



GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN Y LA NECESIDAD DE SU REGULACIÓN EN PANAMÁ

Mgtr. Ghislana Haychel Guevara Centella

Asistente de Magistrado de la Sala Tercera

Órgano Judicial de la República de Panamá.

Correo electrónico: ghislana.guevara@organojudicial.gob.pa

GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN Y LA NECESIDAD DE SU REGULACIÓN EN PANAMÁ

Recibido: Noviembre 2020

Aprobado: Diciembre 2020

Resumen

La creciente demanda por la práctica de la gestación por sustitución, comúnmente denominada alquiler de vientre, y las diversas implicaciones éticas, sociales y jurídicas que de la misma se desprenden, es lo que ha llevado a muchos países a legislar al respecto, con el fin primordial de proteger y garantizar los derechos, tanto de los niños y niñas, como de las gestantes y los padres intencionales. Y es que la experiencia en el Derecho Comparado, ha sido la de que, ni la prohibición expresa (España), ni la omisión legislativa (Panamá), impiden que esta Técnica de Reproducción Humana Asistida se lleve a cabo; al contrario, esta se realiza en la clandestinidad o mediante diversos subterfugios, como el turismo reproductivo, generándose con ello una serie de conflictos, que podrían haberse evitado con una legislación que la regulara, desde el inicio hasta el final del procedimiento. Indiscutiblemente, que la creación de una excerta legal especial causará múltiples debates, sin embargo, no hay que perder de vista que el Derecho debe adaptarse a las realidades sociales y prever soluciones para los distintos problemas que la misma presenta, brindando de este modo seguridad jurídica a los administrados que confían en el sistema.

Abstract

The growing demand for the practice of surrogacy, commonly called surrogate motherhood, and the various ethical, social and legal implications that arise from it, is what has led many countries to legislate in this regard, in order to essentially protect and guarantee the rights of both boys and girls, gestational surrogates and intended parents. The fact of the matter is that the experience of Comparative Law has been that, neither the statutory prohibition (Spain), nor the legislative omission (Panama), prevents this Assisted Human Reproduction Technique from being carried out; On the contrary, it is carried out clandestinely or through various subterfuges, such as reproductive tourism, thereby generating a series of conflicts, which could have been avoided with legislation that regulated it, from the beginning to the end of the procedure. Unquestionably, the creation of a special legal excerpt will cause multiple debates; nevertheless, we must not lose sight of the fact that the Law must adapt to social realities and provide solutions for the different problems that could arise from those social realities, thus providing legal certainty to citizens who trust the system.

Palabras Claves

Gestación por sustitución, gestante, padres intencionales, turismo reproductivo, acuerdo de gestación por sustitución..

Keywords

Gestational Surrogacy, gestational surrogate, intended parents, reproductive tourism, gestational surrogacy agreement..

Introducción

¿Qué es la gestación por sustitución? ¿Cuáles son sus modalidades? ¿En qué consiste el acuerdo que celebran las partes? ¿Cuáles son los argumentos a favor y en contra de esta práctica? ¿Qué tendencias prevalecen en el Derecho Comparado? ¿Qué es el turismo reproductivo y qué consecuencias se derivan del mismo? ¿Cuál es la situación jurídica en Panamá? ¿Disponen nuestras autoridades administrativas y judiciales de un marco legal y/o reglamentario que les permita resolver los conflictos que se derivan de la gestación por sustitución y, a la vez, le brinde seguridad jurídica a las partes involucradas?

Estas son las interrogantes que nos avocamos a contestar en este ensayo, con el propósito de describir la figura en sus más importantes aspectos, avizorar el tratamiento que se le ha dado en otras regiones, y comprender, ante el vacío legislativo y los conflictos que la misma ocasiona, la necesidad de su regulación en Panamá.

Realmente, es un tema rodeado de posturas a favor y en contra, que es lo que muchas veces nos abstiene de abordarlo y, por ende, de lograr un consenso, pero lo cierto es que hoy en día, muchos niños y niñas, fruto de gestación por sustitución, son vulnerados en sus derechos a la identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares, por la falta de un marco legal y/o reglamentario que establezca, por ejemplo, cómo se determina la filiación del menor, en especial, la materna. O que, producto del incumplimiento de las obligaciones pactadas,

ninguna de las partes contratantes (gestante y padres intencionales) desee al infante, luego de nacido.

Entonces, frente a estos escenarios, se comprende la importancia que reviste, tanto para los operadores de justicia como para las autoridades administrativas, y para la sociedad en general, que se legisle sobre la materia, y de esta manera se proteja y se garantice el interés superior del menor.

Gestación por sustitución y la necesidad de su regulación en Panamá

1. Aspectos generales de la gestación por sustitución. Terminología, conceptos, modalidades y acuerdos

Son diversos los términos que actualmente se utilizan, cuando se hace referencia a esta práctica. No obstante, los más comunes son: alquiler de vientre, maternidad subrogada, maternidad sustituta, maternidad de alquiler, gestación subrogada y gestación por sustitución.

Pacheco, (2019) por ejemplo, emplea el vocablo de gestación subrogada, a la cual se refiere de la siguiente manera:

...técnica de reproducción asistida que consiste en la gestación del embrión de otra persona, previo acuerdo de ambas partes. Es decir, una de las partes, llamada mujer gestante, acepta gestar el niño de otra persona o personas, llamados

comitentes o padres intencionales, hasta el momento del nacimiento del menor, instante en el cual, la mujer gestante entrega el niño a los padres intencionales, y renuncia a todos los derechos sobre el mismo, incluida la filiación (p. 8).

Por su parte, Lamm, (2012) se inclina por la denominación de gestación por sustitución, pues, según expresa "...la mujer que actúa como gestante, precisamente gesta un hijo para otro... Y la palabra sustitución especifica que se gesta para otro, y por otro que no puede hacerlo" (p. 4).

Añade la autora, que es incorrecto hablar de maternidad, ya que la misma engloba una realidad mucho más extensa que la gestación, así como también es indebido utilizar la expresión subrogada, porque esta se asocia con los supuestos en los que la gestante, no solo lleva a cabo la gestación, sino que también aporta su material genético. Continúa indicando que:

...la gestación por sustitución es una forma de reproducción asistida, por medio de la cual una persona, denominada gestante, acuerda con otra persona, o con una pareja, denominadas comitentes, gestar un embrión con el fin de que la persona nacida tenga vínculos jurídicos de filiación con la parte comitente (2014, p. 24).

Ahora bien, si se toman en consideración las diversas modalidades bajo las cuales se realiza esta práctica, las cuales abordaremos

más adelante, se concluye que la misma implica que una mujer a la cual se le denomina gestante, previa solicitud de una persona o una pareja a las cuales se les llama comitentes o padres intencionales, lleva a cabo la gestación de un bebé, para que luego de nacido, sea entregado a estos últimos, a fin de asumir la maternidad y/o paternidad.

En caso que la gestante aporte su óvulo, se le practica una inseminación artificial con el semen del padre de intención o de un donante, y en el supuesto que no lo aporte, entonces se implanta en su útero un embrión que resulta de la fertilización in vitro de material genético proveniente, ya sea, de los comitentes, de uno de ellos y un donante, o de dos donantes.

Teniendo en cuenta nuestra postura sobre el tema, la cual se orienta hacia la permisión de esta práctica, pero solo bajo ciertas condiciones y requisitos, por ejemplo, que la gestante no mantenga vínculo genético con el niño o niña, estimamos que el término más apropiado para referirse a esta práctica es el de gestación por sustitución, la cual conceptuamos como una alternativa que tienen las parejas que, enfrentadas a problemas de esterilidad¹ e infertilidad², y queriendo ejercer sus derechos a procrear y a formar una familia³, recurren a una mujer apta, para que geste el embrión, resultado de la fertilización in vitro de material genético proveniente de dicha pareja, o de uno de sus integrantes y un donante y luego del nacimiento de su hijo o hija, puedan asumir el correspondiente vínculo materno y paterno filial, protegiendo su vida y proporcionándole los cuidados y la orientación que sean necesarios.

¹ Se entiende por esterilidad la incapacidad, tanto por parte del varón como de la mujer, para concebir.

