algunos temas/normas son propias de legislación especial, pero otras podrían incorporarse al capítulo sobre la filiación en el Código civil.

(55) En España, la Ley núm. 35 de 22 de noviembre de 1988 —sobre Técnicas de Reproducción Asistida—, publicada en el «Boletín Oficial del Estado», núm. 282, el jueves, 24 de noviembre de 1988 (núm. 27.108, Jefatura del Estado), p. 33373, en su artículo 10 ordena:

«1. Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna en favor del contratante o de un tercero.

»2. La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto.

»3. Queda a salvo la posible acción de reclamación de paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales.»