² La infertilidad es la incapacidad para producir un hijo vivo.

³ De conformidad con el artículo 582, numerales 1 y 3, del Código de la Familia de la República de Panamá, son derechos familiares de la persona, la formación e integración de una familia, y la procreación y decisión responsable del número de hijos.

En cuanto a las modalidades o los tipos de esta práctica, cabe señalar que la misma varía en función de dos aspectos principales, a saber: la procedencia de los óvulos, en cuyo caso puede ser tradicional o gestacional; y la compensación de la gestante, situación que distingue entre la comercial o la altruista. Expliquemos en qué consiste cada una de estas modalidades:

1.1. Tradicional: La gestante aporta su óvulo, por lo que será inseminada artificialmente con el espermatozoides del padre de intención o de un donante. Significa, entonces, que la misma será la madre genética del infante que será entregado a los comitentes. Actualmente, esta modalidad está en desuso.

1.2. Gestacional: La gestante solo actúa como tal, sin aportar su óvulo. Es decir, que se limitará a gestar y a dar a luz al bebé, que genéticamente será hijo o hija de los padres intencionales o de donantes. Se fecundará el óvulo mediante fertilización *in vitro* y el embrión resultante será implantado en el útero de la gestante. En la actualidad, este es el tipo de gestación por sustitución más frecuente.

1.3. Comercial: Además de los gastos derivados del embarazo y del lucro cesante por el tiempo que dure el mismo, la gestante recibe determinada suma de dinero, en razón del servicio prestado. Se trata, por tanto, de un pacto oneroso.

1.4. Altruista: La gestante no recibe pago alguno, más allá del reembolso de los gastos derivados del embarazo y, en algunos casos, del lucro cesante por el tiempo que duró el mismo.

Por otra parte, es fundamental advertir, que previo al inicio de esta práctica, la gestante y los

comitentes suscriben un acuerdo de gestación por sustitución, en el cual se pactan, entre otros aspectos, los derechos y las obligaciones de las partes, así como el modo en que estas deben actuar frente a situaciones tales como: el aborto, la cancelación del tratamiento de reproducción asistida, la muerte de alguno de los padres intencionales, el divorcio de estos, el arrepentimiento de la gestante, entre otros aspectos.

Vale la pena destacar, que algunos países que admiten la gestación por sustitución, establecen en su regulación que, antes de proceder con el tratamiento de reproducción asistida, el acuerdo de voluntades suscrito entre la gestante y los comitentes debe ser presentado y aprobado por autoridad competente. Esta última, que puede ser un juez, un tribunal, un notario o un organismo especializado, tiene que verificar que se cumplan los requisitos y las condiciones que se prevén en su respectiva legislación para llevar a cabo la práctica, y de resultar ello satisfactorio, entonces aprobar el acuerdo.

2. ¿Por qué prohibir o por qué permitir la gestación por sustitución?

2.1. Argumentos en contra. Entre los argumentos que sustentan el rechazo de esta práctica, prevalecen los siguientes:

2.1.1. Implica la concertación de acuerdos con objeto ilícito

Teniendo en cuenta que esta práctica implica, por un lado, la entrega de un niño o niña y, por el otro, la prestación del servicio de gestación, tratándose, por tanto, de cosas y servicios que están fuera del comercio de los hombres, gran parte de la doctrina afirma que nos encontramos ante un contrato con objeto ilícito, viciado, en

consecuencia, de nulidad absoluta. Esta postura se intensifica, cuando la gestación por sustitución se lleva a cabo en su modalidad comercial, ya que a cambio de dinero, una mujer pone a disposición de otra o de una pareja, no solo su capacidad reproductiva, sino también al infante que alumbró; situación que ha dado lugar a que, cuando se hable de esta práctica, se piense inmediatamente en la cosificación, explotación y comercialización de seres humanos.

2.1.2. Los acuerdos son contrarios al carácter de orden público e interés social de las disposiciones jurídicas familiares, así como al carácter personalísimo, irrenunciable e indisponible de los derechos familiares

Quienes se oponen a la gestación por sustitución, alegan que dado que el Código de la Familia, (2017) artículo 4 establece que la filiación y los demás derechos familiares son, por regla general, personalísimos, irrenunciables e indisponibles y que el artículo 3 dispone que las normas jurídicas familiares son de orden público e interés social, de modo que no pueden ser variadas o alteradas por la voluntad de los particulares, resulta claro que estos no pueden concertar acuerdos con el propósito de evadir el tratamiento que a determinado derecho familiar le ha fijado la legislación, por ejemplo, una madre no puede renunciar a su derecho a la filiación para transferírselo a otra, pues, el mismo es irrenunciable e intransferible, y tampoco pueden alterarse las reglas establecidas en cuanto a la determinación de la filiación materna, particularmente, atribuirle la maternidad a quien no ha demostrado el hecho del parto, siendo ello lo que precisamente ocurre en la gestación por sustitución.

2.1.3. En la mayoría de los casos, supone un fraude a la ley

Dreyzin de Klor, (2012) señala que el fraude a la ley:

...se configura ante la comisión de actos que trasuntan la voluntad de los involucrados de sustraerse maliciosamente al sistema jurídico que la norma de DIPr determina, a través de la alteración insincera del punto de conexión, para beneficiarse, de alguna manera, al someterse a una legislación que no es aquella a la que la norma indirecta remite. Consiste, pues, en el empleo del mecanismo conflictual para alcanzar un resultado que, de otro modo, no sería posible (p. 103).

Al respecto, quienes se muestran contrarios a la gestación por sustitución, indican que la misma representa un fraude a la ley, porque los comitentes se trasladan a países donde es lícito llevar a cabo esta práctica y luego regresan a su lugar de domicilio, donde la misma está prohibida, es decir, se recurre al extranjero para hacer algo que en su país de residencia es ilícito.

2.1.4. Configura delitos

Los antagonistas de esta práctica aseveran que a través de ella se pueden configurar varios tipos penales, como los delitos Contra la Identidad y Tráfico de Personas Menores de Edad. Al respecto, el Código Penal, (2009) artículos 205 y 207 establecen que:

Artículo 205

Quien suprima o altere la identidad de un menor de edad en los registros del estado civil será sancionado

con prisión de tres a cinco años. La misma pena se aplicará a quien, a sabiendas, entregue un menor de edad a una persona que no sea su progenitor o a quien no esté autorizado para recibirlo.

Artículo 207

Quien venda, ofrezca, entregue, transfiera o acepte a un niño, niña o adolescente a cambio de remuneración, pago o recompensa será sancionado con pena de prisión de cinco a diez años. Igual pena se aplicará a quien oferte, posea, consienta, adquiera o induzca la venta de una niña, niño o adolescente con fines de adopción ilegítima, en violación a los instrumentos jurídicos aplicables en materia de adopción. Cuando la venta, ofrecimiento, entrega, transferencia o aceptación de un niño, niña o adolescente tenga como fin la explotación sexual, la extracción de sus órganos, el trabajo forzado o la servidumbre, la pena se aumentará de un tercio a la mitad del máximo.

Lo anterior, por las siguientes razones: al proceder los padres intencionales a inscribir el infante como hijo o hija suyo, se está alterando su identidad, principalmente, su filiación materna, ya que para todos los efectos legales, su madre es la que lo ha dado a luz; en el caso de gestación por sustitución en su modalidad comercial, es evidente que la gestante está entregando al niño o niña, a cambio de una remuneración; y en el supuesto que lo esté entregando, para que el mismo sea adoptado por los comitentes, se está conviniendo en una adopción, que no cumple con los requisitos legales.

2.1.5. Desplaza la adopción, que es tan necesaria

Los disidentes de la gestación por sustitución, sostienen que para las personas o las parejas que no pueden procrear de forma natural y desean acceder a la paternidad, ya la legislación prevé una vía, que es la adopción. Este argumento adquiere más vigor cuando el niño o niña que nace mediante gestación por sustitución, no comparte vínculo genético con alguno de los padres intencionales, situación frente a la cual, quienes se oponen a esta práctica, señalan que lo correcto era haber recurrido a la adopción y no a la gestación por sustitución.

2.1.6. Plantea problemas de difícil solución entre las partes, en detrimento del interés superior del menor

Otro de los argumentos en los que se sustenta la prohibición de la gestación por sustitución, está que esta práctica puede plantear problemas de difícil solución entre las partes, por ejemplo: el aborto, la separación o el divorcio de los comitentes, la muerte de uno de los dos, el rechazo de la gestante a entregar el bebé a los comitentes, o la negativa de estos a recibirlo por no haber nacido sano, el no pago de lo acordado, entre otras circunstancias, que indiscutiblemente van en detrimento del interés superior del menor.

2.2. Argumentos que la favorecen.

Así como hay posiciones en contra de la gestación por sustitución, también hay posturas a su favor. Algunos de los argumentos en que se sustentan estas últimas, son los siguientes:

2.2.1. No viola el interés superior del menor

Lo primero que se señala es que el

niño fruto de gestación por sustitución, nace en una familia que verdaderamente lo deseó, y está comprometida en proteger su vida, proporcionarle los cuidados y las orientaciones que sean necesarias. También se indica, no hay estudios que demuestren, que los niños que nacen a través de esta práctica sean afectados psicológicamente. Además, en vista que la gestación por sustitución es una realidad, el interés superior del menor se vulnera, si no existe un marco jurídico que lo proteja y le brinde seguridad jurídica.

2.2.2. La gestación por sustitución es una manifestación del derecho a procrear hijos y a formar e integrar una familia

Considerando que toda persona tiene el derecho de procrear hijos, de formar una familia y de recibir protección por parte del Estado, quienes se muestran a favor de esta práctica se preguntan: ¿Por qué prohibir el ejercicio de estos derechos a una pareja que, por problemas de esterilidad o infertilidad, recurre a la gestación por sustitución, si en el ordenamiento jurídico vigente, no se establece que solo se pueda procrear de forma natural? Concretamente, ¿Por qué negarle el derecho de procrear hijos a padres intencionales, cuando la mujer, por razones biológicas o médicas, por ejemplo, padeciendo del Síndrome de Rokitansky-Küster-Hauser⁴, se ve obligada a recurrir a otra para gestar el embrión que ha resultado de la fertilización in vitro de material genético proveniente de ellos mismos?

2.2.3. Permite que los comitentes aporten su material genético

En este sentido, se expone que, a

diferencia de la adopción, la gestación por sustitución permite a los comitentes aportar su material genético, lo cual significa que el bebé que dé a luz la gestante, es genéticamente hijo o hija de los padres intencionales. También permite que, al menos, uno de los comitentes aporte su material genético, lo cual implica la existencia de un vínculo biológico entre el niño y uno de sus padres, no siendo ello posible con la adopción.

2.2.4. El argumento de la cosificación, explotación y comercialización de la gestante, subestima su capacidad de consentir

Sobre el particular, se expresa que los acuerdos de gestación por sustitución son voluntarios, de ahí no hay por qué hablar de explotación, cosificación o comercialización de la gestante, pues tales argumentos subestiman su capacidad de consentir, la privan de sus derechos a la privacidad y a la autodeterminación.

2.2.5. Los problemas se solucionan con el acuerdo de gestación por sustitución

Quienes favorecen esta práctica, afirman que en los acuerdos de gestación por sustitución se regulan, en su mayoría, las situaciones que pueden darse durante el proceso, es decir, en los mismos queda estipulado cómo deben actuar las partes involucradas ante problemas tales como: el aborto, la separación o el divorcio de los comitentes, la muerte de uno de ellos, el rechazo de la gestante a entregar al bebé a los comitentes, o la negativa de estos de recibirlo por no haber nacido sano, el no

⁴ El síndrome de Mayer-Rokitansky-Küster-Hauser afecta a una de cada 4,500 mujeres. Se caracteriza por la ausencia congénita del tercio superior de la vagina, útero y trompas, pero con ovarios funcionales. Se asocia comúnmente con malformaciones renales. La edad al momento del diagnóstico es de entre 15 y 18 años. La imposibilidad de embarazarse por la ausencia de útero es el aspecto más difícil de aceptar, por eso se contempla la posibilidad reproductiva con técnicas alternativas de reproducción asistida o de adopción.

pago de lo acordado, entre otros; de manera tal, que la solución ante tales circunstancias, la ofrece el mismo contrato suscrito por las partes.

2.2.6. Supone fraude a la ley, porque se prohíbe o no se regula

En favor de esta práctica, igualmente se argumenta que, si cada legislación regulara la gestación por sustitución, se evitaría que muchas parejas viajen al extranjero, para llevar a cabo algo que en su país de residencia está prohibido o es ignorado.

3. La gestación por sustitución en el Derecho Comparado

Lamm, (2012) señala que “En el derecho comparado se encuentran 3 posturas: a) prohibición de la gestación por sustitución; b) admisión, solo cuando es altruista y bajo ciertos requisitos y condiciones; c) admisión amplia” (p. 11). Veamos cada una de ellas:

3.1. Prohibición de la gestación por sustitución

Entre los países que prohíben esta práctica están: Francia, Alemania, Italia y España, entre otros. Dada esta prohibición, el acuerdo que al respecto suscriben las partes es nulo. Pero además de la nulidad del contrato, en algunos de estos Estados se imponen multas para sancionar la práctica.

En el caso de España, la gestación por sustitución es regulada por la Ley 14, (2006) específicamente, en su artículo 10.1, el cual es del tenor siguiente:

En casos de gestación por sustitución, se considera que la madre legal del niño es aquella que ha dado a luz (*mater semper certa est*).

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

Conforme se advierte, en España, al igual que en Panamá, la determinación de la filiación materna se rige por el principio *mater semper certa est*, según el cual, la mujer que da a luz, es la madre del recién nacido para todos los efectos legales. Por tal razón, quien no ha alumbrado al niño o niña, como es el caso de la madre intencional, no está legitimada para reclamar la maternidad. De tal suerte que, según expresa Pacheco (2019) “...en el caso de la determinación de la filiación materna, el legislador español se decanta por el factor obstétrico, ante el factor volitivo” (p. 12).

Sin embargo, es dable anotar que el artículo 10.3 del citado cuerpo normativo, otorga la facultad al padre intencional para interponer una acción de reclamación de paternidad, siempre y cuando el mismo haya transmitido su material genético al infante.

Pero ¿Cuáles son las consecuencias que se derivan del artículo 10.1 de la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida de España, que declara nulo, de pleno derecho, el acuerdo de gestación por sustitución?

- La primera y más importante es que, aunque las partes suscribieran este acuerdo y la gestación por sustitución se llevara a cabo, la filiación materna automáticamente quedaría determinada a favor de la gestante, con independencia de que la misma haya o no haya aportado su material genético. Es decir, el Registro

- Civil inscribiría directamente como madre del bebé a la mujer que, según el parte del facultativo, lo haya dado a luz.
- La segunda consecuencia, es que los comitentes no podrán interponer acción legal alguna que obligue a la gestante a cumplir con lo pactado en el acuerdo, por ejemplo, si luego de dar a luz, esta se arrepiente y decide no entregar la criatura a los padres intencionales, ni a devolver el dinero que, en concepto del servicio contratado, aquéllos le hubiesen entregado. Asimismo, la gestante tampoco dispondrá de mecanismo legal alguno que le permita exigir a los padres intencionales que reciban el infante, en caso que los mismos se rehúsen a hacerlo, por no haber nacido sano, por ejemplo.
 - La tercera consecuencia, es que ninguna de las partes se podrá exigir monto alguno en concepto de indemnización, por incumplimiento del contrato, dado que este, al ser nulo de pleno derecho, es como si nunca hubiese existido.

En fin, si la gestación por sustitución se lleva a cabo en España, las partes no tienen ningún tipo de garantía o seguridad jurídica en cuanto al cumplimiento de lo estipulado en el acuerdo. Este es el motivo por el cual muchas parejas, como vía para acceder a la paternidad, optan por salir al extranjero para recurrir a esta práctica, originando con ello lo que se conoce como el turismo reproductivo.

3.2. Permisión limitada de la gestación por sustitución

Por otra parte, entre los países que admiten la gestación por sustitución, bajo ciertas condiciones y requisitos, se encuentran: Reino Unido, Grecia, Portugal, Israel, Australia, Sudáfrica, Canadá, Brasil, Uruguay, entre otros.

De acuerdo con las legislaciones de estos países, a las cuales hace referencia Lamm, (2012) algunas de estas limitaciones son las siguientes: que se practique en sus modalidades gestacional y altruista; que los padres intencionales sean parejas heterosexuales; que al menos uno de los comitentes aporte su material genético; que los padres intencionales se enfrenten a problemas de esterilidad o infertilidad; que la gestante tenga plena capacidad y goce de buena salud física y psíquica; que la gestante no se haya sometido a más de dos procesos de gestación por sustitución; que la gestante tenga, al menos, un hijo propio; que la gestante mantenga algún vínculo con los comitentes, ya sea de parentesco o de amistad; que la autoridad competente haya aprobado el acuerdo de gestación por sustitución antes de iniciar el procedimiento.

Uruguay, por ejemplo, regula la gestación por sustitución en la Ley 19,167, (2013) de acuerdo con los siguientes términos:

Artículo 25. (Nulidad).-Serán absolutamente nulos los contratos a título oneroso o gratuito entre una pareja o mujer que provea gametos o embriones, sean estos propios o de terceros para la gestación en el útero de otra mujer, obligando a esta a entregar el nacido a la otra parte o a un tercero.

Exceptúese de lo dispuesto precedentemente, únicamente la situación de la mujer cuyo útero no pueda gestar su embarazo debido a enfermedades genéticas o adquiridas, quien podrá acordar con un familiar suyo de segundo grado de consanguinidad, o de su

pareja en su caso, la implantación y gestación del embrión propio.

Entiéndase por embrión propio aquel que es formado como mínimo por un gameto de la pareja o en el caso de la mujer sola por su óvulo. La incapacidad referida deberá ser diagnosticada por el equipo tratante, el que deberá elevar un informe a la Comisión Honoraria de Reproducción Humana Asistida para su conocimiento, la que evaluará si se cumplen las condiciones establecidas en el inciso segundo de este artículo.

Artículo 26. (Suscripción de acuerdo).-El acuerdo a que refiere el inciso segundo del artículo anterior deberá ser de naturaleza gratuita y suscripto por todas las partes intervinientes.

Artículo 27. (Filiación).-En el caso previsto como excepción en el artículo 25 de la presente ley, la filiación del nacido corresponderá a quienes hayan solicitado y acordado la subrogación de la gestación.

Artículo 28. (Filiación Materna).-La filiación materna estará determinada por el parto o la cesárea de la madre biológica o en su caso por la mujer cuya gestación ha sido subrogada.

En relación con la determinación de la filiación materna del nacido mediante gestación por sustitución, es dable anotar que con el uso de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida, en adelante, TRHA, particularmente, varios países, entre estos, Argentina, han incorporado en su derecho

positivo, una tercera causa y fuente filial, derivada de la aplicación de estas prácticas, en la cual, la voluntad procreacional o, mejor dicho, la intención de ser padres, se convierte en el factor determinante de los vínculos filiales, con independencia de quién o quiénes hayan aportado sus gametos. Así, el Código Civil y Comercial de la Nación, (2020) artículo 558, establece lo siguiente:

Artículo 558. –Fuentes de la filiación. Igualdad de efectos. La filiación puede tener lugar por naturaleza, mediante técnicas de reproducción humana asistida, o por adopción.

La filiación por adopción plena, por naturaleza o por técnicas de reproducción humana asistida, matrimonial y extramatrimonial, surten los mismos efectos, conforme a las disposiciones de este Código.

Ninguna persona puede tener más de dos vínculos filiales, cualquiera sea la naturaleza de la filiación.

Por tanto, al prever un tercer supuesto de filiación, derivado del uso de las TRHA, resulta claro que existe una mayor seguridad jurídica en cuanto a los derechos y las obligaciones de las partes, lo cual, a su vez, favorece el interés superior del menor, siendo este un tema muy interesante que examinaremos en otra oportunidad.

3.3. Permisi3n amplia de la gestaci3n por sustituci3n

Por 3ltimo, entre los pa3ses que permiten totalmente esta pr3ctica, tanto en su modalidad altruista, como comercial, se destacan: parte de Estados Unidos (California, Virginia, Texas, Florida,

Illinois y Utah, etc.), Ucrania y Rusia, entre otros.

En el caso de Estados Unidos, vale la pena destacar que la legislación sobre gestación por sustitución varía dependiendo del Estado. Así, por ejemplo, los Estados de Arizona, Indiana y Nebraska prohíben la misma y consideran nulo de pleno derecho el contrato; mientras que los Estados de Michigan y Nueva York imponen sanciones penales a la gestación por sustitución en la modalidad comercial. Pero también hay Estados en los que se permite la gestación por sustitución en su modalidad comercial, entre estos, California, Virginia, Texas, Florida, Illinois y Utah, entre otros (Pacheco, 2019).

Entre los Estados que menos limitaciones imponen para llevar a cabo la gestación por sustitución y, por ende, que más seguridad jurídica ofrece, es California, de ahí que sea el destino más recurrido internacionalmente.

3.4. Tendencia que prevalece en el Derecho Comparado

¿Prohibir la gestación por sustitución, declarar la nulidad del acuerdo y reconocer, siempre y en todo caso, la maternidad en la gestante? o ¿Regular la gestación por sustitución, y reconocer la filiación de aquel o aquellos que han querido ese hijo o hija?

En la actualidad, la tendencia que prevalece en el Derecho es hacia la regulación y la flexibilización de la gestación por sustitución, que cada vez es más frecuente, a fin de proteger y garantizar los derechos de los infantes frutos de las mismas, así como también dar respuestas y soluciones a los conflictos que se originan cuando surgen desacuerdos entre las partes involucradas.

3.5. Turismo Reproductivo

Una de las más notables consecuencias que se derivan de la prohibición de la gestación por sustitución o el vacío legislativo en materia de las TRHA, es el incremento del turismo reproductivo, al cual se le define:

...como el desplazamiento de un individuo o pareja desde su país de origen a otro país, para acceder a las TRA. De forma más precisa, el fenómeno se identifica con el desplazamiento de posibles receptores de TRA desde una institución, jurisdicción o país donde una técnica en concreto no se encuentra disponible, a otra institución, jurisdicción o país donde pueden obtenerla (Lamm, 2012, p. 21-22).

Pero, ¿Qué problemas genera el turismo reproductivo? Veamos:

3.5.1. Uno de ellos, es que los comitentes no pueden obtener el pasaporte o los documentos necesarios para que el niño o niña pueda viajar. Esto acontece en los países que, si bien consideran padres a los comitentes, no otorgan la nacionalidad a los hijos o hijas de extranjeros nacidos en su territorio. Por tal razón, los padres de intención deben acudir a la oficina consular de su país de residencia, a solicitar un pasaporte para que el menor pueda viajar; sin embargo, en muchas ocasiones, esta petición les es denegada, por diversos motivos, tales como: violación al orden público o fraude a la ley.

Lo anterior, trae como consecuencia que el neonato sea apátrida, es decir, que se encuentre en un limbo jurídico y atascado en el país donde ha nacido, afectándose de esta manera su derecho a la identidad.

Ante a esta situación, los comitentes no pueden permanecer en dicho país indefinidamente, debido a los controles de migración, lo que, a su vez, ocasiona que los padres intencionales se vean obligados a valerse de estrategias que, a la postre, resultan en la comisión de delitos, para lograr sacar al infante del lugar donde ha nacido, y así poder regresar a su país de residencia.

3.5.2. Otro de los problemas que genera el turismo reproductivo, es que el país de residencia de los comitentes, rechaza la filiación reconocida por el país donde se suscribió el acuerdo de gestación por sustitución, por razones de orden público.

En países como Estados Unidos, donde se adquiere la ciudadanía por nacimiento, el niño o niña que es fruto de un acuerdo de gestación por sustitución -que haya tenido lugar en un Estado donde la misma es permitida- puede fácilmente regresar con sus padres intencionales al país de residencia de estos, utilizando el pasaporte estadounidense. Sin embargo, cuando intentan inscribir el certificado de nacimiento del menor que ha sido expedido en el extranjero, o cuando interponen una acción judicial o administrativa para reconocer dicho certificado de nacimiento o la sentencia sobre la filiación del infante que ha sido emitida en el extranjero, el país de residencia de los comitentes les rechaza la solicitud, invocando razones de orden público, específicamente, violación al orden público interno.

En virtud de lo expuesto, el menor es residente en un país que no reconoce a los comitentes como sus padres legales, afectando de este modo su derecho a la identidad, a pesar de ser obligación del

Estado asegurar que los niños no sean apátridas. Así lo establece la Convención sobre los Derechos del Niño, (1989) aprobada por Panamá mediante la Ley 15 (1990) artículos 7 y 8.

Artículo 7

El niño será inscripto inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir la nacionalidad, y en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos.

Los Estados Partes velarán por la aplicación de estos derechos de conformidad con su legislación nacional y las obligaciones que hayan contraído en virtud de los instrumentos internacionales pertinentes en esta esfera, sobre todo cuando el niño resultara de otro modo apátrida.

Artículo 8

Los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas.

Cuando un niño sea privado ilegalmente de algunos de los elementos de su identidad o de todos ellos, los Estados Partes deberán prestar la asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad.

Frente a los problemas que genera el turismo reproductivo, ¿Cuál ha sido el criterio adoptado por el Tribunal Europeo

de Derechos Humanos, en lo sucesivo, TEDH, al decidir sobre casos de gestación por sustitución que tuvieron lugar en países que permiten esta práctica, cuando quienes accionan son franceses, alemanes e italianos que pretender validar la filiación de niños o niñas nacidos en el extranjero, en sus respectivos países de residencia?

En materia de gestación por sustitución, el TEDH se ha pronunciado en varias ocasiones. Sus más relevantes sentencias han sido las siguientes: STEDH de 26 de junio de 2014, núm. 65192/11, Mennesson contra Francia; STEDH de 26 de junio de 2014, núm. 65941/11, Labassee contra Francia; STEDH de 21 de julio de 2016, núm. 9063/14, Foulon contra Francia; STEDH de 21 de julio de 2016, núm. 1041/14, Bouvet contra Francia; y STEDH de 27 de enero de 2015, núm. 25358/12, Paradiso y Campanelli contra Italia (Pacheco, 2019, p. 22). Refirámonos, brevemente, a dos de estos pronunciamientos.

En relación con la Sentencia de 26 de junio de 2014, núm. 65192/11, Mennesson contra Francia, y la Sentencia de 26 de junio de 2014, núm. 65941/11, Labassee contra Francia, cobra importancia señalar que ambas se emiten en el contexto de matrimonios heterosexuales de origen francés que, ante la prohibición de la gestación por sustitución en dicho país, recurrieron a dos Estados de los Estados Unidos, a saber, California y Minnesota, en los que esta práctica es legal. En ambos casos, el semen había sido aportado por el marido, en tanto que el óvulo por una donante, de cuya fertilización in vitro nacieron, respectivamente, dos niñas gemelas y una niña.

A pesar que los comitentes contaban con la sentencia extranjera, en la que se

determinaba la filiación de las niñas a favor de estos, es decir, se les reconocía como padres de las menores, y que entre las recién nacidas y su padre existía un vínculo de consanguinidad, las solicitudes de inscripción de filiación o de reconocimiento de sentencia les fueron denegadas, dado que el contrato de gestación por sustitución en Francia es nulo y atenta contra el orden público internacional francés. Por tanto, si bien las niñas vivían con sus padres intencionales en Francia, garantizándoles el derecho al respeto a la vida familiar, lo cierto es que las mismas no fueron reconocidas como hijas de los matrimonios franceses.

En vista que ambas parejas se oponían a tal decisión, estas recurrieron ante el TEDH, alegando la violación del artículo 8 de la Convención Europea de los Derechos Humanos, (1950) particularmente, el derecho al respeto a la vida privada y familiar, ya que consideraban que el hecho de no poder obtener en Francia el reconocimiento de una filiación que había sido legalmente declarada en el extranjero, representaba un grave perjuicio para el interés superior de las menores.

Frente a la situación expuesta, el TEDH señaló, entre otras consideraciones, que aunque los Estados dispongan de un amplio margen de discreción en cuanto a la regulación de la gestación por sustitución (prohibirla, permitirla o ignorarla), dicho margen debe limitarse cuando se trata de la filiación, ya que ello afecta un aspecto esencial de la identidad de las personas, en este caso, de las niñas, respecto de los cuales debe prevalecer el interés superior del menor. El Tribunal consideró que la negativa de Francia de reconocer la filiación entre las niñas, fruto de gestación

por sustitución, y los padres intencionales, afectaba el derecho al respeto a la vida privada tanto de estos como de las niñas, violándose así el artículo 8 de esta convención antes citada, el cual dispone que:

Artículo 8

Derecho al respeto a la vida privada y familiar

1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia.
2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás.

Al analizar ambas sentencias del THDH, Arango, (2014) hace referencia a las consideraciones en las cuales se basó dicho cuerpo colegiado al emitir su decisión, las cuales giran en torno al interés superior del menor:

...el alto Tribunal ha considerado que el interés superior del menor es un concepto que debe plasmarse de forma indubitada

en el establecimiento de la filiación, haciendo posible desde el nacimiento del niño que su filiación quede acreditada, sin que ello pueda verse afectado por el diferente tratamiento normativo sobre la gestación por sustitución que pueda haber en el país en que residen los padres intencionales y donde residirá el propio menor.

...

El TEDH considera que denegar la inscripción en el Registro Civil francés de estos niños vulnera el artículo 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos que reconoce el derecho que tienen los niños al respeto a su vida privada, que puede verse afectada por la indeterminación de su identidad filial. Indeterminación que, además, lleva a privarlos de la nacionalidad francesa y de todos los derechos que se derivan de la misma. Más cuando, como recalcan ambas sentencias, los niños en los dos casos eran biológicos de los padres y las autoridades francesas se negaron a reconocer este hecho, vulnerando claramente un derecho básico del menor...

Hay que tener en cuenta que el TEDH reconoce, como no podía ser de otro modo, el derecho que tienen todos los Estados a regular de la forma que consideren la gestación por sustitución (admitiéndola, prohibiéndola, ignorándola), pero también incide en que en este caso rechazar la filiación de los menores por el hecho de haber nacido a través de gestación por sustitución ignorando la paternidad

biológica que en ambos casos existía es excederse en el proceder de valoración por parte de las autoridades francesas... (p. 280-281).

4. El vacío legal existente en el ordenamiento jurídico panameño y la imperiosa necesidad de la regulación de la gestación por sustitución.

Como se ha venido señalando, cada vez son más las parejas que se enfrentan a problemas de infertilidad y esterilidad; por lo que estas, en ejercicio de su derecho a procrear y a formar una familia, recurren al uso de las TRHA, entre estas, la gestación por sustitución.

Es la creciente demanda por el uso de las TRHA, lo que ha llevado a muchas Naciones a legislar al respecto. Así lo han hecho, en su mayoría, los países europeos. No obstante, en América Latina el desarrollo del tema es bastante incipiente, actualmente son pocos los países que cuentan con una regulación especial en materia de TRHA, siendo este el caso de Brasil, Uruguay y México (Tabasco).

A pesar de esta necesidad, en Panamá todavía no se cuenta con una ley y/o reglamento que rija el uso de las TRHA. En tal sentido, la única disposición del Código de la Familia, (2017) que hace referencia a las mismas, y de manera indirecta, es el artículo 286, que prevé un supuesto de impugnación de paternidad. Veamos:

Artículo 286. El hombre que consienta la inseminación artificial

ajena, u otro procedimiento científico de embarazo de su mujer, no podrá impugnar el reconocimiento de la paternidad del producto de la misma, aunque compruebe que es estéril. No obstante, mantiene el derecho de impugnar el hombre que consienta la inseminación artificial con su propio semen, y que compruebe que al momento de consentirla era estéril.

De lo anterior, se infiere fácilmente que el legislador sí previó la utilización de métodos o procedimientos biomédicos para el establecimiento de embarazos, en sustitución de procesos naturales de reproducción de seres humanos; sin embargo, reiteramos, que este tema aún no ha sido desarrollado a través de normas. Hasta donde se tiene conocimiento, existe un anteproyecto de ley sobre fecundación in vitro y creación de depósito nacional de gametos, el cual, a la fecha, no ha sido debatido en la Asamblea Nacional.

Ahora bien, el vacío legal existente en nuestro ordenamiento jurídico, no ha impedido que en Panamá se practiquen las TRHA; por el contrario, estas se llevan a cabo de modo frecuente, y en establecimientos sanitarios que, a falta de regulación del derecho interno, se rigen bajo normas internacionales de ética y moral, como las de la Red Latinoamericana de Reproducción (REDLARA).⁵

Probablemente, dichos establecimientos sanitarios no practiquen la gestación por sustitución, dadas las diversas implicaciones

⁵ La Red Latinoamericana de Reproducción Asistida (REDLARA) es una institución científica y educativa, que agrupa a más del 90% de los centros que realizan técnicas de reproducción asistida en América Latina. Se estableció en 1995, con 50 centros, y hoy cuenta con más de 200 centros. Dispone del Registro Latinoamericano de Reproducción Asistida (RLA), que anualmente cataloga los resultados de las técnicas de reproducción asistida reportados por estos centros.

éticas, sociales y jurídicas que de ella se derivan, aparte de los altos costos que la misma conlleva, pero ello no es óbice para que esta práctica se lleve a cabo en la clandestinidad, o para que habitantes del territorio nacional recurran al turismo reproductivo.

En relación con lo anterior, consideramos oportuno traer a colación la Resolución Judicial fechada 7 de febrero de 2014, mediante el cual el Pleno de la Corte Suprema de Justicia resolvió, en grado de apelación, la acción de amparo de derechos fundamentales interpuesta contra el Auto de Pruebas N° 377 F. de 11 de julio de 2013, dictado por el Juzgado de Niñez y Adolescencia de la Provincia de Herrera, dentro de una excepción de prescripción promovida, a su vez, en un proceso de impugnación de maternidad. Particularmente, al hacer referencia a la decisión de primera instancia apelada, a saber, la Sentencia fechada 31 de julio de 2013, a través de la cual el Tribunal Superior de Niñez y Adolescencia no concedió esta iniciativa constitucional, en el citado fallo del Pleno se transcribe lo siguiente:

RESOLUCIÓN RECURRIDA

El Tribunal Superior de Niñez y Adolescencia mediante resolución de 31 de julio de 2013, decidió denegar la acción de amparo de derechos fundamentales presentada contra la Resolución de 11 de julio de 2013, de conformidad con lo que citamos seguidamente, en lo medular:

...Observa esta Superioridad que estamos en presencia de un proceso de Impugnación de Maternidad interpuesto el 24 de abril de 2013, por la demandante y excepcionada por la señora (...), en contra de (...),

y a favor de la niña (...) de cinco años de edad.

De lo medular de este proceso se infiere que la niña (...) nació durante el tiempo en que la señora (...) y la señora (...) sostenían una relación de pareja, quienes tenían un acuerdo, tal como lo señaló la accionante en su escrito de Excepción de Prescripción (fs. 59 del cuadernillo). Asimismo, observamos que de los alegatos que refiere la demandante y excepcionada (...) la misma aduce que fue engañada durante todo este tiempo tanto por la señora (...), como por el médico tratante ya que le habían hecho creer que la niña (...) había sido concebida con un óvulo de la señora (...) habida cuenta que ambas mujeres supuestamente se estaban realizando tratamientos médicos con sus óvulos para concebir un hijo, el cual sería engendrado por la señora (...), pero utilizando un óvulo de la señora (...). Según se señala esta descubre de manera reciente que había sido engañada por (...) y el médico especialista, cuando se realiza un examen de ADN con la niña (...), comprobando que dicha menor de edad era hija biológica de esta y no de la accionante como consta en Certificado de Nacimiento de la niña en cuestión, máxime que aparentemente la señora (...) fue quien se dice llevó a cabo la gestación, da a luz el producto de la concepción, pero al momento del registro médico y de la inscripción ante el Registro Civil, aparece como que la persona que realizó la

actividad (alumbramiento o parto de la niña I.N.) fue la señora (...), cuando lo era en realidad la señora (...).

De conformidad con los hechos descritos por el *Tribunal A-quo*, dos mujeres que mantenían una relación de pareja, concertaron un acuerdo, en virtud del cual, una aportaría su óvulo y la otra llevaría a cabo la gestación, **lo que claramente pone de manifiesto la práctica de la gestación por sustitución.** Producto de ello, nació una niña, en cuyo certificado de nacimiento aparece que es hija de la mujer que, en realidad, no llevó a cabo la gestación ni aportó su óvulo, pero en el parte clínico y al momento de la inscripción en el Registro Civil, se hizo constar que la misma había alumbrado a la menor.

Más allá de las irregularidades que devienen de la inscripción del nacimiento de la niña, al reconocerse como madre a quien realmente no demostró el hecho del parto (artículo 243 del Código de la Familia), lo que se quiere resaltar aquí, es que de la situación expuesta, se desprende, sin lugar a dudas, que **la gestación por sustitución es una práctica que se está llevando a cabo en nuestro país en la clandestinidad.**

Así lo indicó Rengifo, (2020) en una entrevista que nos concedió para darnos su opinión acerca del tema, la cual es a título personal, lo que de ninguna manera representa la posición del Tribunal Electoral. Particularmente, la funcionaria nos comentó que en Panamá, sí se practica la gestación por sustitución, también llamada maternidad subrogada, y que ante el vacío legal existente, urge regular la materia, desde el inicio del procedimiento, lo cual compete a las autoridades de salud, hasta el final del mismo, que culmina con la inscripción de la filiación

del niño o niña en la Dirección Nacional de Registro Civil.

Entonces, en medio de este escenario y a falta de una regulación legal, qué respuesta deberían darle nuestras autoridades administrativas y judiciales a interrogantes como estas:

4.1. ¿Es lícito practicar la gestación por sustitución en Panamá?

Si nos apegamos a lo que, en términos generales, establecen las disposiciones del Código Civil, (2009) y del Código de la Familia, (2017) la respuesta sería, no. Primero, porque la práctica implica la concertación de acuerdos con objeto ilícito. En efecto, al considerar como objeto del contrato, las cosas y los servicios a los que el mismo se refiere, y al tener en cuenta que esta técnica conlleva, por un lado, la entrega de un niño o niña y, por el otro, la prestación del servicio de gestación, tratándose, por tanto, de cosas y servicios que están fuera del comercio de los hombres, se concluye entonces que nos encontramos ante un contrato con objeto ilícito, viciado, en consecuencia, de nulidad absoluta.

Segundo, al tomar en consideración el carácter de orden público e interés social de las disposiciones del Código de la Familia, (2017) así como el carácter personalísimo, irrenunciable e indisponible de los derechos familiares, resulta claro que los particulares no pueden concertar acuerdos con el propósito de evadir el tratamiento que a determinado derecho familiar le ha fijado la legislación; concretamente, una madre no puede renunciar a su derecho a la filiación para transferírselo a otra, pues, reiteramos, dichos derechos son irrenunciables e intransferibles, y tampoco pueden alterarse las reglas legales establecidas en cuanto a la

determinación de la filiación materna. Por consiguiente, si en el acuerdo, la gestante renuncia a la filiación materna a favor de los padres intencionales, el mismo iría en contravención de los artículos 3 y 4 del código citado ya que la filiación no puede ser objeto de negociaciones, onerosas o gratuitas, previas al nacimiento del infante, que impliquen la entrega de este luego de nacido, por tratarse de una cuestión de orden público y de interés social, que no puede ser alterada o variada al arbitrio de los particulares.

4.2. ¿Cómo se establecería la filiación de un niño o niña, fruto de gestación por sustitución, nacido en nuestro país?

Ante el vacío legal existente en materia de las TRHA y, por ende, de gestación por sustitución, consideramos que habría que hacerlo de conformidad con la legislación vigente, a saber, el Código de la Familia de la República de Panamá y la Ley N° 31 de 2006, que regula el registro de los hechos vitales y demás actos jurídicos relacionados con el estado civil de las personas.

Ello, en el caso de la filiación materna, indiscutiblemente, supondría aplicar el artículo 243 del citado código el cual, repetimos, establece que: “La maternidad se presume para todos los efectos legales cuando se pruebe cumplidamente el hecho del parto y la identidad del hijo o hija”, es decir, que el recién nacido quedaría registrado como hijo o hija de la gestante, por ser la que llevó a cabo el parto.

Sin embargo, consideramos que ello no significa que la madre intencional tenga vedada la posibilidad de ejercer su derecho a la filiación materna, pues, tal petición podrá invocarse, siempre y cuando obedezca al principio y/o derecho del interés superior

del menor. Por ejemplo, bajo un escenario en el que la gestante no tiene la voluntad ni los medios para proteger la vida y garantizar los cuidados y la orientación que el niño o niña necesitan, compromiso que sí han demostrado tenerlo los comitentes, ¿Qué sentido tendría que la filiación materna siguiera recayendo en la gestante?

Sobre el particular, Rengifo, (2020) señala que la Dirección Nacional de Registro Civil, al ser el último eslabón en la cadena que comprende el proceso de gestación por sustitución, verifica que se cumplan los requisitos exigidos por el Código de la Familia, (2017) y la Ley 31, (2006) para proceder con la inscripción. Esto implica que si el parto fue con asistencia médica y existe un parte clínico, se presenta el padre a realizar la declaración con la información de la madre que consta en dicho documento. Agrega que, si quien aparece como madre, no lo es biológicamente, por tratarse de la práctica de gestación por sustitución, entonces se procede a inscribir el nacimiento con la filiación paterna, si corresponde, y a remitir el caso a la esfera judicial para que esta determine la filiación materna que legalmente corresponde.

Frente a este dilema, creemos que las autoridades judiciales deberían adoptar la decisión que más convenga al interés superior del menor, aunque ello signifique dejar de aplicar lo que el derecho interno dispone sobre filiación.

Al respecto, recordemos que por disposición del artículo 4 de la Constitución Política de la República, Panamá acata las normas del Derecho Internacional, y en este sentido el artículo 3, numeral 1, de la Convención Sobre los Derechos del Niño, (1989) establece taxativamente que: “En

todas las medidas concernientes a los niños, que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”. Cabe señalar, que a lo largo de este tratado internacional se hace referencia a la prevalencia del interés superior del menor ante cualquiera colisión con otros intereses jurídicos (artículos 9, 18, 20, 21, 37 y 40, entre otros).

En el plano legal, el Código de la Familia, (2017) artículo 2 dispone claramente que los jueces y las autoridades administrativas, al conocer de los asuntos familiares, concederán preferencia al interés superior del menor y la familia; más adelante el artículo 488 del mismo cuerpo normativo señala que las normas insertas en el Libro Segundo, De Los Menores, deben interpretarse fundamentalmente en interés superior del menor, de acuerdo con los principios generales ahí establecidos y con los universalmente admitidos por el Derecho de Menores.

Lo anterior significa que, si por ejemplo, la gestante que es la madre legalmente del infante, según el artículo 243 del código antes citado, no desea al infante, por cualquiera que sea la razón, mientras que los comitentes han mantenido su voluntad procreacional, estimamos que las autoridades judiciales, podrán reconocer la filiación materna, a favor de la madre de intención, quien ha dado muestras de su compromiso por protegerle la vida y garantizar los cuidados y las orientaciones que ese niño o niña necesita.

4.3. ¿Qué decisión debería tomar un juez, ante el incumplimiento de las obligaciones pactadas en un acuerdo de gestación por

sustitución que se celebrara en Panamá, si la gestante se negara a entregar el niño a los comitentes, o estos se negaran a recibirlo, o si los comitentes se negaran a pagar a la gestante los gastos incurridos durante el embarazo?

En principio, ante la falta de regulación, y frente a la normativa civil y de familia que prevalece, ni la mujer gestante ni los padres intencionales podrán exigirse el cumplimiento de las obligaciones estipuladas en el mencionado acuerdo, puesto que, tal como lo hemos señalado, los acuerdos de gestación por sustitución están viciados de nulidad absoluta, por objeto ilícito, aparte que, de conformidad con el carácter de orden público e interés social de las disposiciones del Código de la Familia, (2017) así como los caracteres personalísimos, irrenunciables e indisponibles de los derechos familiares, la mujer gestante no puede renunciar a la filiación materna en favor de los comitentes, siendo precisamente esto una de las condiciones pactadas en dicho acuerdo.

Ahora bien, en el supuesto que la gestante quisiera quedarse con el niño o niña tras su nacimiento, o los padres de intención se negaran a recibirlo, reiteramos que le correspondería a las autoridades judiciales adoptar la decisión que más convenga al interés superior del menor, aun cuando ello signifique dejar de aplicar las normas legales del derecho interno que rigen la filiación y la inscripción de hechos vitales.

Pero si el incumplimiento de lo pactado, recae, por ejemplo, en la obligación de los comitentes de pagar a la gestante la suma de dinero convenida por el servicio de gestación prestado, consideramos que las autoridades judiciales deberían denegar la pretensión formulada, en virtud de nuestra legislación actual.

4.4. ¿Puede una pareja con residencia en Panamá recurrir a la práctica de la gestación por sustitución en el extranjero, regresar a Panamá con el recién nacido, y solicitar la inscripción de la filiación en el Registro Civil?

Estimamos que sí puede, aunque no se debe, y es lo que frecuentemente están haciendo muchas parejas para lograr ser padres. Al respecto, Rengifo, (2020) nos dice que es difícil que la Dirección Nacional de Registro Civil detecte situaciones como estas, ya que al tratarse de nacimientos de panameños ocurridos fuera del territorio nacional, estos se inscriben teniendo en cuenta el registro de nacimiento expedido en el país donde el mismo se dio, de tal suerte que las autoridades administrativas panameñas desconocen si el infante fue producto de la práctica de gestación por sustitución.

Conforme se advierte, los contextos que hemos examinado exigen que con urgencia se regulen las TRHA, en especial, la gestación por sustitución. Particularmente, que dispongamos de una legislación o reglamentación en la cual se aborden aspectos tales como la determinación de la filiación del niño o niña que nace en Panamá, a través de gestación por sustitución; el reconocimiento en nuestro país de filiaciones entre los niños o niñas fruto de esta TRHA y los padres intencionales, declaradas legalmente en el

extranjero; las condiciones y los requisitos bajo los cuales se puede llevar a cabo esta práctica en el territorio nacional; los acuerdos de gestación por sustitución, entre otros tantos aspectos.

Nos inclinamos hacia una regulación de la figura, porque la experiencia en el Derecho Comparado ha demostrado que, ni la prohibición expresa de la gestación por sustitución, como sucede en España, ni el silencio de la ley, como ocurre en Panamá, evitan que la práctica de la gestación por sustitución se realice. Antes bien, se utilizan distintas estrategias o mecanismos (a través del turismo reproductivo⁶, o se practica en la clandestinidad, burlando la ley panameña) generando conflictos que podrían ser evitados con una regulación legal, que controle la gestación por sustitución y resuelva los problemas que la misma ocasiona. En otras palabras, prohibir o no regular, no hace más que potenciar los abusos y las violaciones a los derechos de las partes involucradas (gestante, padres de intención y niño o niña fruto del acuerdo).

Consideraciones Finales

Altos indicadores de esterilidad e infertilidad en parejas, han incrementado el uso de las TRHA, siendo esta una realidad de la cual no escapa Panamá. Pese a ello, en nuestra legislación existe un vacío que urge ser llenado, no solo para garantizar los derechos

⁶ El periódico global El País, en una noticia publicada el 15 de mayo de 2020, titulada: “Bebés en el limbo en Ucrania: la pandemia pone en cuarenta el negocio de los vientres de alquiler. Decenas de clientes europeos, entre ellos españoles, no pueden ir a recoger a los niños nacidos por gestación subrogada”, dio a conocer, entre otras cosas, que en Ucrania (uno de los principales destinos del mundo para las familias que recurren a la gestación por sustitución, con unas cincuenta (50) empresas que se dedican a este negocio, que permite la misma a los extranjeros, siempre que se trate de un matrimonio heterosexual, demuestre problemas de fertilidad y uno de los progenitores tenga vínculo genético con el infante), nacen anualmente alrededor de 2,500 bebés producto de esta TRHA, y que muchas parejas a nivel mundial, principalmente españolas y francesas, celebraron acuerdos de gestación con la empresa BioTexCom, producto de lo cual, durante el confinamiento por la pandemia del Covid-19, nacieron aproximadamente cien (100) bebés, y que en la próximas semanas nacerían aproximadamente cincuenta (50) infantes más; no obstante, los mismos se encontraban a la espera de sus padres intencionales extranjeros, ya que, en vista que Ucrania cerró sus fronteras el 16 de marzo, estos no habían podido ir a recoger sus hijos; razón por la cual algunos exigían a sus gobiernos que les emitieran los salvoconductos para viajar a Ucrania, mientras sus hijos permanecían en uno los alojamientos que la compañía ofrece, con un sistema de cuidados bajo niñeras, sin poder se registrados, al no estar sus padres allí para poder hacerlo. Otros comitentes, por su parte, se encontraban con sus hijos o hijas en espera de poder salir de Ucrania o poder completar los trámites.

familiares de las personas a procrear hijos y a formar una familia, sino para proteger y brindar seguridad jurídica a los niños o niñas que nacen fruto de la aplicación de las TRHA, pues, lo cierto es que tal omisión, de ninguna manera, ha impedido que estas se lleven a cabo en nuestro país.

Una de las prácticas que, a nuestro juicio, es necesario regular, mas no prohibir y tampoco ignorar, es la gestación por sustitución, por ser una de las pocas alternativas con las que cuentan los padres intencionales para tener hijos, cuando razones de esterilidad

o infertilidad se los impide. ¿Bajo qué condiciones se podrá realizar la gestación por sustitución? Indudablemente, que ello será motivo de amplios y diversos debates éticos, sociales y jurídicos, pero lo importante es que se regularice la figura, para evitar que la misma se practique en la clandestinidad o se recurra al turismo reproductivo, de lo cual, como hemos visto, se deriva una serie de conflictos difíciles de resolver por nuestros operadores de justicia y autoridades administrativas, ya que la normativa vigente no prevé soluciones a los mismos.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Álvarez, M. (2020, 23 de abril), Síndrome de Mayer-Rokitansky-Küster-Hauser. Reporte de un caso y revisión de la bibliografía relacionada con su tratamiento. Obtenido de: <https://www.medigraphic.com/pdfs/ginobsmex/gom-2012/gom127f.pdf>.
- Azvipor, J. (2020, 20 de abril), El contrato de alquiler de vientres: la ley, la posición del Tribunal Supremo y de la UE, las posiciones parlamentarias (La mercantilización y cosificación de la vida humana). Obtenido de: https://www.bioeticaweb.com/wp-content/uploads/2017/09/vientres_legalidad.pdf.
- Bernal J. (2020, 21 de abril). *Reproducción Asistida y Filiación. Tres casos*. Obtenido de: <http://www.scielo.org.co/pdf/ojum/v12n24/v12n24a09.pdf>.
- Carrillo V. (2008). *La falta de validez del contrato para maternidad subrogada o sustituta, de acuerdo a las normas vigentes en Panamá, sobre contratos civiles, filiación y derechos de menores*. Anuario de Derecho 34-35 (2005-2006). Órgano de Información de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Panamá.
- Castillo, M. (2020, 20 de octubre), La necesidad de normativizar aspectos centrales de la gestación por sustitución transfronteriza en el ámbito interamericano. Obtenido de: http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/curso_derecho_internacional_2017_materiales_lecturaMaria_E_Castillo_1.pdf.
- Código Civil, 2009. Ley 2 agosto 22, 1916. 7 de septiembre de 1916, (Panamá).
- Código Civil y Comercial de la Nación, 2020. Ley 26,994 octubre 1, 2014. 7 de octubre de 2014, (Argentina).
- Código de la Familia, 2017. Ley 3 mayo 17, 1994. 1 de agosto de 1994, (Panamá).
- Código Penal, 2019. Ley 14 mayo 18, 2007. 22 de mayo de 2007, (Panamá).
- Constitución Política (2004), 15 de noviembre de 2004, Gaceta N° 25176, (Panamá).
- Convención Europea de los Derechos Humanos. 4 de noviembre, 1950.
- Convención Sobre los Derechos del Niño. 20 de noviembre, 1989.
- Corte Suprema de Justicia. Pleno. Proceso 725-13 (M.P. Harley Mitchell; febrero 7 de 2014).
- Díaz, A. (2020, 20 de abril), El contrato de alquiler de vientre materno. Obtenido de: <https://www.diariodemallorca.es>.
- Diez-Picazo L. (2007). *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. Introducción Teoría del Contrato*. Sexta edición. Editorial Aranzadi, S.A.
- Dreyzin de Klor A. (2012). *El Derecho Internacional de Familia en la Postmodernidad*. Primera Edición. Editorial Jurídica Continental.
- Durán A. (2020, 8 de abril). *Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso Mennesson c. France (n.º65192/11) y caso Labassee c. France n.º65941/11) de 26 de junio de 2014. Interés Superior del Menor y Gestación por Sustitución*. Obtenido de: <http://www.revistas.usal.es>.
- Herrera M., De La Torre N. y Fernández S. (2018). *Derecho Filial. Perspectiva contemporánea de las tres fuentes filiales*. Buenos Aires.

Lamm (2014). *Gestación por sustitución. Ni Maternidad Subrogada Ni Alquiler de Vientres*. Obtenido de: <http://diposit.ub.edu/dspace/bitstream/2445/115984/1/9788447537730%20%28Creative%20Commons%29.pdf>.

Lamm (2012). *Gestación por Sustitución. Realidad y Derecho*. Obtenido de: https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/909_es.pdf.

Ley 14, 2006. Sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida. Boletín Oficial del Estado N° 126 (España).

Ley 19167, 2013. Regulación de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida. Registro Nacional de Leyes y Decretos Tomo 2, Semestre 2 (Uruguay).

Martínez-Pereda Rodríguez J.M. y Massigoge Benegiu J.M. (1994). *La maternidad portadora, subrogada o de encargo en el Derecho Español*. Editorial Dykinson, S.L. Madrid, España.

Pacheco S. (2019). La Gestación Subrogada y la Dignidad de la Mujer. Obtenido de: https://ddd.uab.cat/pub/tfg/2019/207002/TFG_spachecoblazquez.pdf.

Rengifo, E. (15 de 11 de 2020). Jefa del Departamento de Asuntos Jurídicos. (G. Guevara, Entrevistador).

(Noticias Jurídicas, 2014). Obtenido de: <http://noticias.juridicas.com/actualidad/noticias/3900-el-tedh-declara-contraria-al-convenio-europeo-de-los-derechos-humanos-la-negativa-a-reconocer-la-filiacion-a-los-hijos-nacidos-de-ventre-de-alquiler/>.

(El País, 2020) Obtenido de: <https://elpais.com/sociedad/2020-05-15/bebes-varados-en-ucrania-la-pandemia-pone-en-cuarentena-el-negocio-de-los-vientres-de-alquiler.html>.

(Red Latinoamericana de Reproducción Asistida, 2020) Obtenido de: <https://redlara.com/>

Mgtr. Ghislana Haychel Guevara Centella

Licenciada en Derecho y Ciencias Políticas por la Universidad de Panamá; magíster en Derecho con Especialización en Derecho Procesal por el mismo centro de educación superior, y magíster en Mediación, Negociación y Arbitraje por la Universidad Latinoamericana de Ciencia y Tecnología. Entre otras especializaciones, cuenta con un Diplomado en Derecho Administrativo y un Diplomado en Administración Pública y Derecho Administrativo, ambos impartidos por la Universidad de Panamá, en conjunto

con la Procuraduría de la Administración.

Actualmente, es estudiante del Programa de Doctorado en Derecho, con Énfasis en Derecho Civil, por la Universidad de Panamá, en desarrollo de su tesis doctoral. Ha desempeñado distintos cargos en la Procuraduría General de la Nación, la Procuraduría de la Administración y en el Órgano Judicial; a la fecha, es asistente de Magistrado de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia.