

Congresso
15 a 17 setembro 2021

I Congresso Internacional de Bioética

Conference Proceedings

Cândida Carvalho
Carlos Costa Gomes
Editores

Cândida Carvalho
Carlos Costa Gomes
Editores

Gestação de Substituição

I Congresso Internacional de Bioética
15 a 17 de setembro 2021



EDITORES

Cândida Carvalho
Carlos Costa Gomes

COORDENAÇÃO EDITORIAL

Cândida Carvalho
Carlos Costa Gomes
Centro de Estudos de Bioética

DESIGN

Ponteditora

PAGINAÇÃO

Ponteditora

ISBN

ISBN 978-989-53963-4-4



9 789895 396344

NOTA EDITORIAL

Para marcar o início das atividades do **Centro de Estudos de Bioética – Pólo Madeira** foi organizado, entre 15 e 17 de setembro de 2021, o *I Congresso Internacional de Bioética*, totalmente virtual, sobre a Gestação de Substituição. Um tema atual e uma discussão necessária. De uma forma resumida, em Portugal, entende-se por Gestação de Substituição qualquer situação em que a mulher se disponha a suportar uma gravidez por conta de outrem e a entregar a crianç a após o parto, renunciando aos poderes e deveres próprios da maternidade.

A celebração de negócios jurídicos de gestação de substituição s    possível a título excecional, isto é, em casos de ausência de útero, de lesão ou de doenç a deste órgão que impeça de forma absoluta e definitiva a gravidez da mulher ou em situações clínicas que o justifiquem. Trata-se de um negócio de natureza gratuita, ou seja, a gestante não recebe qualquer tipo de pagamento ou doação de qualquer bem, exceto, o valor correspondente às despesas decorrentes do acompanhamento de saúde efetivamente prestado, incluindo transportes, desde que devidamente tituladas em documento próprio.

A gestação de substituição só pode ser autorizada através de uma técnica de procriação medicamente assistida com recurso aos gâmetas de, pelo menos, um dos respetivos beneficiários, não podendo a gestante de substituição, em caso algum, ser a dadora de qualquer ovócito usado no concreto procedimento em que   participante.

Em Portugal, a gestação de substituição entrou em vigor em 2017 e o seu acesso foi regulado pela Lei n.é 25/2016, de 22 de agosto. No entanto, em 2018, um grupo de trinta deputados à assembleia da república veio requerer, a declaração da inconstitucionalidade, com forçá obrigatória geral, de diversos preceitos da Lei n.é 32/2006, de 26 de julho, a Lei da Procriação Medicamente Assistida, designadamente, o artigo 8.é, sob epígrafe Gestação de Substituição, por estar em causa a violação do princípio da dignidade da pessoa humana, do dever do Estado de proteção da infância, do princípio da igualdade e do princípio da proporcionalidade.

O Tribunal Constitucional, através do Acórdão n.  225/2018, acabou por decretar a inconstitucionalidade, com forçá obrigatória geral, de algumas normas da Lei da Procriação Medicamente Assistida quanto   gestação de substituição, por estar em causa a violação do direito ao desenvolvimento da personalidade, interpretado, de acordo, com o princípio da dignidade da pessoa humana; e, a violação do direito a constituir família, pelo facto de não ser permitido a revogação do consentimento da gestante de substituição até à entrega da crianç a aos beneficiários.

Efetivamente, a gestação de substituição poderá ser considerada uma das questões de maior complexidade  tica e de resolução mais problemática e controversa na generalidade dos países.

A gestação de substituição gera d vidas, objeções e controvérsias relativamente a questões relacionadas com a eventual exploração e instrumentalização das mulheres, comercialização e coisificação de beb s, degradação ou afetação do valor simbólico da gestação e da maternidade, entre outros.

O *I Congresso Internacional de Bioética* foi dividido em seis painéis. Neste evento científico, foi possível analisar a gestação de substituição através da  tica, da medicina, do direito, da filosofia e da religião. Houve ainda espaço para análise do panorama internacional e um dia inteiramente dedicado à apresentação dos trabalhos científicos que recebemos de investigadores dos quatro cantos dos Mundo. No debate religioso tivemos o privilégio de contar com a participação da religião católica, islâmica, hindu e budista.

A bioética cria pontes e estimula a reflexão. E, por este motivo, procuramos, da melhor forma, criar um Congresso completo, único e humano para refletir sobre um tema tão essencial e, por vezes, pouco valorizado.

Cândida Carvalho

Coordenadora do Centro de Estudos de Bioética – Pólo Madeira

PRESIDENTE DO CONGRESSO

Cândida Carvalho

COMISSÃO ORGANIZADORA

Cândida Carvalho
Carlos Costa Gomes

SECRETARIADO

Cândida Carvalho
Pedro Camacho
Carlos Costa Gomes
Cíntia Águas
Filipe Almeida

COMISSÃO DE REVISÃO CIENTÍFICA

Cândida Carvalho
Carlos Costa Gomes
Cíntia Água
Fábio Veiga
Filipe Almeida
Isabel Fragoeiro
João Proença Xavier
Maria Merícia de Gouveia Rodrigues Bettencourt Jesus
Paula Siverino Bavio
Sancha Campanella
Tânia Marlene Gonçalves Lourenço
Vilma Carli
Vitulia Ivone

COMISSÃO TÉCNICO-CIENTÍFICA

Cândida Carvalho
Carlos Costa Gomes
Cíntia Água
Fábio Veiga
Filipe Almeida
Isabel Fragoeiro
João Proença Xavier
Maria Merícia de Gouveia Rodrigues Bettencourt Jesus
Paula Siverino Bavio
Sancha Campanella
Tânia Marlene Gonçalves Lourenço
Vilma Carli
Vitulia Ivone

PROGRAMA

Quarta-feira, 15 de setembro de 2021

8h45 – Abertura do Secretariado

Moderadora: Professora Doutora Maria Merícia de Gouveia Rodrigues Bettencourt Jesus

<https://zoom.us/j/94990126546?pwd=dWhBMm1EUmE1Znc5L0pPM0lQaW9RUT09>

9h00 – Paine 1: Questões éticas: o início da vida humana e a gestação de substituição

- **Professor Doutor Michel Renaud**
- **Professor Doutor Filipe Almeida**

9h50 – Questões/Debate

10h – Intervalo

Moderadora: Professora Doutora Tânia Marlene Gonçalves Lourenço

<https://zoom.us/j/94990126546?pwd=dWhBMm1EUmE1Znc5L0pPM0IQaW9RUT09>

Paine 2: A Gestação de Substituição na perspetiva da Medicina, da Saúde Mental e da Filosofia

10h15 – A Gestação de Substituição na perspetiva médica – **Doutora Cláudia Freitas**

10h35 – Os caminhos da Infertilidade. Uma abordagem multidimensional – o impacto psicológico do processo. Os desafios da Gestação de Substituição – **Doutora Helena Leal**

10h55 – O acompanhamento e intervenção no processo de transmissão da verdade biológica – **Professora Doutora Isabel Fragoeiro**

11h15 – O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana na Gestação de Substituição – **Professor Doutor Carlos Gomes**

11h25 – Questões/Debate e encerramento do paine 2

11h35 – Intervalo

Moderadores: Dr. Alberto Pita

<https://zoom.us/j/94990126546?pwd=dWhBMm1EUmE1Znc5L0pPM0IQaW9RUT09>

11h45 – Mesa Redonda: Em torno da posição do Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida (CNECV)

- **Professor Doutora Ana Sofia Carvalho**
- **Professor Doutor André Dias Pereira**
- **Professora Doutora Margarida Silvestre**
- **Professor Doutor Miguel Oliveira da Silva**
- **Professora Doutora Rita Lobo Xavier**

13h – 14h45 – Almoço

Moderador: Professor Doutor João Proença Xavier

<https://zoom.us/j/95938772165?pwd=TWV3dEdOMzAvVp6Ylo2UjV3YWcxQT09>

Paine 3 - Gestação de Substituição na perspetiva Jurídica

15h – O direito à identidade pessoal e à verdade biológica – **Dra. Cândida Carvalho**

15h20 – O Consentimento e o Direito ao Arrependimento da Gestante – **Dra. Paula Margarido**

15h40 – Estabelecimento da filiação em caso de conflito de projetos parentais – **Professor Doutor João Loureiro**

16h10 – A Posição do Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida em relação à Gestação de Substituição – **Dra. Carla Rodrigues**

16h30 – A felicidade na constituição da família – **Professor Doutor Jorge Humberto Dias**

16h50 – Questões/Debate e encerramento do paine 3

Quinta-feira, dia 16 de setembro de 2021

9h45 – Abertura do Secretariado

Moderador: Prof. Dr. Diogo Goes

<https://zoom.us/j/93676124919?pwd=QUp4RTBWaHk0UzhodXE4RldLbzA0QT09>

Paine 4: Gestação de Substituição: Religião, Felicidade e Direitos Humanos

10h – O início de vida na perspetiva hindu – **Dra. Himali Bachu**

10h20 – O início de vida na perspetiva budista – **Dr. Fernando Rodrigues**

10h40 – O início de vida na perspetiva islâmica – **Sheikh David Munir**

11h – O início de vida na perspetiva católica – **Professor Doutor António Jácomo**

11h20 – A gestação de substituição: Direitos humanos – **Dra. Sancha Campanella**
11h40 – Questões/Debate e encerramento do painel

12h- 14h30 – Almoço

Moderadora: Prof. Dra. Cândida Carvalho

<https://zoom.us/j/94272688262?pwd=MOMxc0M2SGo2UjM2M0FOL2RzSWI5Zz09>

Painel 5: A Gestação de Substituição pelo Mundo

14h30 – ¿Alquiler o sustitución del embarazo? Sobre la importancia de un abordaje ético de la realidad argentina – **Professora Doutora Mariana Cristina**

14h50 – A gestação de substituição: Brasil – **Professora Doutora Vilma Carli**

15h10 – A gestação de substituição: Espanha – **Professor Doutor João Proença Xavier**

15h30 – A gestação de substituição: Itália – **Professora Doutora Vitulia Ivone**

15h50 – A gestação de substituição: Perú – **Professora Doutora Paula Siverino Bavio**

16h10 – A gestação de substituição: Argentina – **Professora Doutora Flavia Massenzio**

16h10 – Questões/Debate e encerramento de trabalhos

Sexta-feira, 17 de setembro de 2021

Apresentação de comunicações orais e posters científicos

10h – Abertura Secretariado e exposição de posters

Moderador: Prof. Dra. Andreia Carvalho

<https://zoom.us/j/92150945218?pwd=OTFxaHhqUzVyUWdKcVlEd0hnZVZmUT09>

11h00 – Bruno Abreu; Leonor Sousa – *The position of the surrogate vis-à-vis nutritional guidelines in pregnancy*

11h15 – Diogo Goes – *A bioética e o diálogo com a arte contemporânea: a gestação de substituição*

11h30 – Noemí Marina Gago Diaz – *Gestacion subrogada: breve estudio del estado en el contexto español*

11h45 – Filipa Vallejo-Coelho – *A questão da vida e da personalidade jurídica na gestação de substituição*

12h00 – Bruno Abreu; Leonor Sousa – *The first 1000 days of life: could vegetarianismo be a viable option*

12h45 – Questões/Debate e encerramento de trabalhos

13h – 14h00 – Almoço

Moderadora: Prof. Dra. Leonilde Olim

<https://zoom.us/j/93666268586?pwd=bTFUYzhPdUViYmN4NHNjdFZUUFldz09>

14h00 – Natalia Victoria Gonzalez Cifuentes – *Gestacion por sustitucion en Chile*

14h15 – Carolina Dantas – *Autonomia Reprodutiva e Gestação de Susbtituição no Brasil*

14h30 – Leticia Virginia Leidens – *Gestação por substituição transnacional e a pandemia COVID-19: novos aportes para a proteção das pessoas envolvidas*

14h45 – Rodolfo Milhomem de Sousa – *A Convenção global sobre clonagem humana e a edição genética: guerras do futuro*

15h – Questões/Debate

Moderadora: Dra. Paula Mesquita

<https://zoom.us/j/93666268586?pwd=bTFUYzhPdUViYmN4NHNjdFZUUFldz09>

15h15 – Mylene Manfrinato dos Reis Amaro; Valéria Silva Galdino Cardin – *Da violação dos direitos da personalidade dos envolvidos na gestação de substituição*

15h30 – Ana Carolina Aboin Menequelli – *Gestação de substituição à brasileira: o olhar do conselho federal de medicina*

15h45 – Ana Paula Bittencour Okamoto – *Desencontros da Bioética com o Direito na Gestação de Substituição*

16h00 – Mariana Schafhauser Boçon – *Gestação de Susbtituição: A proteção dos direitos da mulher gestante em Portugal*

16h20 – Questões/Debate

16h45 – Encerramento de trabalhos, entrega de prémios (melhores comunicações orais por painel/ melhor poster) e informações sobre próximas atividades do CEB-Madeira

<https://zoom.us/j/93666268586?pwd=bTFUYzhPdUViYmN4NHhjZFUUFldz09>

- Professor Doutor Carlos Gomes (Presidente do Centro de Estudos de Bioética)
- Dra. Cândida Carvalho (Coordenadora do Centro de Estudos de Bioética – Polo Madeira)

APOIOS

BPI

Dinis & Carvalho

Escola Superior de Enfermagem S. José de Cluny

Escola Superior de Saúde Norte Cruz Vermelha Portuguesa

Farmácia Camões; Unbeatable Reasons

IBEROJUR

Instituto Superior de Administração e Línguas (ISAL)

Jornal da Madeira

Ordem dos Advogados Conselho Regional da Madeira

Universidad del Museo Social Argentino (UMSA)

PARCEIROS

BPI

Dinis & Carvalho

Escola Superior de Enfermagem S. José de Cluny

Escola Superior de Saúde Norte Cruz Vermelha Portuguesa

Farmácia Camões

IBEROJUR

Instituto Superior de Administração e Línguas (ISAL)

Jornal da Madeira

Ordem dos Advogados Conselho Regional da Madeira

Unbeatable Reasons

Universidad del Museo Social Argentino (UMSA)

CONFERENCE PROCEEDINGS	1
GESTÃO DE SUBSTITUIÇÃO À BRASILEIRA: O OLHAR DO CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA	2
GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN EN CHILE	14
GESTÃO DE SUBSTITUIÇÃO: A PROTEÇÃO DOS DIREITOS DA MULHER GESTANTE EM PORTUGAL	19
GESTACIÓN SUBROGADA: BREVE ESTUDIO DEL ESTADO EN EL CONTEXTO ESPAÑOL	25
FECUNDACIÓN POS MUERTE EN PORTUGAL Y EN ESPAÑA EN EL SIGLO XXI (ICDI)	31
¿ALQUILER O SUSTITUCIÓN DEL EMBARAZO? SOBRE LA IMPORTANCIA DE UN ABORDAJE ÉTICO DE LA REALIDAD ARGENTINA	35
DA VIOLAÇÃO DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE DOS ENVOLVIDOS NA GESTÃO DE SUBSTITUIÇÃO	43
A REGULAMENTAÇÃO DA BARRIGA SOLIDÁRIA NO BRASIL E OS PRINCÍPIOS DA BIOÉTICA	49

CONFERENCE PROCEEDINGS

GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO À BRASILEIRA: O OLHAR DO CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA

Ana Carolina Moraes Aboin Menequelli
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP/Brasil
Email: ana.aboin@usp.br

Resumo: A reprodução humana assistida é regulamentada por meio de Resoluções do Conselho Federal de Medicina (CFM) no Brasil desde a década de 90, embora nunca tenha havido regulamentação específica por meio de lei. Em que pese a lacuna legislativa, as técnicas são amplamente utilizadas, reconhecendo-se, inclusive, a obrigatoriedade pelos cartórios de registro civil de realizar o registro de nascimento dessas crianças, sem necessidade de autorização judicial, conforme previsto por meio do Provimento nº 63 de 14/11/2017, do Conselho Nacional de Justiça (CNJ). A gestação de substituição – ou cessão temporária de útero – revoluciona todas as presunções legais de parentalidade, que estavam baseadas nos aspectos biológicos da gestação e do parto. Portanto, o presente estudo apresenta como objetivo analisar quais as principais alterações que a utilização de tais técnicas causou no regime de presunções de filiação, por meio de uma contraposição entre as normas previstas pela atual Resolução CFM n. 2294/2021 e as normas de presunção de filiação e registro de nascimento, previstas pelo ordenamento jurídico brasileiro. A gestação de substituição revoluciona todos os parâmetros existentes no ordenamento para fins de caracterização da maternidade, consagrando, de uma vez por todas, a afetividade como fundamento do vínculo de filiação, a despeito de todo e qualquer outro vínculo de qualquer outra natureza. A ausência de legislação específica, contudo, deixa espaço para insegurança por parte daqueles que precisam se recorrer às técnicas para realização do projeto de parentalidade, em especial ao se considerar que qualquer contrato que tenha por objeto a gestação de substituição, e conseqüentemente, regras atinentes à filiação, podem vir a serem considerados nulos.

Palavras-chave: Gestação de Substituição, Reprodução Assistida, Filiação

Introdução

Não há, no Brasil, legislação específica sobre reprodução humana assistida. O Conselho Federal de Medicina (CFM), por sua vez, desde a década de 90, dispõe de normas deontológicas para tratar das questões afetas à reprodução assistida. A lacuna legislativa, contudo, não impede a judicialização de tais questões, tendo o Superior Tribunal de Justiça (STJ) decidido recentemente acerca da exigência de autorização expressa para fins de reprodução assistida *post mortem*¹. Houveram, no total, 06 resoluções sobre o tema no âmbito do CFM: Resolução CFM n. 1358/1992, Resolução CFM n. 1957/2010, Resolução CFM n. 2013/2013, Resolução CFM n. 2121/2015, Resolução CFM n. 2168/2017 e Resolução CFM n. 2294/2021.

Dentre uma das possibilidades previstas pelo Conselho brasileiro é a utilização da denominada gestação de substituição – ou cessão temporária de útero –, que representa a hipótese na qual uma mulher gesta a criança de outra pessoa ou de outro casal, mas não desenvolve com a criança nenhum tipo de vínculo jurídico. A situação é popularmente conhecida como “barriga de aluguel”.

A questão da gestação de substituição supera apenas os limites relativos aos procedimentos de reprodução humana assistida, e acaba adentrando questões de filiação e relações de parentesco.

Por muito tempo – e por questões biológicas – imperou a presunção absoluta de que *mater semper certa est*, ou seja, a maternidade é sempre certa, uma vez que se entendia que a mãe seria a parturiente, que gestou e deu a luz à criança.

Ocorre que, com as inovações tecnológicas na área da saúde, é possível que ocorra a implantação de embrião em outra mulher, para que esta geste a criança, sem que isso gere qualquer tipo de vínculo jurídico, seja de parentesco, ou de qualquer outra natureza.

¹A gestação de substituição, por sua vez, ainda não fora objeto de discussão específica no Superior Tribunal de Justiça brasileiro, mas apenas de forma indireta por meio das ações que discutem a obrigatoriedade das Operadoras de Planos de Saúde em incluir no rol de serviços de cobertura obrigatória as técnicas de reprodução humana assistida.

No Brasil, tal prática é permitida em hipóteses bem específicas, conforme previsto pelo Conselho Federal de Medicina, atualmente por meio da Resolução n. 2294/2021, sendo alguns aspectos de filiação regulamentados por meio do Provimento nº 63 de 14/11/2017, do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), que dispõe a respeito das normas para registro de nascimento.

O presente estudo, assim, tem como problema questionar quais as alterações sofridas no regime de filiação a partir do reconhecimento da possibilidade de recurso da gestação de substituição no âmbito das técnicas de reprodução humana assistida, em especial no tocante às presunções de parentalidade previstas pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Para tanto, objetiva-se estudar as normas brasileiras que tratam da gestação de substituição, em especial as resoluções do Conselho Federal de Medicina, por serem o referencial normativo utilizado para as questões afetas à reprodução humana assistida, de forma a contrapor com as normas referentes à filiação.

O estudo se desenvolverá por meio de uma pesquisa bibliográfica qualitativa, especialmente de forma a analisar, num primeiro momento, pelo método dedutivo, a evolução da regulamentação da utilização de tais técnicas no Brasil. Em um segundo momento, serão analisadas as implicações e reflexos causados nas presunções de filiação estabelecidas no ordenamento jurídico brasileiro.

A gestação de substituição e o Conselho Federal de Medicina

O Conselho Federal de Medicina Brasileiro, desde início da década de 90, regulamentou a reprodução humana assistida. O ponto central de discussão a respeito do alcance de tais resoluções, é que elas não têm natureza jurídica de lei, e seriam *a priori* apenas normas de caráter deontológico a serem observadas pelos profissionais de medicina, que são aqueles submetidos às atribuições e competências do Conselho.

Contudo, ante a ausência legislativa, essas normas têm um alcance estendido, e servem como referencial para todas as instâncias, inclusive para o Poder Judiciário. Para entender, assim, qual a *ratio* que vigora nas resoluções, passaremos a analisar o percurso que a gestação de substituição traçou ao longo dessas três décadas.

Entende-se por gestação de substituição:

“cessão de útero para gestação de filho concebido pelo material genético de terceiro – contratante – a quem a criança gerada deverá ser entregue logo após o nascimento, assumindo a fornecedora a condição de mãe, possibilitando assim à mãe de conceber um filho biológico fora de seu ventre”¹.

Uma observação deve ser feita logo de início: ao longo de todo esse período, todas as resoluções previram que a gestação de substituição não poderia ter caráter lucrativo ou comercial. Esse é um princípio irrevogável, à luz de uma interpretação sistemática do parágrafo quarto do art. 199 da Constituição Federal do Brasil, que dispõe que é vedado todo tipo de comercialização sobre órgãos, tecidos e substâncias humanas, para fins de transplante, pesquisa e tratamento. No mesmo sentido dispõe a Lei de Biossegurança, Lei n. 11.105/2005.

A primeira resolução do CFM a tratar sobre reprodução assistida foi a Resolução CFM n. 1358/1992, que elencou como objetivo primordial da reprodução assistida o tratamento de questões afetas à infertilidade humana e limitou o recurso à gestação de substituição nas hipóteses em que houvesse algum problema médico que impedisse ou não indicasse a gestação na própria mulher titular do material genético a ser implantado. Ainda, apenas poderiam ser doadoras temporárias de útero as mulheres integrantes da família, que mantivessem com a “doadora genética” parentesco até o segundo grau.

Isso significa, em termos concretos, que poderiam ser gestantes de substituição, em relação à mulher contratante da técnica: sua mãe (parentesco em linha reta ascendente de 1º grau), sua avó (parentesco em linha reta ascendente de 2º grau), sua filha (parentesco em linha reta descendente de 1º grau), sua neta (parentesco em linha reta descendente de 2º grau), sua irmã (parentesco em linha colateral de 2º grau) ou

¹ MALUF, 2020, online.

sua cunhada (parentesco por afinidade em linha colateral de 2º grau). Situações para além dessa previsão estariam sujeitas à autorização do Conselho Regional de Medicina.

Apenas após 18 anos é que houveram as primeiras modificações da normativa, com o advento da Resolução CFM n. 1957/2010. Contudo, em relação à gestação de substituição, as previsões normativas permaneceram as mesmas.

Foi a Resolução CFM n. 2013/2013 que trouxe algumas mudanças nessa seara. A primeira observação é que essa resolução reconheceu de forma expressa a possibilidade de utilização das técnicas por casais homoafetivos, em virtude do reconhecimento, à época de sua publicação, da união homoafetiva pelo Supremo Tribunal Federal (STF).

A principal alteração trata-se do aumento do rol de parentes que poderiam ser doadoras temporárias de útero. A partir de 2013, a gestante poderia ser pertencente à família de qualquer um dos parceiros, em parentesco consanguíneo até o 4º grau, limitada à idade de 50 anos, podendo ser mãe (parentesco em linha reta ascendente de 1º grau), avó (parentesco em linha reta ascendente de 2º grau), irmã (parentesco em linha colateral de 2º grau), tia (parentesco em linha colateral de 3º grau), prima (parentesco em linha colateral de 4º grau).

A Resolução fala em parentes consanguíneos até 4º grau, mas deixa de fora: filhas, netas, bisnetas (parentesco em linha reta descendente até 3º grau), sobrinhas (parentesco em linha reta colateral de 3º grau), e tias-avós e sobrinhas-netas (parentesco em linha reta colateral de 4º grau).

A normativa também previu a necessidade da técnica ser utilizada em caráter não lucrativo ou comercial, bem como elencou os documentos obrigatórios e informações que deveriam constar no prontuário do paciente, quais sejam: i) termo de consentimento, assinado por todos os envolvidos, inclusive autorização do cônjuge ou companheiro da gestante, se casada ou convivente; ii) relatório médico atestando a adequação da doadora temporária de útero; iii) descrição do médico assistente dos aspectos médicos envolvendo as circunstâncias da aplicação da técnica de reprodução humana; iv) contrato entre os pacientes e a gestante, especificando de forma clara a filiação da criança; v) informações sobre os aspectos biopsicossociais envolvidos no ciclo gravídico-puerperal, sobre os riscos inerentes à maternidade e sobre a impossibilidade de interrupção da gravidez após o início do processo gestacional; vi) garantia de tratamento e acompanhamento médico à gestante; e vii) garantia de registro civil da criança pelos pacientes, cuja documentação deveria ser providenciada durante a gravidez.

A Resolução CFM n. 2121/2015 e a Resolução CFM n. 2168/2017 mantiveram quase integralmente a redação da resolução anterior, alterando apenas a lista dos documentos e informações que deveriam constar no prontuário médico. Não houveram, assim, alterações significativas na disciplina da gestação de substituição.

A Resolução CFM n. 2168/2017, contudo, altera a nomenclatura, de forma a passar a utilizar o termo “cessão temporária de útero”, no lugar de “doação temporária de útero”.

A última normativa, a Resolução CFM n. 2294/2021, trouxe alterações em diversos aspectos na regulamentação do uso das técnicas de reprodução humana, e algumas alterações pontuais em relação à gestação de substituição.

Os requisitos para que alguém possa ser cedente temporária de útero passam a ser: i) a cedente temporária deve ter ao menos um filho vivo; ii) a cedente temporária deve pertencer à família de um dos parceiros, em parentesco consanguíneo até o quarto grau, e não faz, diferentemente do que ocorria nas resoluções anteriores, a enumeração de quem seriam esses parentes, ampliando, assim, o rol de parentes elegíveis.

Em relação aos demais aspectos, as principais alterações trazidas por essa última resolução tratam da redução do número máximo de embriões que podem vir a ser transferidos, limitação do número total de embriões gerados em laboratório, que não poderá exceder a 08 (oito), e exigência de autorização judicial para fins de descarte de embriões, inclusive nas hipóteses de consentimento expresso dos parentes e de abandono dos embriões.

Apesar de não haver legislação específica que regule a utilização das técnicas de reprodução humana, admite-se a possibilidade de recurso à gestação de substituição – ou cessão temporária de útero, como passou a ser chamada a partir de 2017 pelo CFM –, reconhecendo-se, inclusive, a necessidade de

delimitação dos aspectos da filiação da criança a ser gerada, cabendo a discussão, portanto, em relação a esses aspectos.

Gestação de substituição e filiação: novos paradigmas

Os dispositivos relativos à presunção de parentalidade no ordenamento jurídico brasileiro estão previstos pelo Código Civil, especificamente no art. 1597, que dispõe acerca da presunção de paternidade, na constância do casamento.

Não há, na legislação civil, normas expressas referentes à presunção de maternidade, justamente por ser presunção absoluta em virtude de questões biológicas. “Independentemente da verdade biológica, a lei presume que a maternidade é sempre certa, e o marido da mãe é o pai de seus filhos”¹. Mas os tempos mudaram, e as inovações tecnológicas demandam uma revisão sistemática de todo o sistema de presunções de parentalidade.

“A possibilidade de uso de útero alheio elimina a presunção mater semper certa est, que é determinada pela gravidez e pelo parto. Em consequência, também cai por terra a presunção pater est, ou seja, que o pai é o marido da mãe. Assim, quem dá à luz não é a mãe biológica, e, como o filho não tem sua carga biológica, poderia ser considerada, na classificação legal (CC 1593), como “mãe civil”. À vista da hipótese cada vez menos rara da maternidade por substituição, o que se pode afirmar é que a gestatriz é sempre certa.”

Vige, assim, no ordenamento brasileiro, o princípio norteador de que são pais aqueles que desenvolveram o projeto parental, ou seja, aqueles que manifestaram a vontade no sentido de constituição de uma família³. No caso da reprodução assistida, são pais aqueles que contrataram as técnicas para concretizar seus direitos reprodutivos e formar, então, laços de filiação com a criança a ser gerada⁴.

Os incisos III, IV e V do art. 1597 do Código Civil Brasileiro, consagram a presunção de paternidade em relação: (1) aos filhos havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido; (2) aos filhos havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga; (3) aos filhos havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido.

A concepção homóloga, que se utiliza de material genético do próprio casal que optou pela utilização da técnica, não gera maiores discussões, pois a parentalidade também terá natureza biológica.

No caso da concepção heteróloga, então, verifica-se que o ordenamento consagra uma hipótese de presunção absoluta de paternidade, com fundamento na manifestação inequívoca de vontade daquele que contratou e se submeteu às técnicas, autorizando, portanto, a fecundação e a geração deste ser humano, que integrará seu seio familiar, na qualidade irrevogável de filho.

Pode-se concluir no mesmo sentido ao analisar o Provimento nº 63 de 14/11/2017, do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), que traz regras específicas relativamente ao registro de nascimento.

Para que uma criança possa ser registrada, exige-se, conforme disposto no art. 17, para além da declaração de nascido vivo (DNV) e dos documentos dos pais, uma declaração do diretor da clínica, centro ou serviço de reprodução humana em que foi realizado o procedimento, indicando que a criança foi gerada a partir de uma técnica heteróloga de reprodução, bem como quem são seus pais contratantes que manifestaram a vontade nesse sentido.

No caso de gestação de substituição, deve ser apresentado termo de compromisso assinado entre os contratantes e a parturiente – denominada também de cedente temporária do útero –, inequívoco no sentido de esclarecer a respeito da filiação da criança nascida.

“O contrato de gestação de substituição, ainda que procure uma classificação dentre as modalidades contratuais previstas na legislação civil, é um contrato que deve ser analisado sob

¹ DIAS, 2017, p.388.

² DIAS, 2017, p.400.

³ LEITE, 1995, p. 203

⁴ MALUF, 2020, *online*.

a ótica do biodireito e do direito de família, tendo por base o princípio da dignidade da pessoa humana¹.

Por fim, no assento de nascimento não constará nenhuma menção à forma pela qual a criança foi gerada, no caso da reprodução assistida, nem menção ao nome da parturiente, devendo, contudo, todos os documentos permanecerem arquivados no ofício em que foi lavrado o registro civil.

Entende-se que o objetivo ao se limitar a possibilidade de participação apenas a parentes consanguíneos até 4º grau seja justamente evitar a ocorrência de práticas comerciais e lucrativas que teriam por objeto justamente a cessão do útero de forma onerosa para aquela gestação. O fato do ordenamento proibir tal comercialização não impediria, *a priori*, a comercialização clandestina das práticas, e assim, a limitação a pessoas da mesma família, teria, num primeiro momento, esse objetivo de evitar exploração de pessoas vulneráveis.

As próprias resoluções do CFM, contudo, preveem que situações distintas poderiam ser autorizadas pelos Conselhos Regionais.

Destaca-se o entendimento emitido pelo Conselho em 2006, por meio de Parecer emitido no Processo-Consulta CFM 3491/06 – Parecer CFM n. 7/06². O entendimento proferido foi de que a exigência diz respeito à proximidade familiar e afetiva, podendo ser permitido, de forma pontual, que alguém ainda que não seja parente, que possa ser gestante, considerando o objetivo maior que se busca com a prática. Tal situação, contudo, é entendida como excepcional.

A manifestação de vontade de todas as partes envolvidas, por meio do Termo de Consentimento Informado e do Contrato celebrado, seria determinante para fins de resolução de um possível conflito judicial a respeito da filiação. O ponto de discussão, contudo, diz respeito a qual seria o elemento determinante do projeto parental, e, portanto, se a vontade seria suficiente ou o único fundamento do vínculo da filiação³.

Em que pese todas as discussões envolvendo a validade de contratos que tenham por objeto a realização da cessão temporária do útero, a gestação de substituição, por conseguinte, revoluciona todos os parâmetros existentes no ordenamento para fins de caracterização da maternidade, consagrando, de uma vez por todas, a afetividade como fundamento do vínculo de filiação, a despeito de todo e qualquer outro vínculo de qualquer outra natureza.

Para (não) concluir: reflexões sobre a (des)necessidade de legislação específica

Muito se discute, no Brasil, acerca da necessidade – ou não – de legislação específica sobre reprodução humana assistida, ao se defender que as normas do Conselho Federal de Medicina têm natureza de normas deontológicas, e apenas vinculam os profissionais da classe a ele submetidos, no caso, os médicos.

Ocorre, entretanto, que as técnicas de reprodução humana assistida são amplamente utilizadas no Brasil, e reconhecidas pelo ordenamento, conforme se demonstra com as regras referentes ao registro de nascimento das crianças oriundas de tais técnicas. A ausência legislativa não representa um óbice à sua utilização, em que pese gerar insegurança jurídica em alguns aspectos.

Muito se discute, ainda, sobre a natureza jurídica das obrigações decorrentes da gestação de substituição, sendo questionável, inclusive, se seria possível o estabelecimento de um contrato com esse objeto, ante os valores máximos protegidos pelo ordenamento brasileiro, como a proibição de comercialização do corpo humano.

A ausência de legislação específica, contudo, deixa espaço para insegurança por parte daqueles que precisam se recorrer às técnicas para realização do projeto de parentalidade, em especial ao se considerar que qualquer contrato que tenha por objeto a gestação de substituição, e conseqüentemente, regras atinentes à filiação, podem vir a serem considerados nulos.

¹ MALUF, 2020, *online*.

² CFM, 2006.

³ LEITE, 1995, p. 203. MALUF; MALUF, 2021, p.560-ss.

O estabelecimento de normas específicas, justamente, poderia coibir a prática de atos de comercialização do corpo humano, bem como poderia trazer maior segurança jurídica a todos aqueles que precisam das técnicas para realizar o tão sonhado projeto parental.

Referências

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA (Brasil). **Processo-Consulta CFM 3491/06 – Parecer CFM n. 7/06**. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/pareceres/BR/2006/7>. Acesso em: 19 ago. 2021.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA (Brasil). **Resolução nº 1.358, de 19 de novembro de 1992**. Adota as Normas Éticas para a Utilização das Técnicas de Reprodução Assistida... Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/1992/1358>. Acesso em: 18 jun. 2021.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA (Brasil). **Resolução nº 1.957, de 15 de dezembro de 2010**. A Resolução CFM nº 1.358/92, após 18 anos de vigência, recebeu modificações relativas à reprodução assistida... Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2010/1957>. Acesso em: 18 jun. 2021.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA (Brasil). **Resolução nº 2.121, de 24 de setembro de 2015**. (Revogada pela Resolução CFM nº 2.168/2017). Adota as normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida... Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2015/2121>. Acesso em: 18 jun. 2021.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA (Brasil). **Resolução nº 2.168, de 10 de novembro de 2017**. (Modificada pela Resolução CFM nº 2.283/2020. Revogada pela Resolução CFM nº 2.294/2021). Adota as normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida... Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2017/2168>. Acesso em: 18 jun. 2021.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA (Brasil). **Resolução nº 2.294, de 27 de maio de 2021**. Adota as normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida... Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2021/2294>. Acesso em: 18 jun. 2021.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA (Brasil). **Resolução nº 2013, de 09 de maio de 2013**. Adota as normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida, anexas à presente resolução... Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2013/2013>. Acesso em: 18 jun. 2021.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Provimento nº 63, de 14 de novembro de 2017**. Institui modelos únicos de certidão de nascimento, de casamento e de óbito, a serem adotadas pelos ofícios de registro civil das pessoas naturais... Brasil, 2017. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2525>. Acesso em: 10 ago. 2021.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 12.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Procriações artificiais e o direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

MALUF, Adriana Caldas do Rego Dabus. **Curso de Bioética e Biodireito**. 4.ed. São Paulo: Almedina, 2020, *online*.

MALUF, Carlos Alberto Dabus; MALUF, Adriana Caldas do Rego Dabus, **Curso de direito de família**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2021.

O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NA GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO

Carlos Costa Gomes
Centro de Estudos de Bioética

Email: cgomes.bioetica@gmail.com

Resumo: A maternidade de substituição, agora com a terminologia de gestação de substituição é uma técnica pela qual uma mulher, por encomenda de um casal, acolhe a gestação de um embrião com o qual não tem nenhuma relação biológica, estando obrigada a ceder o filho após nascimento.¹ Na sua generalidade, a mulher que se disponibiliza para engravidar por conta de outrem – por gestação de substituição – normalmente tem uma compensação econômica, é renumerada; quando a remuneração não acontece, é designada por “maternidade de substituição altruísta”². Se a gestação de substituição está ferida de ética, na medida em que a criança por nascer é definida como um bem transacionável porque é-lhe atribuído um preço – a sua vida é paga³; a maternidade de substituição altruísta ainda que a criança seja oferecida como um presente, tal não se pode justificar como um mal menor, na lógica em que os fins justificam os meios. Ambas, na nossa perspetiva, instrumentalizam e reificam o ser humano.

Palavras-chave: maternidade e gestação de substituição, dignidade humana, legitimidade ética.

1. Clarificação de conceitos

Por “gestação de substituição” – mais adequada que a vulgar “barriga de aluguer” – entende-se a indução de gravidez numa mulher, pelo processo de transferência de um embrião constituído em laboratório, com o compromisso, contratualizado, de que a criança que venha a nascer será entregue a outrem⁴.

A situação típica em que tem sido invocada a necessidade de recurso a esta maternidade é a de um casal no qual a esposa, por acidente ou por doença, perde definitivamente a capacidade de usar o útero para nele se desenvolver uma gravidez. E deseja intensamente ter um filho a partir dos seus ovócitos e dos espermatozoides do marido. E sofre, no plano emocional e afetivo, por não poder realizar este seu desejo, que é também desejo do casal.

Ou seja, o casal tem condições para gerar um filho com os seus gâmetas, mas esse filho não pode ser desenvolvido no útero da mãe porque tal útero não existe ou não tem capacidade funcional para a gravidez. Como a fertilização gamética extracorporal, em laboratório, se tornou possível e é usada para os casos de infertilidade de casais, encarou-se a possibilidade de “prolongar” esta técnica, recorrendo a um útero natural, noutra mulher, com entrega da criança nascida aos pais biológicos.

2. O valor e dignidade das palavras

A maternidade só pode ser entendida como acolhimento incondicionado de um filho, de uma vida nascida. O sentido profundo da maternidade engloba uma função biológica, que se multiplica em duas outras funções – genética e funcional – e uma outra que se designa função social de prestação de cuidados.

Não entender, assim, no processo da vida que vai nascer, não se altera todo o seu significado como também o fere a dignidade humana da vida nascida.

Alteração do conceito de maternidade para gestação é, por si só, já uma ferida na dignidade da vida humana; mas acima de tudo esta nova forma de fazer nascer, configura uma pura dissociação voluntária e intencional, por isso ética e moral, de todo o processo proscrito uma vez que o mesmo consiste num acordo positivo mediante o qual uma mulher se compromete a gerar uma vida para depois a entregar a outra mulher.

A sociedade, pela via jurídica, tenta encontrar o termo mais adequado para designar a mulher que gera um filho (por encomenda) para o entregar a outra: todos os termos como barriga de aluguer, mãe portadora, mãe hospedeira, mãe de substituição, grávida de substituição, mãe gestante e gestação de substituição. Na nossa opinião nenhum destes termos são efetivamente corretos: Estão feridos de dignidade porque

¹ Aznar, J., Tudela, J., Tatay, Lucía G. (2019) A maternidade de Substituição. In *Reflexões sobre ética médica* (Coord. Pedro Afonso) Cascais: Principia Editora, p. 61

² Cf. Covington, S., N.; Patrizio, P. (2013) Gestational carriers and surrogacy. In *Sauer, M. V., Principles of oocyte and embryo donation*. Londres: Springer-Verlag.

³ Raposo, L. V. (2005) *De mãe para mãe*. Coimbra: Coimbra Editora, p.53.

⁴ Seguimos de perto: SERRÃO, D. Maternidade para substituição. In Agência Igreja (Jan 17, 2012) p. 12-11.

eticamente desadequados porque não se trata de inventar uma nova designação para uma nova realidade, mas porque afeta de modo ético as palavras que carregam a humanidade: mãe e filho.

Todos os termos acima referidos retiram o caráter maternal e desmaterializam a gravidez. Com clarvidência as palavras e valor de cada palavra que escolhermos têm significado. A consequência do acordo da maternidade de substituição implica a fragmentação da maternidade, e fere em definitivo o conceito de maternidade. Dissociar a maternidade da gestação é iludir o real da concepção de uma nova vida humana.

Mas qualquer que seja o critério de decisão adotado para escolher quem é afinal a mãe, colocamos a vida da criança por nascer numa dificuldade materialmente formal insolúvel, como nos diz Luís Archer:

“Esta fragmentação da maternidade acarreta inúmeros problemas éticos, sociais e legais, além de quebrar a unidade familiar. Pergunta-se, muitas vezes, qual dessas três mães é a verdadeira. E a minha resposta irônica é a de que nenhuma delas o é. Maternidade é o conjunto vitalmente integrado das três mencionadas funções e morre quando elas são dissociadas”¹

A maternidade morre, de facto, porque a queda do conceito e o seu significado da palavra como o concebemos e conhecemos, para além de dar uma sentença de morte à figura da mãe, perverte a palavra filho que passa de resposta – eu sou filho – a pergunta – eu sou filho?²

Esta pergunta, não pode ser dada com uma resposta opaca. A opacidade suscitada pela maternidade de substituição – agora gestação de substituição – denuncia que estamos perante uma questão que não é uma mera alteração do teor material das palavras, mas de profunda irreversibilidade da mudança antropológica que altera a verdade do ser humano e da dignidade humana da vida por nascer.³

3. Um olhar, dois prismas, ambos legítimos

O primeiro: como um ato de amor e generosidade no qual uma mulher abdica de um filho que nela se desenvolveu durante nove meses e o entrega aos pais biológicos; o segundo: como uma manipulação da maternidade, poder supremo da mulher, que até pode ser grosseira se estiver em causa um pagamento por este “serviço”. (uma simples consulta à Net, mostra como, em vários países, está organizada e é publicitada uma “indústria” de produção de crianças que são vendidas). Atualmente a gestação de substituição remunerada está legalizada sem restrições na Geórgia, em Israel, na Ucrânia, na Rússia e na Califórnia⁴.

A maternidade de substituição altruísta - ou seja, não remunerada – é permitida sob diversas condições – na Bélgica, na Grécia, na Holanda, no Reino Unido, em Portugal, na Austrália, no Canadá, na Nova Zelândia e nalguns Estados Norte-Americanos⁵. Na Europa, não está regulada na Polónia nem na República-Checa⁶, e é expressamente proibida na Áustria, na Bulgária, na Dinamarca, na Finlândia, na França, na Alemanha, em Itália, em Malta, na Noruega, em Espanha, e na Suécia. A indústria da maternidade de substituição move, em todo mundo, cerca de 6000 milhões de dólares anuais⁷, e em seu redor foi promovido um grande número de agências especializadas na sua gestão.⁸

Mas, seja qual for o prisma de observação temos de reconhecer que estão em causa pelo menos, três interesses que terão de ser acautelados na legislação que permita esta prática. Que sempre será excepcional dada a reconhecida raridade deste tipo de impossibilidade de concepção maternal.

¹ ARCHER, L. (2006). Da genética à bioética. Coimbra: Gráfica de Coimbra, p. 231.

² Goes. Revista Portuguesa de Bioética, n.º 21 (2014), p. 42.

³ Cf. GOES, A. (2015). Revista Portuguesa de Bioética, n.º 21 (2014), p. 42.

⁴ SERRÃO, D. Maternidade para substituição. In Agência Ecclesia (Jan 17, 2012) p. 12-11.

⁵ SÖDESSTRÖM-Anttila, V.; WENNERHOLM, U. B.; PINBORG, A.; *et al.* Surrogate: outcomesmothers, children and the resulting – a systematic review. In Human Reproduction Update. n.º 22, (2016). P. 260-276.

⁶ DEOMAMP, D. Defining parents, making citizens: nationality and citizenship in transnational surrogacy. In Medical Anthropology. n.º 34, (2015), p. 201-225.

⁷ SMERDON, U. R. Crossing bodies, crossing borders: international surrogacy between the United States and India. In Cumberland Law Review. n.º 39, (2008), p. 15-85.

⁸ COVINGTON, S. N.; PATRÍZIO, P. (2013) Gestational carriers and surrogacy, in Sauer M. V. Principles of oocyte and embryo donation. Londres: Spring-Verlag

São eles:

- a) o interesse da mulher que se disponibiliza para ser a criadora uterina do filho;
- b) os interesses do filho a nascer;
- c) os interesses do casal que recorre a esta prática.

Levantam-se muitas dúvidas sobre a possibilidade de compatibilizar estes três interesses sem a produção de um texto jurídico muito apurado e completo. Por exemplo: o ato médico de transferir para o útero da mãe portadora o embrião constituído em laboratório tem de passar por uma informação completa, verdadeira e compreensível, na qual não sejam escamoteadas as consequências da relação feto/mãe/feto, próprias de toda a gravidez, que se destinam a garantir a sobrevivência do feto antes e depois do nascimento e que constituem o essencial da biologia da maternidade. Sabe-se hoje (Biological Psychiatry, 63,415-423,2008) que o funcionamento cerebral da mulher é modificado durante a gravidez o que torna muito difícil a separação do filho nascido.

Também uma informação séria e completa dos riscos inerentes à gravidez em geral, incluindo o de abortamento espontâneo, e ao parto, que pode ter de ser cirúrgico, como na gravidez em geral. Esta gravidez, por ser para substituição, não é no interesse da mulher que vai engravidar, mas no interesse de outrem; o que impõe, ao médico, a obrigação ética de dar informação completa e rigorosa dos riscos inerentes ao ato médico que vai praticar. Assim, à partida levantam-se algumas questões:

- a) Se a gravidez se tornar uma gravidez de risco, se o feto tiver malformações graves ou, simplesmente, se a mulher portadora decidir mudar de opinião, pode ou não recorrer ao abortamento legal?
- b) Se a criança nascer com defeitos congénitos ou adquiridos, por exemplo por parto distócico, a mãe biológica pode recusar-se a aceitar o filho “encomendado”.
- c) Se a mãe portadora, por generosidade e amor, decidir depois do parto, não entregar o filho à mãe biológica, vai ser punida por ter mudado de opinião (sendo que esta mudança é de raiz neurobiológica)?
- d) Se o casal se divorciar durante o período de gravidez para substituição e nenhum dos cônjuges quiser receber o filho, a mãe portadora vais ter de ficar com ele?

As questões elencadas são um simples exemplo, muito incompleto, das dificuldades médico-jurídicas que a lei terá de considerar.

4. A defesa da legitimidade ética da maternidade de substituição – gestação de substituição

O primeiro aspeto nesta legitimidade é o de se condenar a comercialização da vida humana para logo se alegar que a maternidade/gestação de substituição gratuita é um mal menor – inscreve-se nesta equação uma quantificação utilitarista em que o fim justifica o meio.

As perguntas que podemos colocar à reflexão são:

- a) Onde está a defesa do ato objetivo?
- b) E porque é que podemos considerar a maternidade/gestação de substituição gratuita eticamente legítima?
- c) Será que respeita a dignidade do filho – da vida por nascer – e da mãe grávida como pessoas, como fins que não devem nem podem ser utilizados como meios de realização de desejos e direitos futuros?

Daqui se depreende que em qualquer decisão há sempre uma transação de uma vida por nascer. Sendo certo que a “gestação de substituição comercial” levanta uma intensa gravidade ética e uma ofensa moral à dignidade humana, pois a pessoa que vai nascer será uma propriedade que lhe vai ser atribuída um preço, por isso a sua vida é paga; a “gratuidade da gestação de substituição” também não está isenta de questões éticas porque a criança é oferecida como um presente, por objeto de um acordo de que sujeito de pleno direito¹.

A vida por nascer – um filho – não se vende nem se doa. Um filho é um acontecimento do qual deriva o acolhimento e nunca uma tomada de posse, como coisa para dela possuir. Por isso não podemos doar o filho sem que a dignidade que lhe é intrínseca seja ferida.

O que a mãe pode fazer é não acolher a vida nascida entrega-la a outra pessoa. Mas ao tomar esta decisão não está a doar a criança, mas sim abandonar o filho que dela nasceu. A Maternidade – gestação de substituição contempla este abandono da mãe, porque este ato baseado no direito autonomia e liberdade se se sobrepõe ao direito da liberdade e da autonomia da criança nascida².

5. A dignidade da vida por nascer

Da vida humana como valor absoluto, pois é dela que se deduz todos os valores, deduz-se a dignidade humana como valor intrínseco não pode ser considerada como valor vazio. Preferimos definir a dignidade como valor do que como princípio³. O valor não deriva de um princípio, mas como nos ensina Daniel Serrão, são os princípios que se deduzem a partir dos valores. Por isso o valor da dignidade está na natureza humana, como condição intrínseca do homem, o qual deve ser tratado como um fim e nunca como um meio e nunca o utilizar como instrumento. Isto é, instrumentalizar a vida humana.

Aqui reside legitimidade ética que nos informa da dignidade humana que nos ajuda a compreender inconformidade da maternidade/gestação de substituição – o homem é um fim em si mesmo e nunca instrumentalizável. Na maternidade/gestação de substituição há, na verdade, uma instrumentalização da vida por nascer e da mãe de substituição. É uma questão ética e uma ferida moral irreparável.

Com sabemos, o homem não é um instrumento nem é um meio. O homem, o ser humano, é um fim em si mesmo e é neste reconhecimento que radica a sua dignidade.

A instrumentalidade advém da organização de utensílios necessários para a obtenção de um resultado; inteiramente determinado pelos meios e fins⁴ úteis ao homem. Mas a utilidade, quando aplicada à vida humana para além de ferir a dignidade intrínseca, retira-lhe o seu “valor incomensurável”. Ora como tal, na maternidade/gestação de substituição tanto a mãe como o filho ou vida por nascer são instrumentalizados⁵. Logo a dignidade está ferida porque ambos servem de meios para a realização de um fim alheio (embora possa ser acordado) que é o desejo e o direito dos pais contraentes ou beneficiários. A maternidade/gestação de substituição (esta mãe) gera dentro de si uma criança como um filho encomendado e produzido.

A maternidade/gestação de substituição, como nos disse Luís Archer, mata a maternidade e por ofende a dignidade da pessoa humana e valor da vida humana porque a torna num valor sem valor universal e absoluto, por isso tangível e relativo⁶.

A maternidade/gestação de substituição ofende a dignidade humana da mãe de substituição, mas acima de tudo fere a dignidade da vida por nascer – do filho – que deixa de ser tratado como um fim em si mesmo e passa a meio útil, reduzindo a sua identidade a um mero objeto ou bem cuja a posse é sempre reclamada⁷.

¹ RAPOSO, V. L. De mãe para mãe. Coimbra: Coimbra Editora, p. 53

² Cf. CNECV – Declaração conjunta sobre o Parecer n.º 63 do CNECV – Procriação Medidamente Assistida e Gestação de Substituição, março de 2012.

³ Ver: RENAUD, M. (2005). A ética dos Direitos Humanos e a secularização da moral. In Bioética ou Bioéticas. Coimbra: Gráfica de Coimbra, p. 205.

⁴ CORTINA, A.; MARTINEZ, E. (2005). Ética. S. Paulo: Edições Loyola, p. 11. (Trata-se, em linguagem aristotélica, de um saber poiético).

⁵ Cf. GOES, A. (2015). Revista Portuguesa de Bioética, n.º 21 (2014), p. 52.

⁶ Cf. GOES, A. (2015). Revista Portuguesa de Bioética, n.º 21 (2014), p. 52.

⁷ PATRÃO, M. C. (2009). Mudam-se os tempos, manda a vontade. O desejo e o direito a ter um filho. In Estudos de Direito da Bioética. Vol. III. Coimbra: Edições Almedina, p 113.

A maternidade/gestação de substituição mesmo em condições de solidariedade e altruísmo, isto é, desinteressada e livremente consentida (o que é difícil verificar¹), configura um conflito de direitos de igual valor – entre a autonomia e a dignidade. O respeito pela dignidade humana é um direito assumindo valoração indisponível e inviolável (até para a própria pessoa). Assim, se há lugar a uma instrumentalização do corpo da mulher – e tudo o que fazemos ao corpo fazemo-lo ao espírito, afetando a unidade substancial que é a pessoa – o direito à autonomia não pode prevalecer.

Ao ofender e ao ferir a dignidade humana através da maternidade/gestação de substituição a maternidade passa a ser instrumentalizada e ao mesmo tempo despersonalizada. A gestação da vida por nascer não é nem pode ser uma mera prestação de um serviço fisiológico. A gestação faz parte da maternidade, não é algo de substituível de uma mulher por outra.²

6. O superior interesse da vida por nascer – da criança

A questão a colocar é se no projeto de planeamento do nascimento de um filho através da maternidade/gestação de substituição os candidatos a pais estão a agir no interesse do filho? Quais são os verdadeiros interesses?

Na nossa perspetiva e de acordo com Archer, a decisão de fazer nascer um filho de forma intencional e voluntária através da gestação de substituição, fragmenta a maternidade biológica (genética e gestacional ou apenas gestacional) da maternidade social e esta decisão só pode ter justificação ao abrigo da vontade, liberdade e direitos individuais e autonomia dos pais. Por isso, cremos que aqui reside um atentado voluntário e intencional dos pais que através deste expediente médico, passa a ser atentatório sobre o interesse do filho. A geração de um filho passa pela conceção, acolhimento e cuidados ao longo da sua vida. Um filho tem valor e tem direito moral o que se traduz que todo o planeamento nos impõe que o trate como pessoa (e não um meio), porque nunca pode ser ofendido na sua dignidade.

7. A dignidade confere a inutilidade de ser filho

Um filho só pode ser inútil. Um filho não pode ter utilidade, o que significa que um filho nunca é nem pode ser um meio útil para satisfazer um desejo que lhe é alheio e que não é dele. Nenhuma lógica de uso o pode subverter. A maternidade/gestação de substituição é já uma decisão fundamentada na autonomia, na beneficência e na liberdade do casal beneficiário sobre uma vida por nascer, transformando-a numa utilidade para o casal, ainda que seja por “amor”.

Um filho não tem valor. Atribuir um valor ao filho é comercializá-lo ou mercantizá-lo. A vida humana é tão valiosa que não valorizável – não há valor superior –; um filho é uma vida humana por não pode ser valorizável. É incomensurável e de significância inefável³.

A liberdade de ser filho é o mais do ter um filho. Um filho é livre. Nada fora de si o pode prender ou considerar como seu. É esta liberdade da vida humana que nos mostra que ela reside nela própria⁴.

Um filho é um outro. A distância da mãe e do filho é a distância da liberdade de o filho ser o filho e da mãe ser mãe. Esta distância não é física e social que leva a mãe a deixar de ver o filho – ao contrário a maternidade/gestação de substituição exige que a mãe e o filho deixem de ser vistos⁵.

É precisamente porque o filho é filho que a mãe tem que o perder para o ganhar (Jorge Biscaia). E deixá-lo ser tal como ele é. Aqui reside a inutilidade do filho e é precisamente esta inutilidade que confere a dignidade à vida humana. E tal como um filho é inútil, assim é cada pessoa, assim também é a mãe de substituição.

¹ Cf. CNECV – Declaração conjunta sobre o Parecer n.º 63 do CNECV – Procriação Medidamente Assistida e Gestação de Substituição, março de 2012

² Cf. GOES, A. (2015). Revista Portuguesa de Bioética, n.º 21 (2014), p. 53.

³ Cf. GOES, A. (2015). Revista Portuguesa de Bioética, n.º 21 (2014), p. 61.

⁴ Cf. GOES, A. (2015). Revista Portuguesa de Bioética, n.º 21 (2014), p. 61.

⁵ Cf. GOES, A. (2015). Revista Portuguesa de Bioética, n.º 21 (2014), p. 61.

Nem tudo é útil. A maternidade/gestação de substituição fere em absoluto a dignidade humana e por isso é eticamente censurável. Admiti-la é desrespeitar a pessoa que vai nascer, é ferir a sua dignidade. Estamos a converter valores morais em valores culturais, logo tudo é relativo; estamos a converter realidade antropológica e biológica numa realidade ideológica e tecnológica, na medida em que tudo o que possa ser pensado e a técnica permite se assume como um direito a realizar. Há valores éticos que são inegociáveis e intemporais, mesmo quando pela via da juridicidade se transmutam ou pelo avanço da tecnologia se modificam.

Luís Archer afirma:

“Inaudíveis progressos científicos sucedem-se com tão vertiginosa rapidez que o público entra em ansiedade, críspação e pânico. Aqui entra a função do Direito. A Lei proíbe e ameaça com sanções. Então o público acalma. Mais tarde... quando o público já estiver mais preparado, começam a encontrar-se causas de exclusão da ilicitude e, devagarinho, irão diminuindo gradualmente as proibições. Até que, no fim deste século, já não haverá técnicas proibidas.”¹

Ao privarmos a vida humana por nascer de um acolhimento incondicionado, corrompemos a nossa condição antropológica de ser filho. Por esta ordem de razões, consideramos que a maternidade/gestação de substituição invoca direito um a ter filhos, e não o direito de ser filho.

8. Notas finais: ofensa à dignidade da mãe gestante

A ofensa da dignidade da mãe gestante passa:

- a) Exploração da pobreza – a gestação de substituição abre portas à exploração da pobreza; exploração económica em mulheres desfavorecidas.
- b) Fere a Dignidade da pessoa – a pessoa que se sujeita a mãe de substituição vê ferida a sua dignidade – a pessoa passa a ser uma incubadora, deixando mesma de controlar a sua vida.
- c) A instrumentalização do corpo e quebra da ligação entre a gestação e a maternidade. Esta instrumentação do corpo assume assim funções reprodutivas como um bem transacionável – a criança para além de bem natural passa a ser um bem jurídico
- d) Indisponibilidade do direito sobre o próprio corpo – a mãe gestante ao assumir a gestação passa a ter indisponibilidade do seu corpo – apesar de poder alegar a vontade da gestante em ajudar outras mulheres a ter filhos – a vontade superior;
- e) O direito a ter filhos e família e a limitação dos direitos da mãe gestante; se de facto o direito a ter filhos envolve o direito à gestação de substituição.

De facto, com a maternidade/gestação de substituição entramos no território da instrumentalização do outro ao qual se ofende, agride e fere a sua dignidade intrínseca que nem ele mesmo pode defender, neste caso, do filho a nascer e, cujo superior interesse não está devidamente acautelado, dado que o interesse dos progenitores silencia o interesse do filho.

Referências

SERRÃO, D. Maternidade para substituição. In Agência Ecclesia (Jan 17, 2012) p. 12-11.

SÖDESSTRÖM-Anttila, V.; WENNERHOLM, U. B.; PINBORG, A.; et al. Surrogate: outcomesmothers, children and the resulting – a systematic review. In Human Reproduction Update. n.º 22, (2016). P. 260-276.

DEOMAMP, D. Defining parents, making citizens: nationality and citizenship in transnational surrogacy. In Medical Anthropology. n.º 34, (2015), p. 201-225.

¹ Archer, L. (2006). Da Genética à Bioética. Coimbra: Gráfica de Coimbra.

- SMERDON, U. R. Crossing bodies, crossing borders: international surrogacy between the United States and India. In Cumberland Law Review. n.º 39, (2008), p. 15-85.
- COVINGTON, S. N.; PATRÍZIO, P. (2013) Gestational carriers and surrogacy, in Sauer M. V. Principles of oocyte and embryo donation. Londres: Springer-Verlag
- ARCHER, L. (2006). Da genética à bioética. Coimbra: Gráfica de Coimbra, p. 231.
- GOES, A. (2015). Revista Portuguesa de Bioética, n.º 21 (2014), p. 42.
- RAPOSO, V. L. De mãe para mãe. Coimbra: Coimbra Editora, p. 53
- RENAUD, M. (2005). A ética dos Direitos Humanos e a secularização da moral. In Bioética ou Bioéticas. Coimbra: Gráfica de Coimbra, p. 205.
- CORTINA, A.; MARTINEZ, E. (2005). Ética. S. Paulo: Edições Loyola, p. 11. GOES, A. (2015). Revista Portuguesa de Bioética, n.º 21 (2014), p. 52.
- PATRÃO, M. C. (2009). Mudam-se os tempos, manda a vontade. O desejo e o direito a ter um filho. In Estudos de Direito da Bioética. Vol. III. Coimbra: Edições Almedina, p. 113.
- CNECV – Declaração conjunta sobre o Parecer n.º 63 do CNECV – Procriação Medidamente Assistida e Gestação de Substituição, (março de 2012)

GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN EN CHILE

Natalia Victoria González Cifuentes
Universidad Complutense de Madrid
Email: ana.aboin@usp.br

Resumen: El presente trabajo tiene por finalidad exponer de manera sucinta la situación en la que se encuentra la gestación por subrogación en Chile. Debo anticipar desde ya que esta no se encuentra regulada en el derecho positivo, de lo que ha deducido la comunidad médica, científica y académica que esta práctica no está autorizada en nuestro país. Iniciaremos con algunas precisiones sobre la terminología que utilizaremos y que a nuestro juicio es la que más se adecúa a esta técnica de reproducción humana asistida.

Para ello se hará una breve síntesis con algunos casos que han marcado el desarrollo de las técnicas que permitieron el avance de esta forma de gestación, posteriormente se revisarán muy someramente las regulaciones de los países en que la práctica de la gestación por subrogación está permitida. Además, se revisará dos casos ocurridos en Chile, el primero acaecido el año 2018, en que un matrimonio de chilenos viajó a Perú para ser padres y el caso conocido recientemente en que el Segundo Juzgado de Familia de Santiago, en un fallo inédito acogió la acción de reclamación e impugnación de maternidad de un hijo que fue concebido por gestación subrogada. Se obtendrán algunas conclusiones para cerrar este trabajo proponiendo algunas ideas que pueden servir de inicio de la discusión de la legalización de la maternidad por subrogación en Chile, las que pueden o no estar contenidas en el proyecto de ley que se encuentra en el Congreso Nacional para su pronta discusión.

Palabras claves: gestación, gestación por sustitución.

1. Introducción

El fenómeno de la maternidad subrogada es comparable a lo que sucede con la regulación legal de diversos momentos de en la vida de las personas desde el punto de vista de su desarrollo y la atención médica.

El legislador chileno nunca ha demostrado mayor interés en desarrollar normativa que pudiéramos calificar como biomédica, es así como se encuentra regulada la investigación científica en seres humanos desde el año 2006, y los derechos de las personas en su atención en salud desde el año 2012.

En cuanto a temas más específicos como las decisiones reproductivas en Chile actualmente sólo se permite el aborto en tres causales que son peligro de salud para la madre, inviabilidad fetal y que el embarazo sea producto de una violación, luego de treinta años y más de diecisiete proyectos de ley se promulgó la despenalización del aborto en agosto de 2017.

Ya sea por la composición conservadora del Congreso o por desconocimientos de las temáticas biomédicas hay proyectos de leyes que regulan la eutanasia, el suicidio asistido, las técnicas de reproducción humana asistidas y la gestación por sustitución que se encuentran en diversas etapas de la discusión legislativa.

Por ser la gestación por sustitución un tema de gran interés desde el punto de vista legal, médico, bioético y ético es que intentaremos desarrollarle en las próximas líneas.

Gestación por sustitución

En relación con la terminología utilizada, advertimos que en la literatura usan distintos términos para referirse a la gestación por sustitución, sin existir un acuerdo al respecto. Se usa, por ejemplo: maternidad subrogada, gestación por subrogación, vientre de alquiler y úteros de alquiler, entre otros¹.

Como desarrolla la experta Bárbara Sepúlveda Hales² en su modalidad altruista, la gestación por sustitución o subrogación es aquella realizada a título gratuito y por una motivación de satisfacer el deseo ajeno de la maternidad, y que ocurre un entorno libre de presión y/o coerción para la mujer o persona gestante. Esta modalidad encuentra su referente en el Reino Unido, donde se mantiene la autonomía y libertad de la gestante para incluso negarse a entregar al recién nacido en caso de desistir. Otros países donde está permitida la gestación subrogada son Estados Unidos (en los estados de Nueva York, Nueva Jersey, Nuevo México, Nebraska, Virginia, Oregón y Washington), Australia, Canadá (excepto Quebec), Países Bajos, Dinamarca, e Israel.

Para precisar la terminología que se debe utilizar Octavio Salazar (2017) nos indica que, según el diccionario de la Real Academia Española, la palabra subrogado significa sustituir o poner a alguien o algo en lugar de otra persona. Sin embargo, esta definición no cubre el abanico que se abre con las prácticas de reproducción humana asistida. En el campo jurídico, el concepto subrogación recuerda la idea de sustitución, de reemplazo ya sea de una cosa o persona por otra, o de una mujer por otra para el caso de la gestación. Sin embargo, precisa que la subrogación en el ámbito jurídico es también una forma de transmisión de las obligaciones, como cuando se sustituye o se reemplaza un acreedor por otro. Esta lógica no puede adjudicarse a la maternidad subrogada, ya que la mujer que contrata no puede ser sustituida por otra mujer contratante, ya que la que motiva a quien contrata es justamente el deseo de ser madre. Señala también que, en relación con la maternidad subrogada, la palabra subrogada, por su significado, se relaciona más bien con aquellos supuestos en los que la gestante, aporta ambas cosas: gestación y material genético (es decir, es también donante de ese material representado en uno o más óvulos que se implantan en su útero). Además, agrega que, hablar de maternidad también sería incorrecto, ya que englobaría una realidad mucho más extensa que la preñez, en el entendido de que ser madre supone mucho más que gestar y parir a un bebé.

El Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas³ ha definido la gestación por sustitución como *una práctica de reproducción mediante la que un tercero, en la que el aspirante o aspirantes a progenitor y la madre de alquiler, convienen en que esta se quede embarazada, geste y dé a luz a un niño. Esto se*

¹ Para más información sobre terminología utilizada véase LAMM, E. (2013). Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres. Barcelona: Universitat de Barcelona, Publicacions i Edicions.

² Sepúlveda Hales, Bárbara. Informe en Derecho Sobre la regulación legal internacional de derechos humanos que reconoce la situación de vientre subrogado por altruismo, en causa 2do Juzgado de Familia de Santiago, 2021.

³ Informe de la Relatora Especial sobre la venta y la explotación sexual de niños, incluidos la prostitución infantil, la utilización de niños en la pornografía y demás material que muestre abusos sexuales de niños. Consejo de Derechos Humanos, 37º período de sesiones.

formaliza mediante un contrato o acuerdo de maternidad subrogada, los que suelen contemplar la expectativa o el acuerdo a efectos de que la madre de alquiler traslade jurídica y físicamente al niño al aspirante o aspirantes a progenitor, sin conservar la patria potestad ni la responsabilidad paterna.

Surgimiento de la Gestación por sustitución

En un escenario en que el envejecimiento de la población, el cambio en los paradigmas sobre el trabajo femenino y en que crece el índice de infertilidad, quienes ven imposibilitados sus deseos de concebir naturalmente encuentran en las técnicas de reproducción humana asistida, la vía para formar la tan ansiada familia. La gestación por sustitución se inserta en este contexto como una práctica peculiar, generalmente merecedora de un tratamiento distinto del resto de las técnicas de reproducción humana asistida.

La historia de la gestación por sustitución comienza en 1975 en California, Estados Unidos, cuando un diario de esa ciudad publica un anuncio en el cual se busca una mujer para ser inseminada artificialmente, a pedido de una pareja estéril, que por este servicio ofrecía una remuneración.

Posteriormente, se constituyeron diversas organizaciones profesionales tendientes a contactar a madres portadoras con parejas interesadas y, desde luego, surgieron conflictos que debieron ser resueltos en los tribunales y su consiguiente debate social.

El caso más famoso es el ocurrido entre Mary Beth Whitehead, una mujer casada de unos treinta años, madre de dos hijos y el matrimonio Stern formado por William Stern, con una edad sobre los cuarenta años, hijo de unos sobrevivientes del Holocausto y destinado a ser el último descendiente, debido a que su mujer sufría una enfermedad que con el embarazo se le hubiera agudizado y no estaba dispuesta a aceptar los riesgos de la gestación y el parto.

El contrato acordado comprendía el pago de 10,000 dólares y todos los gastos médicos. Dicho convenio lo firmó la señora Whitehead con el objetivo de *dar el más cariñoso don de felicidad a una pareja desafortunada* y de aprovechar la suma de dinero para poder proveer en un futuro los estudios de sus dos hijos.

Los puntos del contrato, como se reproducen en los hechos de la sentencia del caso, fueron que la señora Whitehead se obligó a intentar la concepción a través de la inseminación artificial, de llevar a cabo el embarazo, parir y entregar el niño o niña al señor Stern, renunciando a sus derechos de patria potestad, dando por hecho que este acto era en interés del menor. Por otro lado, se convino que el nombre de los Stern aparecería en el certificado de nacimiento; que la señora Whitehead asumiría el riesgo del embarazo y del parto y se sometería a un examen psiquiátrico, a costa del señor Stern.

El derecho de dar el nombre al niño(a) le correspondía a Stern. Si eventualmente muriera el señor Stern el niño(a) se le confiaría a su mujer. La señora Whitehead se obligó a no abortar y someterse a examen médico y si el feto resultaba con anomalía genética o congénita la señora Whitehead se obligaba a abortar a solicitud del señor Stern.

A fines de 1986 existían ya más de cien casos conocidos de madres sustitutas en los Estados Unidos. Entre ellos está el caso de Anna Johnson, madre portadora que después del alumbramiento del hijo reclama compartir la custodia, extremo a que se opusieron los padres genéticos, matrimonio formado por Mark y Crispina Colvert. Esta última, ante la imposibilidad de tener descendencia al haber sufrido una intervención que le impedía conservar el feto en su seno, optó por utilizar los servicios de una madre subrogada, Anna Johnson. Después de la fecundación in vitro del óvulo de Crispina con el semen de su esposo, el embrión resultante.

Los casos de gestación por sustitución comienzan a multiplicarse en el mundo y con ello surgen diferentes posturas ante los dilemas médico, científico, bioético, social y jurídico, por los diferentes derechos, sentimientos que surgen entre los involucrados y la regulación de los derechos del menor nacido como el derecho a la identidad, la determinación de la filiación entre otros.

Hoy la aceptación de la gestación por sustitución no es total, el movimiento feminista que se ha vuelto un actor influyente en las sociedades actuales no es de pronunciamiento unánime en este rema, hay movimientos feministas que se oponen a la gestación por sustitución porque lo consideran una cosificación del cuerpo de la mujer al ser utilizado con un fin mercantil.

Mientras una mujer está embarazada, no es solo ella y el proceso biológico que se está llevando a cabo en su cuerpo, sino que hay otros interesados en su embarazo. La mujer se ve limitada en su acción por ser portadora de un bebé que no es suyo.

Otras posturas apelan a que lejos de condenar y prohibir el avance científico, es necesario legislar, vigilar y proteger a las diversas partes a fin de evitar la trata reproductiva, la trata de bebés y garantizar los derechos de los infantes.

Gestación por sustitución en Chile

4.1 Caso mellizos nacidos en Perú

En la última década en nuestro país se han cocido dos casos de gestación por sustitución que suscitaron un amplio debate en la opinión pública.

El primero ocurrió en el año 2018, el matrimonio de ingenieros chilenos compuesto por Jorge Tobar y Rosario Madueño viajaron a Lima, Perú por recomendación médica, luego de diez años de tratamientos para concebir un hijo.

Fue en la clínica Concebir donde los mellizos nacieron el 28 de julio a través de lo que se denominó vientre de alquiler. En el momento que la pareja decidió retornar a Chile fueron detenidos en el aeropuerto acusados del delito de trata de personas.

La primera jueza que conoció del caso ordenó que los esposos Jorge Tobar y Rosario Madueño fueran encarcelados por 12 meses de manera preventiva mientras se les investigaba por los presuntos delitos de trata de personas y falsedad ideológica.

En fallo posterior la Primera Sala de la Corte de Apelaciones del Callao resolvió que no existía convicción para sindicar a Tobar y Madueño como compradores y vendedores de bebés. Se corroboró, por el contrario, que la pareja anhelaba tener hijos y por eso se sometió a diversos métodos de fertilización, los chilenos habían sido enviados a la cárcel por un plazo de doce meses, mientras durara la investigación.

Los mellizos fueron concebidos con los espermatozoides de Tobar y los óvulos de una donante. Después el cigoto se implantó en el útero de una mujer peruana a quien le habrían pagado la suma de diez mil dólares, en una entrevista la gestante declaró que los padres de los menores era el matrimonio de chilenos y que ella sólo había sido una colaboradora y que nadie la había obligado.

El artículo 7 de la Ley General de Salud peruana dice que toda persona tiene derecho a recurrir a estos tratamientos de reproducción asistida siempre que *la condición de la madre genética (la que proporciona el óvulo) y la madre gestante recaiga sobre la misma persona*.

A nivel jurisprudencial, el Poder Judicial había determinado que la maternidad subrogada no está prohibida por ley. Conociendo de un recurso de casación la Corte Suprema peruana resolvió un caso de vientre de alquiler que enfrentó a dos hermanos. La sentencia de la Corte Suprema señaló que estos casos se resuelven priorizando el principio del interés superior del niño, en atención a su derecho a una familia y a estar protegidos por sus integrantes.

4.2 Caso impugnación y reclamación de maternidad

Hace algunos meses el Segundo Juzgado de Familia de Santiago acogió una demanda de impugnación y reclamación de maternidad presentada en favor de una madre cuyo hijo fue concebido mediante técnica de reproducción asistida en un caso de maternidad gestacional por sustitución.

En la sentencia se estableció que ante el vacío de la legislación chilena respecto de los hijos concebidos mediante técnicas de reproducción asistida se debe recurrir a la legislación internacional en protección de los derechos del niño y establecer su filiación con su familia de crianza, modificando de esta manera la partida de nacimiento del niño o niña.

Teniendo presente que en Chile no se ha legislado en forma integral sobre técnicas de reproducción humana Asistida el único artículo que hace referencia sobre el tema es el artículo 182 del Código Civil que señala *el padre y la madre del hijo concebido mediante la aplicación de técnicas de reproducción humana asistida son el hombre y la mujer que se sometieron a ellas, y agrega en el inciso segundo que, no podrá impugnarse la filiación determinada de acuerdo a la regla precedente, ni reclamarse una distinta.*

Resulta muy interesante el reconocimiento que hace el Juzgado de Familia de la existencia de un vacío legal y lo vetusto de nuestra legislación en este tema, por lo que el Tribunal debe resolver mediante la aplicación de normas o principios generales del derecho y del derecho internacional, encuadrándolo en los derechos fundamentales del niño, su interés superior, como principios rectores del derecho de familia, contenidos entre otros cuerpos normativos internacionales en la Convención sobre los Derechos del Niño.

El tribunal reconoció que en este caso quienes comparecen siempre desearon ser padres y son ellos los que han ejercido el cuidado y protección del niño desde sus primeros días de vida, procurando velar por su bienestar, siendo responsables en su crianza y entregándole amor; el niño, por lo que está inserto en una familia armoniosa.

Mediante diversas pruebas documentales, informes médicos, la declaración de testigos y la de las propias partes se tuvo por probado que ellos son reconocidos afectiva y socialmente como padres del el niño de autos y que él es conocido en cuanto a su nombre, trato y fama como hijo de ellos por lo que prevalece por sobre la verdad biológica, según reza el artículo 200 del Código Civil y es en el mejor interés de en este caso es que sigan formando parte de una familia unida por lazos afectivos, sociales y reconocidos por la comunidad, amigos y familiares.

Proyecto de ley que regula la gestación por subrogación o gestación subrogada como mecanismo de reproducción asistida

El año 2018 ingresa al Congreso para su discusión un proyecto de ley elaborado por un grupo de parlamentarios que como su título indica pretende regular la gestación por sustitución.

Entre las ideas matrices del proyecto podemos mencionar el respeto amplio por los diversos modelos de familia a los cuales se podría aplicar esta ley: parejas heterosexuales, del mismo sexo u homoafectivas, parejas unidas por matrimonio o por unión civil y personas solas.

Antes de solicitar la aplicación de las técnicas necesarias para la gestación por sustitución debe acreditarse que se ha probado cualquier otro método o técnica de reproducción asistida, sin resultados.

La única forma lícita de la aplicación de esta técnica es que sea de carácter altruista. Será un sistema absolutamente altruista, solo procederá la compensación a la madre gestante, que se limitará a los gastos con respaldo o justificados o demostrados, derivados del embarazo, pero no existirá una especie de compensación salarial o compensación económica de tipo alguno. Por ende, la subrogación comercial estará prohibida, por lo que, la única razón para que una mujer se someta a este tratamiento es exclusivamente la solidaria, solo podrán reembolsarse los gastos derivados del embarazo.

En cuanto al rango etario se establece que la edad mínima para ser madre gestante se establece en 25 años, la misma que la ley establece para las adopciones. Asimismo, deberá tener menor de 45 años. También deberá poseer nacionalidad chilena, ser residente legal y no tener antecedentes penales. La mujer gestante, deberá acreditar características socio-económicas estables para garantizar las circunstancias de salud y seguridad adecuadas para afrontar la gestación y haber gestado al menos un hijo sano con anterioridad y no podrá ser mujer gestante por subrogación en más de dos oportunidades.

Se formula la opción de un registro de gestación por subrogación, para conocer y proteger cada caso individual y velar por el cumplimiento de los requisitos de la normativa.

Se establece que de ser posible los padres de intención o genéticos, deben acudir a la gestación por subrogación aportando su propio material genético o recurrirá a la donación de gametos, para lo que formalizará un contrato específico sometiéndose a todas las exigencias de la ley, el material genético puede ser el de la madre gestante u otro.

Conclusiones

- La gestación por sustitución es una práctica que en nuestros días genera diversas reacciones, a pesar de que crece el número de países en los que se encuentra regulada y permitida existen sectores de la sociedad que se oponen a su práctica.
- En aquellos países en los que no se regula la gestación por sustitución, pero no está prohibida la jurisprudencia ha resuelto los casos que se han presentado aplicando normas internacionales de derechos humanos y principios generales como el interés superior del niño.
- La gestación por subrogación cuando obedece a una motivación altruista no colisiona con principios universalmente aceptados en la atención de salud como la autonomía de las personas, la no maleficencia y justicia.
- Urge legislar en esta materia para otorgar seguridad y certeza a quienes se ven en la necesidad de recurrir a la gestación por sustitución para formar una familia.

Bibliografía

Flores Rodríguez, Jesús. (2014). Gestación por sustitución: más cerca de un estatuto jurídico común europeo. *Revista de Derecho Privado*, (27), 71-89. Retrieved August 29, 2021, from http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0123-43662014000200004&lng=en&tlng=es.

González Moreno, J. (2019). Las estrategias para legalizar la "gestación por sustitución". Un análisis desde la autonomía (reproductiva) de las | Strategies to legalize "substitute gestation". An analysis from women's (reproductive) autonomy. *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, 40, 108-127. doi:<http://dx.doi.org/10.7203/CEFD.40.13872>

Igareda, Noelia. (2018). La gestación por sustitución: una oportunidad para repensar la filiación y la reproducción humana. *Revista de Bioética y Derecho*, (44), 57-72. Recuperado en 30 de agosto de 2021, de http://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1886-58872018000300005&lng=es&tlng=es.

Lamm, Eleonora. (2013). Gestación por Sustitución. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres. Barcelona: Universitat de Barcelona, Publicacions i Edicions.

Proyecto de Ley: Regula la gestación por subrogación o gestación subrogada como mecanismo de reproducción asistida. Disponible en: <https://www.camara.cl/legislacion/ProyectosDeLey/tramitacion.aspx?prmlD=12092&prmBoletin=11576-11>

Salazar Benítez, O. (2017). La gestación por sustitución desde una perspectiva jurídica: Algunas reflexiones sobre el conflicto entre deseos y derechos. *Revista De Derecho Político*, 1(99), 79-120. <https://doi.org/10.5944/rdp.99.2017.19307>

Scotti, Luciana Beatriz. (2015). La gestación por sustitución y el Derecho Internacional Privado: Perspectivas a la luz del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación Argentina. *Revista de la Facultad de Derecho*, (38), 231-275. Epub 01 de diciembre de 2019. Recuperado en 29 de agosto de 2021, de http://www.scielo.edu.uy/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2301-06652015000100231&lng=es&tlng=es.

Szygendowska, Marta. (2021). La gestación por sustitución como una forma de mercantilización del cuerpo femenino. *Revista de derecho (Valdivia)*, 34(1), 89-109. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502021000100089>

GESTÃO DE SUBSTITUIÇÃO: A PROTEÇÃO DOS DIREITOS DA MULHER GESTANTE EM PORTUGAL

Mariana Schafhauser Boçon
investigadora colaboradora no Centro JusGov
Email: marianabocon@gmail.com

Resumo: Em Portugal, as alterações legislativas à Lei de Procriação Medicamente Assistida (PMA), com a promulgação das leis n.º 17/2016 e n.º 25/2016, promoveram uma maior igualdade de género no âmbito do exercício dos direitos reprodutivos, ao permitir o acesso de todas mulheres às técnicas de PMA, independentemente do seu estado civil ou orientação sexual, bem como a possibilidade de celebração de contratos de gestação de substituição. No entanto, as questões relacionadas à PMA suscitam discussões ético-jurídicas quando analisamos todos os sujeitos de direito envolvidos na utilização das técnicas e na gestação de substituição: pessoas beneficiárias, dadores, gestantes de substituição e crianças nascidas dessas técnicas. Nesse sentido, no que toca à gestante que atua numa gestação de substituição, o entendimento do Tribunal Constitucional Português (TC) no Acórdão n.º 225/2018 e no Acórdão n.º 465/2019, é de que a gestação de substituição, na sua essência não viola a dignidade da gestante, entretanto, certos aspectos das alterações realizadas à Lei de PMA lesam princípios e direitos fundamentais consagrados na Constituição, como o princípio da proporcionalidade, o direito à identidade pessoal e ao desenvolvimento da personalidade, tendo considerado inconstitucionais uma série de dispositivos da Lei de PMA. Assim, atualmente, sem uma alteração legislativa que vise se adequar ao entendimento apresentado pelo TC, a gestação de substituição existe na lei portuguesa, mas na prática, não é possível aceder a ela. Deste modo, este estudo almeja expor as alterações legislativas ocorridas recentemente em Portugal relativas à gestação de substituição, os entendimentos adotados nas decisões do TC nesta temática e as subsequentes propostas legislativas apresentadas, analisando-se, assim, as diferentes posições que se encontram aqui em causa no que toca à proteção dos direitos da mulher gestante na gestação de substituição, nomeadamente a sua dignidade e o seu direito ao livre desenvolvimento da personalidade.

Palavras-Chave: Gestação de Substituição, Direitos Reprodutivos, Gestante de Substituição, Género

1. INTRODUÇÃO: A Lei de procriação medicamente assistida em Portugal

Em Portugal, a matéria sobre procriação medicamente assistida veio a ser efetivamente regulada em lei em 2006, com a aprovação da Lei n.º 32/2006, de 26 de julho, estabelecendo as técnicas de procriação medicamente assistida (a seguir PMA) enquanto método subsidiário e não alternativo de procriação.

Nos termos do art. 8.º, da Lei n.º 32/2006, de 26 de julho, a à época denominada maternidade de substituição, situação em que a mulher se disponha a suportar uma gravidez por conta de outrem e a entregar a criança após o parto, renunciando aos poderes e deveres próprios da maternidade, era considerado um negócio jurídico nulo, seja ele de caráter gratuito ou oneroso, e a mulher que suportasse uma gravidez de substituição de outrem era havida, para todos os efeitos legais, como a mãe da criança que viesse a nascer (Raposo & Pereira, 2006).

No entanto, o contínuo desenvolvimento e aperfeiçoamento das técnicas de PMA; o aumento da taxa de infertilidade/esterilidade e a complexidade das questões éticas suscitadas pelo tema demonstraram a insuficiência e as imperfeições da legislação vigente, incentivando contínuos debates acerca da necessidade de alterações legislativas, o que veio a culminar nas Leis n.º 17/2016, de 20 de junho, a Lei n.º 25/2016, de 22 de agosto, e depois também outras alterações legislativas (como a lei n.º Lei n.º 58/2017, de 25 de julho).

Ora, enquanto a Lei n.º 17/2016, de 20 de junho, trouxe como alteração a ampliação do rol de beneficiárias das técnicas de PMA, a Lei n.º 25/2016, de 22 de agosto, teve como principal papel regular o acesso à gestação de substituição.

Com a alteração promovida pela Lei n.º 25/2016, de 22 de agosto, passa-se a utilizar o termo gestação de substituição e fica estabelecido que os negócios jurídicos desse tipo de gestação são possíveis a título

excepcional e com natureza gratuita, nos casos de ausência de útero, de lesão ou de doença deste órgão que impeça de forma absoluta e definitiva a gravidez da mulher ou em situações clínicas que o justifiquem.

Nos termos da lei, para a celebração deste tipo de contrato, são consideradas como principais condições as seguintes:

- A gestação de substituição só pode ser autorizada através de uma técnica de PMA com recurso aos gametas de, pelo menos, um dos respectivos beneficiários, não podendo a gestante de substituição, em caso algum, ser a dadora de qualquer ovócito usado no concreto procedimento em que é participante;
- É proibido o pagamento ou doação de qualquer bem ou quantia dos beneficiários à gestante de substituição, exceto o valor correspondente às despesas decorrentes do acompanhamento de saúde efetivamente prestado, bem como não é permitida a celebração deste negócio jurídico quando existir uma relação de subordinação económica entre as partes envolvidas;
- A celebração desses negócios jurídicos é feita através de contrato escrito, estabelecido entre as partes, supervisionado pelo Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida (a seguir CNPMA), onde devem constar obrigatoriamente, as disposições a observar em caso de ocorrência de malformações ou doenças fetais e em caso de eventual interrupção voluntária da gravidez.

Ademais, é aplicável à gestação de substituição, com as devidas adaptações, o disposto no art. 14.º da Lei de PMA quanto ao consentimento livre, esclarecido, de forma expressa e por escrito, estando previsto que o consentimento dos beneficiários é livremente revogável por qualquer deles até ao início dos processos terapêuticos de PMA, ponto que tem sido o principal foco de discussão, como veremos adiante.

2. DESENVOLVIMENTO

2.1. O entendimento do Tribunal Constitucional face às alterações à Lei de PMA

2.1.1. O Acórdão n.º 225/2018 do Tribunal Constitucional

Na sequência da promulgação das alterações legislativas à Lei de PMA, ao abrigo do art.º 281.º, n.º 1, alínea a) e n.º 2, alínea f), da CRP, um grupo de deputados veio requerer à AR a declaração de inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, da referida lei, em particular das normas relativas à gestação de substituição, porque admitem a potencialidade de não salvaguardarem, adequadamente, os direitos da criança e da mulher gestante, assim como do anonimato do dador.

Nessa sequência, o Tribunal Constitucional (a seguir TC), decidiu no Acórdão n.º 225/2018, 07 de maio que a gestação de substituição, na sua essência não viola a dignidade da gestante, nem da criança nascida, no entanto, certos aspectos das alterações realizadas à Lei de PMA lesam princípios e direitos fundamentais consagrados na Constituição Portuguesa, como o princípio da proporcionalidade e o direito à identidade pessoal, ao desenvolvimento da personalidade e à identidade genética.

No que se refere à autonomia da gestante de substituição, a maioria dos juizes do TC entendeu que o fato da gestante não poder revogar o consentimento prestado no contrato até à entrega da criança representa uma violação do direito ao desenvolvimento da personalidade, interpretado de acordo com o princípio da dignidade da pessoa humana e do direito de constituir família.

Segundo o TC, a revogabilidade do consentimento inicialmente prestado constitui a única garantia para que o cumprimento das obrigações de cada uma das fases do procedimento de gestação de substituição continue a ser voluntário, sendo assim essencial para a efetividade do direito ao desenvolvimento da personalidade da gestante, nomeadamente pelo fato de que as obrigações contratuais pressupõem o consentimento.

Deste modo, na época, a decisão do TC, ao declarar inconstitucionais uma série de normas da Lei n.º 32/2006 após as alterações legislativas ocorridas em 2016, fez com que ficasse impedida a aplicação prática da lei, nomeadamente no que tocava ao início de novos processos de gestação de substituição e na utilização de gametas doados sob o regime de anonimato, porque não limitou os efeitos da declaração de

inconstitucionalidade das normas referentes ao sigilo absoluto dos dadores e da gestante de substituição, prejudicando a utilização dos gametas doados nessa modalidade.

2.1.2. O Decreto n.º 383/XIII e o Acórdão n.º 465/2019 do Tribunal Constitucional

Face às dúvidas geradas pela decisão do TC foram tomadas uma série de iniciativas legislativas no Parlamento.

No que toca à identidade do dador, acabou por ser publicada a lei n.º 48/2019, de 08 de julho¹. Relativamente à gestação de substituição, por outro lado, desenvolveu-se um processo legislativo que culminou na aprovação do Decreto da Assembleia da República n.º 383/XIII, enviado em 19/07/2019 para promulgação como sétima alteração à Lei n.º 32/2006, de 26 de julho.

Todavia, este decreto nada previu quanto à revogação do consentimento da gestante, pelo que o Presidente da República Portuguesa, ao abrigo do artigo 278.º, n.º 1, da CRP, submeteu-o à apreciação do TC, em processo de fiscalização preventiva da constitucionalidade, por entender que o DL descumpria a decisão do TC de que uma das condições de admissibilidade do modelo português de gestação de substituição é, justamente, de que o consentimento livre e esclarecido prestado pela gestante—seja assegurado ao longo de todas as fases em que se desdobra o processo de gestação de substituição: celebração do contrato, aplicação das técnicas de PMA, gravidez, parto e entrega da criança aos beneficiários.

2.1.3. Novos projetos de lei

Nessa sequência então, foram desenvolvidos novos projetos de Lei, nomeadamente do PAN e do BE, no qual se buscou alcançar o defendido pelo TC, tendo ficado estabelecido que o consentimento livremente revogável nos casos de gestação de substituição pode acontecer, por vontade da gestante, até ao registo obrigatório da criança nascida, isto é, até 20 dias após o nascimento.

Estes projetos já se encontram aprovados no Parlamento, tendo sido previamente submetidos aos pareceres do CNPMA e CNECV, tendo este último dado parecer desfavorável por entender que essa possibilidade de revogação do consentimento criará um conflito eventual entre os autores do projeto parental e a gestante, subordinando totalmente o destino do projeto parental à vontade desta, relativizando totalmente o interesse da criança que virá nascer, porque o desfecho do projeto e o destino da criança são incertos.

Acresce ainda, que no entendimento do CNECV, a permissão da revogação imotivada do contrato pela gestante desconsidera totalmente a eventual vinculação genética com os autores do projeto parental, o que desvirtua o objetivo da própria lei, que é permitir o nascimento de uma criança geneticamente relacionada com o casal beneficiário.

2.2. A proteção dos direitos da gestante de substituição

Verifica-se, portanto, que as alterações legislativas à Lei de PMA ao permitir que todas as mulheres, independentemente do seu estado civil ou orientação sexual, tenham acesso às técnicas de PMA, promoveram uma maior igualdade no exercício dos direitos reprodutivos.

Todavia, quando pensamos na ampliação promovida pela lei, temos de verificar também os direitos daqueles que participam de modo essencial para que a técnica se concretize e as mulheres beneficiárias atinjam o objetivo inicialmente pretendido.

Assim, e na sequência do entendimento adotado pelo TC no Acórdão n.º 225/2018, quando falamos de direitos reprodutivos das mulheres no contrato de gestação de substituição, é importante verificar se este contrato prevê e protege adequadamente os direitos da mulher gestante, nomeadamente a sua dignidade e o seu direito ao livre desenvolvimento da personalidade, e aqui há entendimentos divergentes.

Segundo Paulo Otero, a maternidade de substituição implica uma situação em que a mulher gestante acumula três obrigações: a) a cedência do seu útero, gerando uma criança, a favor de terceiro; b) a entrega

¹ A lei n.º 48/2019, de 08 de julho estabeleceu que as pessoas nascidas em consequência de processos de PMA com recurso a dádava de gametas ou embriões podem, desde que possuam idade igual ou superior a 18 anos, obter junto do CNPMA informação sobre a identificação civil do dador, tendo sido estabelecida uma norma transitória quanto ao regime de confidencialidade a ser adotado para os gametas e embriões doados antes da publicação do Acórdão n.º 225/2018.

a terceiro, após o parto, da criança gerada no seu útero; e c) a renúncia ao estatuto de mãe a favor do cliente (Otero, 2012, p. 88).

Para o autor, embora a gestação de substituição tenha por fim o objetivo nobre de se gerar uma nova vida, o meio empregue não o justifica, posto que a mulher gestante se reduziria a uma mera incubadora, conseqüentemente reduzindo assim a sua própria dignidade, representando um retrocesso histórico no processo de afirmação e dignificação da mulher (Otero, 2012, p. 85).

Esta escolha da gestante de suportar uma gravidez e entregar posteriormente a criança que vier a nascer pode ser vista como um exercício da sua liberdade para renunciar, antecipadamente, aos poderes e deveres próprios da maternidade. Todavia, até que ponto esta renúncia não pode significar ultrapassar os limites ao exercício da liberdade da gestante, e conseqüentemente uma violação a sua dignidade?

Afinal, o princípio da dignidade da pessoa humana tem uma grande relevância quando se trata da renúncia a direitos fundamentais, na medida em que tem sido simultaneamente considerado como um “limite absoluto da possibilidade de renúncia” e também como “fundamento do próprio poder de disposição sobre posições protegidas por normas de direitos fundamentais”(Crorie, 2013, p. 75).

Portanto, o contrato de gestação comunicaria uma contraposição no que tange à proteção dos direitos reprodutivos das mulheres, uma vez que ao promover maior garantia aos direitos reprodutivos das mulheres que desejam ter filhos e por razões clínicas não o podem, acabaria por interferir na garantia da dignidade das mulheres que decidem ceder a utilização de uma parte do seu corpo em benefício de outras.

Nos termos descritos por Maria Raquel Guimarães temos “*um contrato de mulheres*”, paradoxalmente assumido como uma reivindicação de mulheres, quando, entretanto, também é criticado pelos movimentos feministas com fundamento na instrumentalização que pressupõe do corpo da mulher e na exploração que potencia (Guimarães, 2017, p. 107)¹.

O contrato de gestação de substituição implicaria à gestante o consentimento e a aceitação de intervenções continuadas em seus direitos fundamentais como o direito à saúde e o direito a constituir família e a ter filhos.

Contudo, outra vertente de entendimento, sublinha que embora o contrato de gestação de substituição envolva a cedência do corpo por parte da mulher gestante, isso não necessariamente implica que ela estará a perder a sua autonomia e, conseqüentemente, tenha violada a sua dignidade (Raposo, 2017, p. 172).

Como foi defendido pelo TC no seu Acórdão n.º 225/2018, a gestação de substituição tem relevância constitucional positiva no sentido de que é um modo de realização de interesses jurídicos fundamentais dos beneficiários, nomeadamente o direito de constituir família e o direito de procriar, os quais, por razões de saúde, ficaram prejudicados de se realizar.

Bem como, no que se refere à gestante, a gestação de substituição pode ser vista como um modo de exercício do direito fundamental ao desenvolvimento da sua personalidade, e conseqüentemente da sua dignidade, sendo que o que legitima a sua intervenção é a afirmação livre e responsável da sua personalidade.

Nesse sentido, segundo o entendimento adotado pelo TC, o legislador visou garantir a dignidade da gestante no momento em que previu como pressuposto do próprio contrato que a gestante seja informada dos benefícios e riscos conhecidos, das implicações éticas, sociais e jurídicas do seu compromisso e que, assim devidamente informada, seja lhe dada condição de prestar um consentimento expresso, autónomo e antecipado; bem como, por outro lado, quando a lei permitiu que haja a revogação de tal consentimento.

Acresce ainda que, quando o art. 8.º, n.º 11 da LPMA determina que o contrato de gestação de substituição não pode impor restrições de comportamentos à gestante de substituição, nem normas que atentem contra os seus direitos, liberdade e dignidade, temos elementos que visam assegurar o contínuo desenvolvimento da personalidade da gestante e, correspondentemente, a sua não objetificação.

Ora, esse compromisso assumido pelos beneficiários face à gestante visa garantir que a gestante não está subordinada aos meros desejos e anseios dos beneficiários, mas antes mantém a sua liberdade em conjunto com o compromisso assumido de lhes gerar uma criança.

¹ Nas palavras de Maria Raquel Guimarães, este é um “contrato de mulheres”, visto os homens só poderem ser beneficiários caso estejam inseridos numa relação heterossexual.

3. CONCLUSÃO

Como vemos, a existência da gestação de substituição em Portugal, passa neste momento pela discussão sobre o momento em que o consentimento é prestado. O consentimento só será informado, nos termos previstos no modelo de gestação de substituição defendido pelo TC português, se for atual .

Com efeito, nos termos do entendimento apresentado pelo TC, para que sejam garantidos os direitos da gestante, a atualidade do consentimento terá de ser verificada até ao momento final, em que há a entrega da criança, pois só assim estão salvaguardados os seus direitos.

Assim, no presente momento, em Portugal, no que se refere à gestação de substituição, já passados cinco anos da sua regulação, verificamos que sem uma alteração legislativa que vise se adequar ao entendimento apresentado pelo TC nos Acórdãos, a gestação de substituição existe na lei portuguesa, mas na prática, não é possível aceder a ela.

Como aqui referimos, a regulação da PMA em Portugal sofreu importantes alterações nos últimos anos, permitindo uma maior igualdade no acesso às técnicas. No entanto, as questões relacionadas à PMA suscitam discussões ético-jurídicas quando analisamos todos os sujeitos de direito envolvidos utilização das técnicas e na gestação de substituição: as pessoas beneficiárias, os dadores, as gestantes de substituição e as crianças nascidas dessas técnicas.

No caso da gestação de substituição, temos uma conjuntura de direitos e interesses envolvidos, os quais ainda não encontraram, nas propostas legislativas apresentadas, o essencial equilíbrio para que esse tipo de contrato possa ser colocado em prática em Portugal, questão que envolve uma discussão bastante aprofundada e multidisciplinar.

A regulação jurídica de uma matéria tão complexa como a da gestação de substituição exige um elevado grau de precisão, pois, caso contrário, poderá criar situações não só complexas, como também geradoras de insegurança jurídica para as diferentes partes.

O que enseja um debate aprofundado acerca da LPMA na sua forma atual, nomeadamente no sentido de equilibrar o que a ciência já permite e o que se pretende aplicar enquanto sociedade e de modo a que uma lei consiga abarcar aspectos tão complexos como os que envolvem a gestação de substituição, garantindo a dignidade das partes envolvidas, como é o caso da gestante de substituição.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Crorie, B. M. (2013). Os limites da renúncia a direitos fundamentais nas relações entre particulares. Coimbra: Almedina.

Guimarães, M. R. (2017). Subitamente, no verão passado: a contratualização da gestação humana e os problemas relativos ao consentimento. In L. Neto & R. T. Pedro (Org.), Debatendo a Procriação Medicamente Assistida (pp. 107-126). Porto, Portugal.

Otero, P. (2012). A dimensão ética da maternidade de substituição. *Direito & Política*, n.º 1, 82-91.

Raposo, V. L. (2017) A parte gestante está proibida de pintar as unhas: direito contratual e contratos de gestação. . In L. Neto & R. T. Pedro (Org.), Debatendo a Procriação Medicamente Assistida (pp. 169-188). Porto, Portugal.

Raposo, V. L., & Pereira, A. D. (2006). Primeiras notas sobre a lei portuguesa de procriação medicamente assistida (Lei n.º 32/2006, de 26 de Julho). *Lex Medicinæ*, ano 3, n.º 6, Julho/Dezembro 2006, 89-104.

Lei n.º 17/2016, de 20 de junho, Diário da República n.º 116/2016, Série I de 2016-06-20, texto disponível em <https://dre.pt/dre/detalhe/lei/17-2016-74738646>

Lei n.º 25/2016, de 22 de agosto, Diário da República n.º 160/2016, Série I de 2016-08-22, texto disponível em <https://dre.pt/dre/detalhe/lei/25-2016-75177806>

Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 225/2018, Diário da República n.º 87/2018, Série I de 2018-05-07, texto disponível em <https://dre.pt/home/-/dre/115226940/details/maximized>

Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 465/2019, Diário da República n.º 201/2019, Série I de 2019-10-18, texto disponível em <https://dre.pt/dre/detalhe/acordao-tribunal-constitucional/465-2019-125468550>

GESTACIÓN SUBROGADA: BREVE ESTUDIO DEL ESTADO EN EL CONTEXTO ESPAÑOL

Noemí Marina Gago Díaz
Universidad Complutense de Madrid
Email: Noemigago03@gmail.com

Resumen: Llevamos a cabo una revisión bibliográfica de los discursos y connotaciones de aquellos agentes implicados en la gestación por sustitución en España. Escogemos esta temática debido a los cuestionamientos legales, morales, sociales, bioéticos y económicos que conlleva, así como la heterogeneidad de perfiles que la constituyen. Precisar las justificaciones, descalificaciones o ideologías de la gestación por sustitución es nuestro objetivo central, ya que la posición de enunciación revela una postura de carácter política. De este modo, trataremos de exponer tanto los discursos, prácticas y legitimaciones que justifica su ideología y posicionamiento de este procedimiento reproductivo de aquellas personas implicadas en el proceso y de las cuales justifican o discriminan el mismo. Así, nos ocupamos de exponer el tema central como un posicionamiento de ideología y bioética.

Palabras clave: Biomercados reproductivos, Familias intencionales, Mujeres gestantes, Gestación por sustitución

1. Aportaciones teóricas y empíricas sobre la gestación por sustitución:

Terminología utilizada:

Esta investigación pretende delimitar y definir el marco conceptual de la gestación por sustitución que, si bien lo construimos desde cierta distancia epistemológica, nos ayudará a entender el fenómeno social de los biomercados reproductivos. La decisión de usar algunas concepciones en torno a la subrogación gestacional queda atravesada de forma clara por el posicionamiento en relación con la subversión o aceptación de dicha práctica. El modo en que entendemos la gestación por sustitución representa un cruce de posturas e ideologías vinculadas a material mediático, prensa, escándalos, portavoces de asociaciones a favor y en contra etc. Por ello, trataremos de analizar a través de este ensayo ¿qué términos usar para la gestación por sustitución?, ¿quién difunde o utiliza ciertos discursos para crear los imaginarios colectivos? y ¿en qué consiste esta práctica?

En cuanto al proceso biomédico o trayectoria reproductiva lo nombraremos gestación sustituta, sustitución uterina, gestación subrogada o gestación por sustitución. La nomenclatura que existe para nombrar esta práctica como ‘industria de la maternidad subrogada’ puede apelar a la producción industrial o fabricación de mercancías, lo que excedería el fenómeno estudiado. De igual manera, no es nuestro deseo encontrar la comprensión de este fenómeno tan complejo y diverso en una analogía como si se tratara de un proceso industrial asociado a una fábrica.

Esta misma lógica continuaría atendiendo los términos “vientres de alquiler” o “madre de alquiler” enfatizando en la explotación enraizada en la desigualdad de género y clase existente. Se le otorga un papel central a la actividad de alquilar. Empero, el embarazo y el parto no se alquilan, sino que una mujer suplanta a la familia intencional para llevar a término el nacimiento del bebé. Por lo tanto, según sea planteada esta actividad será asociada a una técnica reproductiva, o, por el contrario, a una explotación. Algunos grupos sociales, aquellos que abogan en regularizar la práctica a nivel nacional o transnacional, nombran este proceso reproductivo como técnica de reproducción humana asistida, en adelante TRHA, con el claro deseo de asociarlo al resto de biotecnologías reproductivas. Sin embargo, nuestra intención no será obviar el hecho de que se cuenta con la participación de un donante reproductivo (Álvarez, 2015), en adelante TRHA-

D. Esta persona donante podría consistir en una tercera persona (mujer ovodonante¹) o una cuarta persona (mujer gestante) implicadas en el proceso. Por tanto, considerarlo otra práctica más de las TRA implicaría caer en la retórica de diluir y descomplejizar las narrativas de una membresía social que forma parte de estos biomercados reproductivos. Otros grupos sociales reconocen esta actividad como una explotación reproductiva de mujeres, tanto de aquellas donantes de las que se utilizan sus ovocitos como de las mujeres gestantes.

Algo similar sucede con el término de mujer subrogada o mujer gestante. Utilizaremos el término de mujer gestante, portadoras gestacionales o gestantes sustitutas, y no madre o maternidad puesto que este último término implica connotaciones emocionales y/o una relación de cuidados y crianza posteriores al parto que no se darán. Por ello, denominaremos mujer sustituta o gestante por ser quien presta su capacidad de gestar a la familia. Insistimos en la ruptura entre antiguos conceptos biologicistas y la separación entre la donante de óvulos, la gestante del feto, la volitiva o que encarga la gestación, y aquella que asume su posterior crianza (Martínez, 2019).

Bajo la categoría de familia de intención, comitente o deseante, incluyo a madres y/o padres que deciden iniciar una trayectoria reproductiva encaminada en la obtención de un bebé a través de la gestación con una mujer gestante (Olavarría, 2018). El uso de la subrogación como medio para lograr la voluntad procreacional viene dado por problemas reproductivos o la edad (Bromfield y Rotabi, 2014; Goli, Farajzadegan, Heidari y Kohan, 2019; Norton, Hudson y Culley, 2013; Söderström et al., 2016)

En síntesis, debido a la falta de consenso entre científicos, opinión pública o activistas nos decantamos por usar una terminología precisa y técnica que nos ayude a entender el proceso sin demasiadas connotaciones de naturaleza política. Entendemos que la priorización del uso de algunos términos puede generar tensiones o enfrentamientos como ya sucede en lo relacionado en torno a la regulación o prohibición de la misma entre las partes implicadas. Por ello, en este apartado se trata de conceptualizar el modo en que expondremos en adelante los siguientes términos puesto que entendemos que la terminología revela una postura política.

Conociendo la gestación por sustitución

Entre los agentes facilitadores de este procedimiento reproductivo encontramos tanto las agencias de intermediación como las clínicas de reproducción humana asistida implicadas en el mismo.

Por agencia de intermediación se entiende aquellas organizaciones dedicadas al enlace entre las familias comitentes, mujeres gestantes y clínicas médicas especializadas en fertilidad. Todas ellas operan online, y de manera presencial, para direccionar las intermediaciones de las gestantes reclutadas con las familias intencionales o demandantes. Algunas agencias tienen el reclamo en su web de no necesitar la movilización de las familias y solo requerir la firma y el pago que se llevará a cabo en España. Al consistir en una práctica ilegal en nuestro país, la mayoría de las empresas o agencias que contactan con las clínicas extranjeras y las familias intencionales, se adscriben al Registro Mercantil como consultorías, empresas relacionadas con las TRHA o asesorías legales, para conseguir legalizar su actividad frente posibles detractores de su actividad.

Entre todo el personal de estas agencias o clínicas reproductivas se encuentra la figura clave como reclutadoras, tanto de mujeres potenciales gestantes, donantes de ovocitos o familias comitentes. A menudo son antiguas mujeres gestantes que han reorientado sus trayectorias profesionales, incluso llegando a formar su propia clínica o agencia debido a su experiencia. De este modo ellas son las encargadas del contacto, canalización y emparejamiento entre los participantes del proceso. Entre las muchas características de estos intermediarios son la comunicación fluida, los diversos contactos directos en países donde se permite la gestación subrogada, los packs y ofertas turísticas que desean brindar a las familias comitentes algunos de ellos como planes de pago o préstamos, los médicos propios con los que cuentan para las fecundaciones in vitro, los abogados que tramitan la documentación junto con traductores, las

¹ La ovodonación es el proceso de generación y donación mediante la hormonación, maduración y extracción de óvulos para su posterior donación-venta.

garantías de obtener un bebé sano mediante el contrato y si no la devolución del dinero en un margen de 30 meses, la garantía de la genética caucásica etc (Berend, 2016).

Otro medio de contacto es a través de foros, tanto locales como globales, que acceden al mercado mundial reproductivo. En ellos se comparte experiencias, enfoques, propuestas y se intercambian opiniones o valoraciones que ayudan en la elección de las trayectorias reproductivas de las familias intencionales.

Clínicas de reproducción asistida

La biomedicina reproductiva está constituida por el personal biosanitario o el personal de las clínicas, en su mayoría personal de la biomedicina reproductiva.

Las clínicas de reproducción asistida llevan a cabo los tratamientos de fertilidad como la donación de ovocitos, la hiperestimulación ovárica, la extracción de óvulos, la IA (Inseminación Artificial), los ciclos de FiV¹ (Fecundaciones in Vitro), la compra de óvulos o el pago por la compra de los derechos parentales entre otros.

Algunas clínicas reproductivas de los países extranjeros cuentan con un verdadero entramado turístico en sus instalaciones e incluyen packs que se asemejan más a viajes de ocio.

Algunas clínicas reproductivas han convertido sus instalaciones en verdaderos resorts turísticos instalados en zonas costeras y con una industria reproductiva que tiene desde hospitales hasta intermediarios profesionales de la gestación por sustitución. Todo ello, con el fin de garantizar una experiencia positiva a la práctica de procreación. El denominado turismo reproductivo se caracteriza por la gran variedad de elecciones existentes.

Modalidad onerosa o altruista

Las modalidades o modelos de gestación subrogada se distinguen por la cantidad de retribución económica que recibe la mujer gestante por realizar el procedimiento biomédico reproductivo.

Esta modalidad de gestación lucrativa implica que la mujer recibirá una cantidad económica estipulada por los contratos que se firmen.

Defensores de este modelo comercial, inspirados por marcos de pensamiento económico liberal definen el trabajo reproductivo y la industrialización del embarazo como un intercambio entre sujetos libres e iguales, mayoritariamente entre mujeres gestantes y familias intencionales, mediados a través de contratos, que deben compensar económicamente los procedimientos y riesgos que implicara en la mujer gestante o donante de óvulos. El pago de una retribución económica, que ayude a paliar los costes de la salud física y emocional que conlleva el embarazo y el parto, entronca este modelo. Desde esta perspectiva esta modalidad es considerada como la menos paternalista y subordinante hacia la mujer gestante o donante de gametos. En cambio, la noción de autopropiedad del cuerpo como capital corporal o mercancía, es la crítica fundamental a esta perspectiva. Para los detractores de esta modalidad, el cuerpo no es mercantilizable ni monetizable para que quede a disposición del mercado y sujeto a contratos de compra-venta entre personas.

Modalidad altruista

¹ La fecundación *in vitro* se lleva a cabo incubando espermia y óvulo durante dieciocho horas para la cultivación del cigoto y promover así su crecimiento y la división celular. A continuación, cuando el cigoto ha alcanzado el tamaño de seis a ocho células, entre tres y cinco días después de la fecundación, se transfiere al útero de la mujer gestante. Este procedimiento se realiza cuando los óvulos fecundados pertenecen a una mujer donante. En el supuesto de que no se necesitara la aportación de óvulos bastaría con una inseminación artificial en la que los óvulos son fecundados dentro del cuerpo de la mujer gestante.

Desde esta modalidad altruista, las únicas cantidades de dinero que debe abonar la familia intencional que correspondería a gastos médicos. Estos gastos serían los inherentes a la tecnología reproductiva, y sin remuneración adicional a la mujer gestante.

Algunos de los países con modalidad altruista tienen una tendencia a la solidaridad comunal como ocurre con Reino Unido, Holanda, Bélgica o Canadá, a excepción de Quebec.

Autoras como Cecile Fabré (2006) defienden el modelo altruista o donación compensada, al definirla como la propuesta jurídica más garantista al asegurar que las mujeres gestantes no buscan como única motivación la fuente económica. Esta modalidad también consiste en reconocer el derecho a la decisión individual sobre la vida y cuerpo de cada persona, pero, en este caso, la persona impulsada por motivos altruistas desea gestar sin un intercambio de dinero, únicamente el que corresponda a cubrir los gastos médicos a la mujer gestante, las molestias y limitaciones ocasionadas por el propio embarazo, la posible pérdida de ingresos y a unos mínimos que reconozcan el tiempo y el esfuerzo dedicados durante el embarazo, parto y posparto. A menudo, esta modalidad encubre el pago de cantidades cuantiosas a la gestante debido al escaso número de mujeres que desean realizar esta práctica si compensación económica alguna. Es el caso de madres, amigas o hermanas las que se ofrecen ya que el coste emocional, físico y económico es muy alto y difícilmente deseará asumirlo sin esa remuneración.

La principal crítica al modelo altruista viene dada por el feminismo. Las perspectivas teóricas feministas acusan a la modalidad altruista de caer en viejos esencialismos de mujer cuidadora innata, desinteresada y generosa que desea cumplir los sueños de una familia sin compensación económica, y por la explotación que puede desencadenar en su vida y su cuerpo. Teniendo en cuenta la perspectiva feminista, el proceso de subrogación gestacional supone una continuidad en los estereotipos sociales de crianza y cuidados que legitiman la mano de obra de las mujeres como subordinación doméstica y tendencia al amor.

Regulaciones

Diferencias entre las modalidades legislativas: prohibitivas, punitivistas o regulacionistas.

El papel de las regulaciones consigue reorientar el flujo de personas solicitantes entre los países emisores y receptores de este biomercado reproductivo. En este sentido, será el Estado, en última instancia, quien decida la legitimidad y redireccionar a los posibles usuarios de dichas biotecnologías reproductivas. Incluso es el Estado el encargado de fijar los términos en que se establece la relación entre la gestante y familias comitentes.

En primer lugar, la regulación prohibitiva indica de modo expreso la prohibición de la gestación subrogada sancionando de pleno derecho cualquier acuerdo, y determinando la maternidad por el parto. Países europeos como Alemania, España, Italia o Francia delimitan su legislación de este modo. Actualmente, esta práctica está prohibida en países europeos como Alemania, Austria, Bulgaria, Croacia, Dinamarca, Eslovenia, España, Finlandia, Francia, Hungría, Italia, Letonia, Lituania, República Checa y Suecia.

Desde la segunda década del siglo XXI, los países¹ cuyas legislaciones habían sido regulacionistas han transitado hacia la restricción de las familias de intención extranjeras, personas solteras, familias homosexuales o a ciertas edades. Esta regulación estatal restrictiva permite tan solo a usuarios nacionales el uso de la gestación subrogada como es el caso de Reino Unido o Israel.

Al mismo tiempo que algunos países restringen sus legislaciones estos mercados se desplazan hacia otros países o regiones ofreciendo beneficios geopolíticos, y, simultáneamente, las ganancias se reorientan hacia esos destinos, como el caso de Ghana o Ucrania. La nueva apertura de mercados hacia países periféricos demuestra la facilidad de desplazamiento y transformación de estas bioeconomías. Este desvío geográfico a nivel global responde a las leyes del mercado.

¹ Países como Méjico, India o Tailandia. Mientras que otros países como Camboya, Ucrania o Malasia se introducen el mercado reproductivo. Camboya, Laos o India han endurecido sus leyes a extranjeros. Tailandia como los destinos preferidos para la gestación subrogada por sus bajos costes atrayendo a personas de todo el globo.

Respecto a las regulaciones punitivistas se encuentra los países más estrictos que, de igual modo, han regulado normativamente de manera prohibitiva y en el caso de que la práctica se llevara a cabo en países extranjeros se sancionaría a todas las personas participantes, desde multas hasta privativas de libertad. Otros países sí autorizan expresamente la gestación subrogada con una modalidad altruista o comercial. Algunas autoras insisten en que algunos mercados deben ser regulados, pero no prohibidos para el ejercicio de la libertad y autonomía de la fecundación y reproducción. Mientras que está permitida en Chipre, Eslovaquia, Estonia, Grecia, Irlanda, Luxemburgo, Malta, Países Bajos, Polonia, Israel, Rumanía y Reino Unido.

2. METODOLOGÍA

La presente investigación es un ensayo académico de corte descriptivo que pretende mostrar los distintos estudios actuales en España en materia de gestación por sustitución y los biomercados reproductivos. El interés de esta investigación se debe a la carencia de estudios previos, tanto cuantitativos como cualitativos, a nivel nacional de carácter jurídico, sanitario o social de estos biomercados reproductivos.

Esta investigación consiste en una revisión bibliográfica cuya temática abarca los biomercados reproductivos y la gestación por sustitución. El método seguido para realizar el Estado de la Cuestión ha sido una revisión bibliográfica de fuentes secundarias tanto de monografía como electrónica, de publicaciones económicas, sanitarias, éticas o jurídicas. La elección de las fuentes secundarias se ha realizado siguiendo dos criterios: el temático y el disciplinar.

Los estudios recuperados que hemos abordado tratan conceptos como la gestación por sustitución, los biomercados reproductivos, la biotecnología reproductiva, el exilio reproductivo o las familias intencionales y mujeres gestantes. Es decir, abarca aquellos actores implicados en las bioeconomías reproductivas para comprender la complejidad de la gestación por sustitución, así como las repercusiones e impactos en la sociedad.

Referencias bibliográficas:

Albert, M. (2017). La explotación reproductiva de mujeres y el mito de la subrogación altruista: una mirada global al fenómeno de la gestación por sustitución. *Cuadernos de Bioética XXVIII 2017*, 28(93), 177–197.

Alonso, L. (1998). *La mirada cualitativa en sociología una aproximación interpretativa* (Vol. 1). Fundamentos.

Álvarez, C. (2006). Revista de antropología social. *Múltiples maternidades y la insoportable levedad de la paternidad en reproducción humana asistida*, 15, 411–455.

Álvarez, C. (2015). Representaciones, prácticas y revelación de los orígenes en torno a la subrogación transnacional con y sin donación de gametos. Etnografía en Georgia sobre gestación subrogada. *Simposio Internacional ¿Parentalidad o Parentesco? Perspectivas antropológicas e interdisciplinarias*. Barcelona.

Blake, L., Carone, N., Raffanello, E., Slutsky, J., Ehrhardt, A., & Golombok, S. (2016). Gay father surrogacy families: relationships with surrogates and egg donors and parental disclosure of children's origins. *Fertility and sterility*, 106(6), 1503-1509.

Blyth, E. (1994). "I wanted to be interesting. i wanted to be able to say 'i've done something interesting with my life'": Interviews with surrogate mothers in britain. *Journal of reproductive and infant psychology*, 12(3), 189-198.

Braidotti, R. (2005). *Metamorfosis. Hacia una teoría materialista del devenir*, Madrid: Akal

Brinsden, P. R. (2003). Gestational surrogacy. *Human Reproduction Update*, 9, 483–491.

Golombok, S., Murray, C., Jadvá, V., MacCallum, F., & Lycett, E. (2004). Families created through surrogacy arrangements: Parent-child relationships in the 1st year of life. *Developmental psychology*, 40(3), Doi:[10.1037/0012-1649.40.3.400](https://doi.org/10.1037/0012-1649.40.3.400)

- Golombok, S., Murray, C., Jadva, V., MacCallum, F., & Rust, J. (2006). Non-genetic and non-gestational parenthood: consequences for parent-child relationships and the psychological well-being of mothers, fathers and children at age 3. *Human Reproduction*, 21(7), 1918–1924
- Golombok, S., MacCallum, F., Murray, C., Lycett, E., & Jadva, V. (2006). Surrogacy families: parental functioning, parent-child relationships and children's psychological development at age 2. *Journal of child psychology and psychiatry*, 47(2), 213-222.
- González, A. (2015). De tumba a útero. *Revista de Investigaciones Feministas*, 6, 39-59.
- Lamba, N., Jadva, V., Kadam, K., & Golombok, S. (2018). The psychological well-being and prenatal bonding of gestational surrogates. *Human Reproduction*. 33(4), 646-653
- Lamm, E. (2013), *Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*, Universitat de Barcelona, Barcelona: Publicacions i Edicions
- Law Library of Congress Israel (2012). Israel: Reproducción y Aborto: Ley y política (Israel: Reproduction and Abortion: Law and Policy). <https://www.loc.gov/law/help/il-reproduction-and-abortion/israel-reproduction-and-abortion.pdf>
- Lima, N., & Rossi, M. (2019). Avance genético y políticas de anonimato. *Revista Bioética*, 27(4), 603-608.
- Morero, A. (2018). Características de las familias creadas por gestación subrogada en el Estado español. Papeles del CEIC. *International Journal on Collective Identity Research*, 2018/2, papel 199, CEIC (Centro de Estudios sobre la Identidad Colectiva) UPV/EHU Press, <http://dx.doi.org/10.1387/pceic.18966>
- Morero, A. (2014). Maternidad subrogada: Subversiones y dilemas. *Crisis y cambio. Propuestas desde la Sociología*, 1, 1484-1489.
- Nuño, L. (2016). Una nueva cláusula del contrato sexual: vientres de alquiler. *Revista de Filosofía Moral y Política*, 55, 683-700.
- Oakley, A. (1979), A case of maternity: paradigms of women as maternity cases. The University of Chicago Press(4),
- Olza, I. (2018). Los aspectos médicos de la gestación subrogada desde una perspectiva de salud mental, holística y feminista. *Revista Internacional de Éticas Aplicadas*, 28, 1-12.
- Russell, A. (2009). *La mercantilización de la vida íntima. Apuntes de la casa y el trabajo*. Argentina: Katz Editores.
- Sassen, S. (2003). *Contrageografías de la globalización. Género y ciudadanía en los circuitos transfronterizos*. Madrid: Traficantes de Sueños.
- Salama, M., Isachenko, V., Isachenko, E., Rahimi, G., Mallmann, P., Westphal, L., Inhorn, M, Patrizio, P. (2018). Cross border reproductive care (CBRC): a growing global phenomenon with multidimensional implications (a systematic and critical review). *Journal of Assisted Reproduction and Genetics*, 35(7), 1277–1288. doi: [10.1007/s10815-018-1181-x](https://doi.org/10.1007/s10815-018-1181-x)
- Saletti, L. (2008). Propuestas teóricas feministas en relación al concepto de maternidad. *CLEPSYDRA*, 7, 169-183
- Selman, P. (2012). Global Trends in Intercountry Adoption: 2001-2010. *Adoption Advocate*, 44, 1-17.
- Shenkman, G., Siboni, O., Tasker, F., & Costa, P. (2020). Pathways to fatherhood: psychological well-being among Israeli gay fathers through surrogacy, gay fathers through previous heterosexual relationships, and heterosexual fathers. *Frontiers in Psychology*, 11, 91. <https://doi.org/10.3389/fpsyg.2020.00091>
- Temán, E. (2008). The social construction of surrogacy research: An anthropological critique of the psychosocial scholarship on surrogate motherhood. *Social Science & Medicine*, 67(7), 1104–1112

Thomas, F. (2003). La píldora anticonceptiva: piedra angular de una revolución. Teoría y pensamiento feminista.

Torres, G., Shapiro, A. & Mackey, T.K. A review of surrogate motherhood regulation in south American countries: pointing to a need for an international legal framework. BMC Pregnancy Childbirth 19, 46 (2019).

van den Akker, O. (2000). The importance of a genetic link in mothers commissioning a surrogate baby in the UK. Human reproduction, 15(8), 1849-1855.

van den Akker, O. B. (2007). Psychosocial aspects of surrogate motherhood. Human reproduction update, 13(1), 53-62, <https://doi.org/10.1093/humupd/dml039>

van den Akker, O. B. (2007b). Psychological trait and state characteristics, social support and attitudes to the surrogate pregnancy and baby. Human Reproduction, 22(8), 2287-2295., <https://doi.org/10.1093/humrep/dem155>

Vega, J., Vega, M., & MARTÍNEZ, B. P. (1995). El hijo en la procreación artificial. Implicaciones éticas y médico legales. Cuadernos de Bioética, 56

FECUNDACIÓN POS MUERTE EN PORTUGAL Y EN ESPAÑA EN EL SIGLO XXI (ICDI)

João Proença Xavier

Universidad de Salamanca / Universidad de Coimbra

Email: joao.proenca.xavier@usal.es / joao.xavier@uc.pt

Resumen: Este trabajo es un análisis crítico de derecho comparado sobre la posibilidad Iberica de la Fecundación Pos Muerte. Del lado Portugués la ley Portuguesa de Reproducción Medicamente Asistida, Lei 32/2006 de 26 de Julio, trata de la "Inseminação post mortem" en su Artículo 22º, donde caracteriza esta cuestión como la posibilidad de una mujer viuda de ser inseminada (después de la muerte de su marido o compañero) con semen del fallecido. La ley Portuguesa prohíbe esta posibilidad aunque que el marido o compañero: "haja consentido no acto de inseminação." Pero ya considera lícita la transferencia post muerte de embrión establecido que este, con el consentimiento escrito previò del "*de cuius*", otorgado con la intención de posibilitar a la pareja la construcción de la familia y descendencia realizando su proyecto parental. De modo distinto, en esta materia, la Ley Española de Técnicas de Reproducción Humana Asistida, Ley 32/2006 de 26 de Mayo, determina que el consentimiento previo y escrito del "fallecido" será prestado por documento público, (escritura/testamento/etc.) para que su material genético pueda ser utilizado hasta el primero aniversario de su muerte. Quid iuris? Aquí tratamos de analizar las dos propuestas legislativas, apuntando sus "*nuances*" y opinando sobre cual nos parece ser la perspectiva más acertada sobre ista polémica cuestión de Derechos Humanos de naturaleza reproductiva. El Artículo 22.º de la Ley Portuguesa indica que : "2— *O sémen que, com fundado receio de futura esterilidade, seja recolhido para fins de inseminação do cônjuge ou da mulher com quem o homem viva em união de facto é destruído se aquele vier a falecer durante o período estabelecido para a conservação do sémen*": situación que según nuestra opinión **no nos parece la más humanista** y que en España es mui distinta de acuerdo con la legislación actual analizada en nuestro comparativo legal ibérico de derecho reproductivo Pos Muerte.

Palabras-Clave: Derechos Humanos, Fecundación Pos Muerte, Derecho Comparado, Portugal, España

1. Introducción

Este trabajo es un análisis de derecho comparado sobre la posibilidad Ibérica de la Fecundación Pos Muerte. Del lado Portugués la ley Portuguesa de Reproducción Medicamente Asistida, Lei 32/2006 de 26 de Julio, trata de la "Inseminação post mortem" en su Artículo 22º, donde la ley Portuguesa prohíbe esta posibilidad de fecundación pos muerte aunque que el marido o compañero: "haja consentido no acto de inseminação."

Pero ya considera lícita la transferencia post muerte de embrión establecido que este, con el consentimiento escrito previo del “de cuius”, otorgado con la intención de posibilitar a la pareja la construcción de la familia y descendencia realizando su proyecto parental. De modo distinto, en esta materia, la Ley Española de Técnicas de Reproducción Humana Asistida, Ley 14/2006 de 26 de Mayo, determina que el consentimiento previo y escrito del “fallecido” será prestado pero por documento público, (escritura/testamento/etc.) para que su material genético pueda ser utilizado hasta el primero aniversario de su muerte. Quid iuris?

Nueva dimensión a no reproducción

Sin embargo, las técnicas de PMA actuales, por su parte, aportarán posibilidades de alargamiento a una nueva dimensión de derechos **a no reproducción**, distintas de las que había en el pasado: (el esterilización a petición o por mandado judicial,¹ el aborto, e incluso el acceso y utilización de los medios anticonceptivos...) hoy tenemos otros derechos **a no reproducción** más actuales: (derecho a no tener un embrión implantado sin su aprobación, a no ver su esperma/óvulos/material genético utilizado para generar embriones sin su voluntad...)

En esto sentido R. Dworkin y Vera Raposo defienden que la decisión de procrear es un acto individual que pertenece a la *esfera de la vida privada de cada individuo*...²

Fernando Abellán y Javier Sánchez-Caro, defienden que la *fecundación pos – mortem*, que está admitida en el ordenamiento jurídico español, está sometida a un *doble condicionamiento*: que exista constancia de que el varón lo aceptó en vida y que las técnicas se cumplan dentro del plazo determinado por la Ley (doce meses).³

En efecto, los mismos autores definen que: *“La procreación post mortem consiste en la posibilidad de que la esposa o compañera del varón fallecido (pre-fallecido) pueda utilizar el semen de este último, o los embriones originados in vitro con los gametos de ambos (o procedentes total o parcialmente de donantes), con el fin de engendrar un hijo.”*⁴

Fecundación pos muerte, perspectiva ibérica

Para el civilista de la Universidad de Coímbra, Capelo de Sousa, es: “... válida a vontade inequivocamente manifestada pelo marido quando vivo de querer dar à esposa, mesmo depois da sua morte, o poder de conceber uma criança, através de esperma seu depositado e congelado em sua vida, desde que o relacionamento sexual ou a inseminação artificial não tenham sido possíveis e eficazes em vida”.⁵

Así en el mismo sentido que la Profesora de Lisboa, Stela Marcos Neves Barbas, defendemos que es admisible la inseminación artificial pos mortem, desde que haya sido autorizada por el fallecido en documento autentico, testamento o escritura pública, y cuando el embrión sea utilizado por la viuda o compañera, en los 3 meses siguientes a la muerte del marido o compañero, en casos especiales, caso de situaciones de alto riesgo (estado de guerra) o enfermedades terminales.

Para la Investigadora española Cárcaba Fernández los problemas jurídicos planteados por las técnicas de procreación humana levantan cuestionamientos difíciles, morales, éticos y legales para los ordenamientos

¹ Caso de los portadores de discapacidad mental e incluso familias supranumerarios sin medios de poder sostener más hijos y sin medios para utilizar los métodos anticonceptivos.

² Raposo V. L., “O Direito à Imortalidade....” pág. 148 “Assim hoje em dia o direito à não reprodução engloba o direito a não ser sujeito a inseminação sem consentimento, a não ter embriões transferidos para o corpo sem consentimento, a não ser objecto de recolha de gâmetas sem consentimento, **a que os respectivos gâmetas não sejam usados para fins reprodutivos sem consentimento**, a não ser clonado sem consentimento(...) a não ser sujeito a nenhum acto directa ou indirectamente ligado à reprodução sem consentimento” a no ver su material genético usado **após su muerte** para fecundación de su mujer sin su consentimiento, ... sob pena de estarmos ante um crimen”...

³ **Artículo 9 apartado 2 de la Ley Española Cit.:**

“el marido podrá prestar su consentimiento, en el documento a que se hace referencia en el artículo 6.3, en escritura pública, en testamento o documento de instrucciones previas, para que su material reproductor pueda ser utilizado en los 12 meses siguientes a su fallecimiento para fecundar a su mujer.” (Véase fecundación pos-muerte) en la Ley 14/2006 sobre la PMA.

⁴ Abellán F. y Sánchez-Caro, J., en “*Biología y ley en reproducción humana asistida – Manual de casos Clínicos*” Editorial Comares, Granada 2009 – Capitulo VII: La Procreación Post- Mortem.

⁵ Sousa Rabindranath, Capelo de, “*O Direito Geral de Personalidade*”, Coimbra Editora, Coimbra 1995, pág. 216 in fine.

jurídicos nacionales, cit: "... es el Derecho Privado el que realmente se ve afectado en este tema, ya que los avances científicos en esto campo nos hacen replantearnos conceptos tan clásicos, básicos y fundamentales como los de paternidad y maternidad".¹

Muchos son los argumentos en contra y a favor, tanto en Portugal como en España,² que aquí revisitamos en la opinión de la Colega de Coímbra Sandra Marques Magalhães³, a saber:

- 1- La admisibilidad del procedimiento – pero sin atribución de filiación ante al fallecido y sin atribución de derechos sucesorios a los hijos así nacidos...
- 2- La admisibilidad del procedimiento, con condicionamiento de los derechos sucesorios a los requisitos del consentimiento previo, expreso, escrito, formal, documental e intencional (libre) del fallecido, y no menos sujeto al cumplimiento de los plazos para hacer la concepción y para el nacimiento...
- 3- simplemente la imposibilidad legal de la inseminación (artificial) post mortem...

En nuestra opinión, en Portugal el proceso legislativo que terminó con la "nueva" Ley de PMA Portuguesa, la Lei 32/2006 de 26 de Julio, cit.: "*conheceu dispositivo semelhante ao espanhol: o Decreto nº 415/VII, aprovado pela Assembleia da República Portuguesa em 17 de Julho de 1999 e ulteriormente vetado pela Presidência da República, em seu art.º 18º nº1, aceitava a inseminação post mortem se houvesse expressa autorização do marido ou companheiro e fosse efectuada nos três meses seguintes ao óbito.*"⁴

A pesar de todo esto, esta opción legislativa no fue la adoptada en Portugal, el artículo 22º nº1 de la Ley Portuguesa de PMA, (la Lei 32/2006), no permite la inseminación artificial post mortem...⁵

La Lei 32/2006 de 26 de Júlio: Artigo 22.º (**Inseminação post mortem**) determina qué:"

1— Após a morte do marido ou do homem com quem vivia em união de facto, **não é lícito à mulher ser inseminada com sémen do falecido, ainda que este haja consentido no acto de inseminação.**

2— O sémen que, com fundado receio de futura esterilidade, seja recolhido para fins de inseminação do cônjuge ou da mulher com quem o homem viva em união de facto **é destruído se aquele vier a falecer durante o período estabelecido para a conservação do sémen.**

3— É, porém, lícita a transferência **post mortem** de embrião para permitir a realização de um projecto parental claramente **estabelecido por escrito antes do falecimento do pai, decorrido que seja o prazo considerado ajustado à adequada ponderação da decisão.**"⁶

Véase también que La Ley Portuguesa de la PMA: en el Artículo 26.º (**Fertilização in vitro post mortem**) contiene que: "Se aquele que depositou o seu sémen ou ovócitos para fins de inseminação em benefício do casal a que pertence vier a falecer, aplica-se, com as necessárias adaptações, o que se dispõe em matéria de inseminação **post mortem nos artigos 22.º e 23.º**".

Y la Ley Española, según su Artículo 9 apartado 2 Cit.:

"el marido podrá prestar su consentimiento, en el documento a que se hace referencia en el artículo 6.3, en escritura pública, en testamento o documento de instrucciones previas, para que su material reproductor pueda ser utilizado en los 12 meses siguientes a su fallecimiento para fecundar a su mujer."
(Véase fecundación pos-muerte)...

Así, España (con su Nueva Ley de PMA Ley 14/2006)⁷ está entre aquellos países que aceptan la admisibilidad del procedimiento, pero condicionan la atribución de derechos sucesorios a determinados requisitos (fechas varias, consentimiento de "de cuius", etc.):Según la jurista Sandra Magalhães: "*A lei espanhola por regra recusa a utilização do sémen do falecido ou companheiro pela mulher, negando a filiação à criança que*

¹ Cárcaba Fernández, M., "*Problemas jurídicos planteados por las técnicas de procreación humana*"... pág. 35.

² En esto sentido la investigadora Magalhães, Sandra Marques, "*Aspectos da procriação Medicamente assistida...*" pág. 67. In fine.

³ Cit. La posición de Magalhães, Sandra Marques, "*Aspectos da procriação Medicamente assistida...*" pág. 68.

⁴ Cit.: Magalhães, Sandra Marques, "*Aspectos da procriação Medicamente assistida...*"pág. 68.

⁵ En esto sentido: Magalhães, Sandra Marques, "*Aspectos da procriação Medicamente assistida...*"pág. 70 cit.: "... o sémen conservado, mesmo que colhido em razão de fundado receio de esterilidade para fins de reprodução com a esposa ou companheira, deva ser destruído se o homem falecer durante o período máximo admitido para a conservação do material (art.º 22º nº 2)."

⁶ Subrayado, Negrilla y Gris nuestros.

⁷ Lo que en la opinión de esta autora ya ocurría con la anterior Ley de PMA Española...

nascer em contrariedade a tal disposição(art.º 9 n.º1), mas aceita excepcionalmente a hipótese e lhe atribuí efeitos paterno-filiais se o falecido houver se manifestado favoravelmente em documento revogável até que se realize a técnica (art.º 9 n.º 2).”¹

En la Ley Portuguesa: Artigo 23.º (Paternidade):

“1— Se da violação da proibição a que se refere o artigo anterior (Art.22º) resultar gravidez da mulher inseminada, **a criança que vier a nascer é havida como filha do falecido.**

Reflexión final

De acuerdo mi Tesis Doctoral en Derechos Humanos y Bioética en contexto Ibérico defendida en España en la centenaria Universidad de Salamanca, parece admitirse por su parte, la trasferencia de embriones *post mortem*, como formando parte de un proyecto parental ya en movimiento y con “embriones”² ya formados... dando continuidad a la voluntad de constituir familia y descendencia por parte de quien dejó la vida involuntariamente, en mi opinión ese destino es digno por el embrión crio-preservado y preferible al descartar... No se deja al final de hacer una crítica a la Ley Portuguesa de PMA, que no reguló esta materia de manera satisfactoria una vez que no apunta una fecha temporal como debería para que el embrión pueda ser transferido al útero de la viuda o compañera después de la muerte del marido o compañero, dado que piensa que es cierto que se conceda un periodo de “luto” y de reflexión para tomar tan difícil decisión en un momento de pesar...

En el mismo sentido, la autora castellana M. Pérez Monge defiende esta fecha de reflexión cit.: “...en la medida que pretende evitar la precipitación en una situación, cual es la muerte del marido o compañero...

Recientemente en Abril de 2021 el Presidente Portugués Marcelo Rebelo de Sousa, Profesor Catedrático de Derecho Constitucional, vetó el decreto ley sobre la inseminación pos muerte en Portugal, por considerar que este suscitaba dudas nombradamente en el plan del derecho sucesorio cuestionando también la propuesta aplicación retroactiva de la ley que fue aprobada por el Parlamento Portugués y que proponía permitir la fecundación pos muerte con la posibilidad de fecundación con material genético crio preservado del fallecido con lo intento y autorización previa diste ante un proyecto parental, después de 6 meses de la muerte diste y tiendo la mujer que iniciar el procedimiento hasta 3 años de la muerte del marido o compañero. Así ay que esperar nueva iniciativa legislativa para retomar esta posibilidad pelo menos del no lado portugués.

BIBLIOGRAFÍA

ABELLÁN, F. – CARO, J. S., “*Bioética y Ley en reproducción humana asistida*”: *Manual de Casos Clínicos*, Comares, Granada, 2009.

CÁRCABA FERNÁNDES, M., “*Los problemas jurídicos planteados por las nuevas técnicas de procreación humana*”; J.M. Bosch, Barcelona, 1995.

BARBAS, S. MARCOS NEVES, “Aspectos Jurídicos da Inseminação artificial “post mortem”, *Colectânea de Jurisprudência*, tomo II, ano 7º, 1999, págs. 21 – 24.

CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA-*Constitución y Tribunal Constitucional*, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2007.

IDIÁKEZ ITIZIAR, ALKORTA, “El caso Evans y el Derecho a no ser forzado a procrear”, *in Revista de Derecho y Genoma Humano*, nº 24, enero/Junio 2006, págs. 129 – 153.

MAGALHÃES, SANDRA MARQUES, “*Aspectos Sucessórios da Procriação Medicamente Assistida Homóloga – Post Mortem*”, Coimbra Editora, Coimbra, 2010.

¹ La opinión de Magalhães, Sandra Marques, “*Aspectos da procriação Medicamente assistida...*”pág. 69.

² La Cuestión de los embriones excedentarios ha sido tratada en el análisis de esta problemática en el Numero 8 de “I Problemática Actual” en esta Tesis.

RAPOSO VERA LÚCIA, “O direito á Imortalidade – O exercício de direitos reprodutivos mediante técnicas de reprodução assistida e o estatuto jurídico do embrião in vitro” Almedina, Coimbra, 2014.

ROMERO CASABONA, C., “El Convenio de Derechos humanos y Biomedicina - Su entrada en vigor en el ordenamiento jurídico español”, Comares, Bilbao- Granada, 2002.

SANTOS, AGOSTINHO ALMEIDA, “Procriação Medicamente Assistida – possibilidades e potencialidades”, *Do início ao fim da Vida*, Braga, 2005, págs. 103 - 111.

SILVA PAULA MARTINHO E COSTA MARTA, “ A Lei da Procriação Medicamente Assistida Anotada”, Coimbra Editora – Grupo Wolters Kluwer, Lisboa, 2011.

SOUSA, MARCELO REBELO/ALEXANDRINO, J. M., “Constituição da República Portuguesa Comentada”, Lex, Lisboa, 2000.

SOUSA RABINDRANATH CAPELO DE, “O Direito Geral de Personalidade”, Coimbra Editora, Coimbra, 1995.

XAVIER, JOÃO PROENÇA, “Ensayo sobre la Problemática de los Embriones Excedentarios en la Reproducción Medicamente Asistida”, Tesina Doctorado “Pasado y Presente de Los Derechos Humanos, Salamanca, 2012.

XAVIER, JOÃO PROENÇA, “Temas Fuertes de la Reproducción Asistida (en contexto ibérico)-Análisis comparativo da la Ley Española 14/2006 y la Ley Portuguesa 32/2006”, Universidad de Salamanca, 2016.

Legislación:

LEI PORTUGUESA de Procriação Medicamente Assistida – WEB:

http://www.fd.unl.pt/docentes_docs/ma/tpb_MA_4022.pdf (LEI 32/2006 de 26 de Julho fdunl.pt) (consultado en 19 de Junio 202)

LEY ESPAÑOLA de Procreación Medicamente Asistida – WEB:

<https://www.boe.es/boe/dias/1988/11/24/pdfs/A33373-33378.pdf> (Ley 35/1988 de 22 de Noviembre) (Publicada en lo BOE de 22 de Noviembre de 1988 pp nº 33373 -33378) (consultado en 19 de Junio 202)

<https://www.boe.es/boe/dias/2003/11/22/pdfs/A41458-41463.pdf> (Ley 45/2003 de 21 de Noviembre) (consultado en 19 de Junio 202)

<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/5/2292/21.pdf> (Ley 14/2006 de 26 de Mayo)

(consultado en 19 de Junio 202)

¿ALQUILER O SUSTITUCIÓN DEL EMBARAZO? SOBRE LA IMPORTANCIA DE UN ABORDAJE ÉTICO DE LA REALIDAD ARGENTINA

Mariana Cristina

Resumen: El presente artículo está basado en mi exposición en el I Congreso Internacional de Bioética “A Gestação de Substituição”¹ organizado por el Centro de Estudios de Bioética (CEB) de Portugal². En la primera parte ofreceré un panorama general de lo que ocurre en Argentina atendiendo, por un lado, a la

¹ Apoyada, asimismo, en algunos ejes de mi tesis de maestría en Bioética por la Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales de Argentina (FLACSO-Argentina) defendida el 23/04/2021 y titulada “¿Alquiler o sustitución del embarazo? Sobre la importancia de un abordaje ético”. Fue dirigida por la Dra. María Florencia Santi. Se la puede consultar en: <https://osf.io/hy3z6/quickfiles> y <https://doi.org/10.5281/zenodo.5307110>.

² Agradezco a Cândida Carvalhon quien a través de Liliana Siede y Florencia Luna me convocó para formar parte del panel “A Gestação de Substituição pelo Mundo” desarrollado el día 16 de septiembre de 2021. Agradezco especialmente a Andrés Calabria por su revisión y aportes constructivos en toda mi investigación.

situación normativa y, por el otro, a algunos ejemplos sobre cómo efectivamente se desarrolla esta práctica en mi país. En la segunda parte, presentaré un análisis de dos de los supuestos que usualmente se utilizan para defender la subrogación del embarazo y que merecen, a mi juicio, ser revisados: aquel que podría sintetizarse en “la fuerza de la realidad” y el de la “autonomía” supuesta en las partes implicadas en los contratos. Propondré que una visión relacional o contextual de la misma conjugada con una visión de la vulnerabilidad pensada en capas ofrece mejores herramientas de análisis.

1. Introducción

Se denomina Técnicas de Reproducción Asistida (TRA) a diversos procedimientos que reemplazan o colaboran, en mayor o menor grado, con uno o más pasos para facilitar o permitir la reproducción humana (Luna y Salles, 1995: 229). Se dividen en dos tipos: de baja complejidad y de alta complejidad. Las primeras se realizan en el útero de la mujer, *in vivo*¹ mientras que las segundas, fuera del útero, *in vitro*². Desde su aparición han abierto nuevos horizontes permitiendo no sólo tratar problemas de infertilidad de la mujer, del varón (o de ambos) sino, además, que personas solas, parejas gay, lesbianas y toda la comunidad LGBTIQ+ puedan tener un/a hijo/a propio/a. La Sociedad Americana de Medicina Reproductiva (2018)³ ubica a la “gestación subrogada” como una alternativa de tratamiento para mujeres con contraindicación y/o imposibilidad de gestar, así como a parejas de hombres u hombres solos. En los primeros embarazos se utilizaban técnicas de baja complejidad, lo cual implicaba que la mujer además de gestar aportaba su material genético. Luego, comenzaron a implementarse técnicas de alta complejidad permitiendo separar el vínculo biológico (gestación) del genético (óvulos). Además, actualmente se pone como requisito excluyente que la persona que se disponga a gestar haya transitado, al menos, un parto para asegurar que tiene conocimiento de aquello a lo que se expondrá. En sintonía con lo anterior es que la “gestación por sustitución” aparece definida hoy en día como una técnica de reproducción asistida de alta complejidad.

Para llevar a cabo los contratos de subrogación, usualmente se utilizan los gametos de quienes quieren tener un hijo/a y/o de donantes (GIRE, 2017:9). En la mayoría de los casos el “acuerdo” es remunerado, en otros, o bien se sostiene que la gestación constituye un “regalo” que, de modo altruista, no puede (ni debe) ser compensado económicamente o bien se establece una contraprestación baja tendiente a desmotivar la profesionalización. No obstante, en el 98% de los casos se trataría de acuerdos comerciales (Blanco, 2017)⁴. Quienes contratan pueden ser ciudadanos/as del país donde se realice la práctica o extranjeros/as. A nivel mundial se pueden encontrar diferentes situaciones (Lamm, 2012: 11): la prohibición total (Francia, Alemania, Suecia, Suiza, Italia, Austria o España), la admisión sólo de carácter altruista bajo ciertos requisitos y condiciones (Reino Unido, Canadá, Brasil, Vietnam e Israel), la admisión amplia (Ucrania, Rusia, Grecia, algunos Estados de los Estados Unidos, Tabasco en México) y la carencia de regulación expresa (Colombia, Perú y Argentina). Algunos países han ido modificando sus regulaciones, o las han incorporado, en función del gran desarrollo que tuvo el turismo reproductivo.

Antes de detenerme en la situación de Argentina, considero imprescindible reparar en un asunto preliminar: el nombre de la práctica. La relación que se establece entre una persona que gesta para que otra u otras logren ser madres o padres es denominada de diferentes modos de acuerdo a cómo se la juzgue: alquiler de vientre, renta de útero, maternidad subrogada, gestación por sustitución, gestación solidaria, etc. Para restablecer la estructura relacional de dicho vínculo, así como el reconocimiento del proceso gestacional *encarnado* he propuesto un significante con fines operativos: *relación de alquiler/ renta/ subrogación/sustitución del embarazo*⁵. Mi intención es no caer en reduccionismos, incorrecciones ni

¹Dentro de las de baja complejidad se reconocen los siguientes procedimientos: la estimulación ovárica, la inducción de la ovulación, y la inseminación intrauterina (también denominada “inseminación artificial”).

² Las técnicas de alta complejidad más usuales son la fertilización in vitro (FIV), la inyección intracitoplasmática del espermatozoide (ICSI) y la transferencia intratubaria de gametas (GIFT). Las dos últimas son variantes de la FIV tradicional y se utilizan, aludiendo sólo a cuestiones médicas, por problemas de fertilidad tanto de la mujer como del varón.

³ La versión del documento de 2018 reemplaza una anterior de 2013. También la Organización Mundial de la Salud (OMS) (2010) la incluye en su glosario dentro de las TRA.

⁴ Blanco sostiene que “se estima que cada año nacen [en todo el mundo al menos 20.000 niños](#) mediante este método, según la ONG suiza International Social Security”. El informe de la ONG referido es de 2016. Disponible en: https://www.issssi.org/images/Surrogacy/Call_for_Action2016.pdf.

⁵ He realizado un análisis de los significantes más usuales en lengua castellana y propuesto el mencionado en mi tesis de maestría. Asimismo, realicé un artículo para la revista *Bioética y Derecho* de la Universidad de Barcelona que se encuentra en prensa. Ciertamente el significante podría resultar extenso para ser repetido constantemente en producciones escritas, disertaciones o conferencias. Sin embargo, lejos de ser un obstáculo que implique retornar a los existentes, puede combinarse con formatos acotados como alquiler

admisiones implícitas. Por otro lado, me parece relevante señalar que, toma de posición mediante, lo alquilado o sustituido es la persona gestante¹ en su integridad.

2. Argentina: lo que no está prohibido está permitido.

En Argentina la relación de alquiler/sustitución del embarazo no está prohibida. No existe ninguna norma nacional, provincial, municipal, ni ley, ni decreto, ni reglamento, que así lo disponga. No obstante, si bien no hay una regulación expresa, se puede observar una tendencia a la reglamentación². El artículo 19 de la Constitución Nacional es el principal sostén jurídico para avalar su efectivización y otorgarle un marco legal³: “las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe.” Sumado a esto, se conjuga la referencia a ciertos derechos humanos⁴: formar una familia, identidad, gozar de los beneficios y avances de la ciencia y la tecnología, igualdad, no discriminación, intimidad, salud y derechos sexuales y reproductivos (Kemelmajer de Carlucci et al: 2012 y ; Notrica: 2018; Krasnow: 2016; Rodríguez Iturburu: 2018).

Asimismo, en el anteproyecto de reforma del Código Civil de la Nación de 2012 se preveía introducir la gestación por sustitución como una técnica reproductiva y se establecían requisitos para su realización (aunque luego fue retirado). En el Código que entró en vigencia el 1° de agosto de 2015 se introdujo el principio voluntad procreacional como fuente de filiación en las TRA (art. 562) priorizando la intención de quienes quieren ser madre/s o padre/s y no su aporte genético. Y si bien se mantiene el supuesto *mater semper certa est* (madre es quien pare), en los hechos, también se recurre a la voluntad procreacional para resolver la filiación de bebés nacidos bajo la subrogación del embarazo. Además, hubo varios proyectos de ley para darle un marco legal.⁵

2.1. Tres ejemplos de cómo se realiza la relación de alquiler/sustitución del embarazo en Argentina.

Es difícil obtener información acerca de cómo se realiza la relación de sustitución/alquiler del embarazo en Argentina. En muchos casos, son los medios de comunicación, sobre todo gráficos, los que van publicando periódicamente artículos con novedades; algún caso de altruismo de una hermana o una amiga, algún conflicto con la justicia para que en el documento de identidad figuren ambos padres, gente famosa que se

del embarazo, renta del embarazo, subrogación del embarazo, sustitución del embarazo; siempre que se tome como punto de partida la estructura relacional.

¹ Usualmente, uso el término “persona gestante” o alguna variante. No obstante, más allá de las disputas de sentido, no aludo a la/s elección/es de género/s sino a la persona con capacidad biológica de gestar (capacidad que refiero también en este escrito como “sexo femenino”). En algunos casos, también utilizo “mujer” por razones de estilo en la redacción o porque sigo el pensamiento de algún/a autor/a. Asimismo, en lo corriente, apelo a fórmulas no sexistas.

² En el país se utilizan distintas estrategias para desarrollar la subrogación del embarazo. Por ejemplo, en octubre de 2017 la Dirección General del Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (CABA) dictó la normativa 93/DGRC/17 (reformada por la Disposición 103/2017 y nuevamente reformada en mayo de 2020 por la disposición 122/2020) que permite inscribir como hijos/as de los/as comitentes, en forma preventiva, a quienes nacen por “gestación solidaria” sin necesidad de requerir antes o después la autorización de un juez. Dicha disposición es producto de una acción colectiva presentada por la Federación Argentina de Lesbianas, Gays, Bisexuales y Trans (FALGBT) y el Defensor del Pueblo de CABA.

Tanto en la provincia de Buenos Aires, como en el resto de las provincias que conforman la Argentina se utilizan otras estrategias jurídicas para otorgarle un marco dentro de la ley a la relación de sustitución del embarazo. Fundamentalmente, se requiere de un trámite judicial ya que, al momento del nacimiento, figurará en el certificado que redacta el/a médico/a la persona gestante como progenitora. En estos casos, la situación se modifica por la vía judicial.

Debido a las diferentes modalidades, es usual que procedimientos que comienzan en distintas partes del país culminen con el nacimiento en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

³No obstante, de dicho artículo se podrían desprender argumentos para objetar la realización de esta práctica.

⁴ En la última reforma constitucional de 1994, art. 75 inc. 22 se les otorga jerarquía constitucional a los pactos, convenciones, etc. de Derechos Humanos de los que Argentina es parte.

⁵Siete de ellos se presentaron en la Cámara de Diputados de la Nación y dos en la de Senadores. A esto se suman dos proyectos presentados durante el año 2020, uno en cada cámara. Uno, perteneciente a Julio Cobos (había introducido un proyecto anterior en 2018) quien presentó el Proyecto de Ley N° 1429/2020 en la Cámara de Senadores. Disponible en: <https://www.senado.gob.ar/parlamentario/comisiones/verExp/1429.20/S/PL>.

Otro, de Gabriela Estévez (Frente de Todos, Córdoba) acompañada de Mónica Macha, presidenta de la Comisión de Mujeres y Diversidad de la Cámara de Diputados. Una de las redactoras del texto es la Dra. Marisa Herrera quien lo fue, también, del anteproyecto del Código Civil y Comercial de la Nación. Proyecto N° 3524-D-2020 <https://www.diputados.gov.ar/proyectos/resultados-buscador.html>. Para leer el texto del proyecto: <https://www4.hcdn.gob.ar/dependencias/dsecretaria/Periodo2020/PDF2020/TP2020/3524-D-2020.pdf>.

convierte en padre o madre en otro país y, de paso, se alerta que aquí también se puede. En esos artículos se puede ir rastreando qué médicos intervienen, a qué clínicas de fertilidad representan y cuáles son algunas de las características y requisitos. A menudo, se parecen bastante a publicidades encubiertas (y no tanto). Es habitual, sin embargo, que en las páginas oficiales de los centros de fertilidad no se explicita la oferta de la “gestación subrogada”, “maternidad subrogada” o “gestación solidaria”¹. Otro modo de obtener información es a través de las búsquedas en internet; luego de algunos intentos, comienzan a llover sugerencias de agencias internacionales (sobre todo vinculadas a Ucrania), páginas de centros de fertilidad extranjeros, grupos de Facebook, etc. Y allí, se abre un mundo aparte: el de la oferta y la demanda.

Referiré sucintamente tres ejemplos concretos de cómo se realiza actualmente la subrogación del embarazo en Argentina: dos clínicas de fertilidad y una agencia no médica que oficia de intermediaria. Una de las clínicas es “Halitus”², en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y la otra es “Nascentis”³, en la Ciudad de Córdoba. La agencia es SudAmérica Surrogacy⁴, también de CABA⁵. Se pueden observar diferencias respecto de los marcos normativos en los que apoyan sus acciones, así como en los “servicios” que ofrecen. En los tres casos se pide como requisito que la persona gestante tenga al menos un/a hijo/a. Presento el siguiente cuadro para una vista clara de algunos aspectos relevantes:

	Halitus Clínica de fertilidad	Nascentis Clínica de fertilidad	SudAmérica Surrogacy Agencia
Ubicación	CABA	Ciudad de Córdoba	CABA
Gestante/ Portadora	No interviene en el contacto	Selección previa.	Selección previa.
Servicio	Previo al embarazo hasta el nacimiento. Asesoramiento legal, médico, psicológico.	Contacto entre las partes. Hasta la concreción del embarazo. Asesoramiento legal: si el parto no es en CABA, se articula y asesora sobre el pedido de autorización judicial para que se cambie la partida de nacimiento y quede a nombre de las personas comitentes. Asesoramiento médico y psicológico.	Asesoramiento legal, médico y psicológico. Organiza toda la logística Trabaja con profesionales de distintas clínicas de fertilidad. Turismo reproductivo.
Costo	10.000 dólares. No incluye el pago a la persona gestante.	Entre 35.000 y 45.000 dólares (incluye tres transferencias embrionarias).	Entre 35.000 y 40.000 dólares de los cuales entre 8.000 y 10.000 son para la persona gestante, más extras por cesárea y gestación múltiple(1.400 dólares aprox.)

Al margen de estas diferencias hay algunos puntos comunes: se parte de la relación de alquiler/sustitución del embarazo como una indicación médica o como una opción de tratamiento, se brinda asesoramiento médico, legal y psicológico⁶, y no se esconde el posible acuerdo comercial. Por ejemplo, en una charla

¹ Es paradójico que algunos centros ofrezcan charlas presenciales (en tiempos previos a la pandemia) o conversatorios virtuales sobre “gestación por sustitución” pero que en sus portales no haya información explícita. De acuerdo al listado del Registro Federal de Establecimientos de Salud (REFES) hay 129 establecimientos de fertilización asistida en todo el país. Asimismo, existen asociaciones como la Sociedad Argentina de Medicina Reproductiva (SAMeR) y la Asociación Argentina de Centros de Reproducción Asistida (AACERA) que nuclean instituciones. SAMeR, por ejemplo, cuenta con veinte centros acreditados entre Ciudad Autónoma de Buenos Aires (seis), provincia de Buenos Aires (tres), Córdoba (dos), Paraná (dos), Neuquén (uno), Salta (uno) y Rosario (cinco). De los cuales sólo uno otorga información explícita en su página web sobre “maternidad subrogada”. Otro no tiene su página disponible. Es importante subrayar que varios de los dieciocho restantes, según pude averiguar, efectivamente llevan a cabo la relación de sustitución/alquiler del embarazo. Seguramente, la engloben dentro de la oferta de la FIV-ICSI. Se puede ampliar la información en: Cristina, M. (2021:109-110).

² <https://halitus.com/>. Cita en Sede Central - Marcelo T. de Alvear 2084, y [Sede Larrea - Larrea 1007 8º, CABA](#). Halitus no es miembro de SAMeR. Sí lo es de AACERA.

³ <https://www.nascentis.com>. Cita en Islas del Atlántico Sur 4685, Córdoba.

⁴ <https://sudamericasurrogacy.com/>. Cita en Pres. Tte. Gral. Juan Domingo Perón 315, Piso 6, oficina. 22, C.A.B.A. y en Viamonte 1519, 3º piso A, CABA. Ambas direcciones coinciden con el estudio jurídico “Nuñez Martínez Abogados” en el que se desempeña la abogada que entrevisté telefónicamente, el día 27/08/2020, María Esther Núñez, quien además, me brindó información por escrito: informes legales sobre la situación en Argentina, un presupuesto y un folleto de difusión institucional de la agencia. Se puede consultar en: <https://www.abogadosnuma.com/>.

⁵ He profundizado los requisitos y características de las clínicas y de la agencia en mi tesis de maestría. Aquí hago foco sólo en algunos aspectos.

⁶ El asesoramiento psicológico, el abordaje y los objetivos constituyen un eje importantísimo a investigar,. No obstante, dejo pendiente este punto por cuestiones de espacio.

informativa ofrecida por Halitus¹ se dejó en claro que eso corre como parte de un acuerdo privado del que ellos no participan pero que no lo consideran incorrecto; Nascentis y SudAmérica Surrogacy incorporan a su presupuesto el pago a la persona gestante. Y, por último, se acepta con absoluta naturalidad la desigualdad socioeconómica y, en términos de Bourdieu (2011), de “capital cultural” entre la persona gestante y sus contratantes en los casos que no se trate de una relación altruista real (entre familiares, amiga/os, etc.)².

Es muy interesante notar que si bien en Argentina no existe una legislación expresa, las condiciones referidas han posibilitado que la subrogación del embarazo, tanto altruista como comercial, se desarrolle ampliamente. Es difícil establecer la cantidad de embarazos y nacimientos porque no hay estadísticas y los escasos datos refieren sólo a casos judicializados que no contemplan los nacimientos efectuados en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires desde la disposición citada de 2017.³

3. Entre lo prácticamente posible, lo jurídicamente aceptable y lo éticamente deseable.

La relación subrogación del embarazo en los últimos años se ha convertido en una temática conflictiva en el campo de la bioética. Las razones y los criterios esgrimidos en favor y en contra son variados y dependen, en gran medida, de dónde se ponga el foco; no todos los argumentos de cada una de las posturas se fundan en los mismos supuestos. Dentro de las razones a favor existen posiciones que avalarían toda relación, es decir, comercial y/o altruista; incluso por “conveniencia” (Robertson 2016). La defensa también puede provenir del feminismo liberal reconociendo aspectos liberadores que pondrían en cuestión la cultura patriarcal (Shalev: 1989). También hay planteos que sostienen que la sustitución del embarazo se justifica en el ejercicio de Derechos Humanos, entre ellos, los sexuales y reproductivos (Lamm 1016; Kemelmajer de Carlucci et al, Notrica, etc.) y se defiende que respetar la capacidad de agencia de las mujeres (GIRE, 2017) implica una compensación cuya suma de dinero cubra sus gastos a la vez que no promueva la profesionalización. Por otra parte, se puede estar en contra por motivos diversos; algunos muy generales como críticas a las técnicas reproductivas porque alteran la “reproducción natural” o ponen en riesgo la estructura familiar (Luna, 2008). Otro tipo de objeciones cuestionan si es ético crear una vida humana para “abandonarla” (Krimmel: 1995). Desde perspectivas feministas no liberales se cuestiona la incorporación del trabajo reproductivo al mercado (Satz: 2015). Se denuncia, también, que el embarazo devenga una

¹ El encuentro se realizó el 21/11/18 en una de sus sedes. Su director es el Dr. Sergio Pascualini ofrece detalles en publicaciones recientes: <https://www.infobae.com/tendencias/2020/06/26/subrogacion-de-vientre-como-es-y-cuanto-sale-en-la-argentina/> y <https://halitus.com/subrogacion-de-vientre-como-es-y-cuanto-cuesta-en-la-argentina>. Última consulta a ambos artículos: 12/09/2020.

² La información que presento la extraje de una charla interactiva virtual que se realizó el 24/06/20. El encuentro fue organizado por un grupo de Facebook llamado “Gestación Subrogada en Argentina”. Cabe aclarar que, si bien este grupo es privado, esta charla fue abierta y yo participé cuando no era aún parte del mismo. Nascentis no ofrece información en su página web; sin embargo, la conferencia se presentó como “Gestación por Sustitución. Así lo hacemos en Nascentis”. La dio el doctor César Sánchez Sarmiento, director médico, quien presentó el Programa de Gestación por Sustitución. Yo misma le realicé una serie de preguntas al Dr. Sánchez Sarmiento sobre las condiciones no médicas para contactar a las gestantes, sobre la existencia de algún tipo de acuerdo económico, y sobre las condiciones socioeconómicas de las personas gestantes en relación a quienes contratan el servicio. En respuesta, refirió que las *condiciones socioeconómicas y culturales son inmanejables* ya que si la parte comitente tiene mucho dinero es difícil encontrar una gestante de la misma condición (que no sea familiar). Por ello, el estrato sería el de las *chicas que trabajan en los shoppings, porque es tremendamente importante que entiendan. Lamentablemente en nuestro país un porcentaje grande de la población tiene un alto grado de ignorancia, que lleva a una falta de compromiso. Y el compromiso en esto es clave*. Además, explicó que hay compensación económica, y lo justificó sosteniendo también la hay con una persona conocida; porque se le intentarán mejorar las condiciones en las que transite el embarazo. Sobre el carácter legal de esta compensación sostuvo que *los jueces lo entienden y lo permiten*; y que tienen *la tranquilidad total, un juez nos puso la firma y nos dijo qué podemos hacer y qué no*. Sostuvo, además, que hay muchas motivaciones que llevan a las personas a gestar para otro y que *no siempre es la plata*. El moderador de la charla explicitó que no quisieran ser cómplices de que se explote a las personas gestantes y Sánchez Sarmiento respondió que la psicóloga de la clínica se encarga de que ninguna gestante se *sienta explotada* y de que tenga otras motivaciones además del dinero. Se puede consultar respectivamente en https://www.youtube.com/watch?v=H_ZpGYFjxal: minuto 27:25 y ss.; minuto 49:30 y ss.; Hora 1:16: 10 y ss.; Hora 1:23:00 y ss.; Hora 1:24:00 y ss.

³ En la fundamentación del proyecto de ley N° 3524-D-2020 ya referido se establece que al 14 de julio de 2020 “se ha tenido conocimiento por su publicación en diferentes revistas jurídicas” de 52 resoluciones en todo el país que se corresponden con 47 casos (ya que en algunos hay más de una sentencia). Se informa, además, que: [E]n un 38% de los casos judicializados la relación entre la gestante y las personas que pretenden ser padres es de parentesco (hermanas, cuñadas, madres, sobrina, etc.); un 38% la gestante es una amiga íntima tal como surge de las pruebas arrojadas en los procesos, es decir, una cercanía fácilmente comprobable y sólo en el 24% restante la gestante es una “conocida”, lo cual se podría presumir que se trata de alguien que no tiene un fuerte vínculo o lazo afectivo con quienes pretenden ser progenitores mediante esta figura. De este modo, en el 76% de los casos planteados en la justicia, la relación afectiva está comprobada y, por lo tanto, existe una fuerte presunción de ser o tratarse de una gestación por sustitución altruista.” Es harto complejo saber si detrás de los casos en los que no se trata de una persona de la familia existe realmente un vínculo de amistad, aun con “pruebas” y no uno comercial.

forma de trabajo que aliena la afectividad de la mujer hacia el feto, convertido en una mercancía (Anderson: 1990) y se critica el aspecto contractual (Paterman: 1995) del alquiler del embarazo. Otras autoras (Guerra Palmero, 2017; Puleo, 2017) añaden a los factores de género y clase, la “geopolítica de la desigualdad” presente en el turismo reproductivo y denuncian el “neocolonialismo reproductivo”.

La pluralidad de argumentos muestra que es imprescindible una mirada que no se limite a los “hechos” y que analice los fundamentos. Por ello, en esta parte del escrito y con el objetivo de defender la necesidad de un abordaje ético me focalizaré en dos supuestos que usualmente se asumen como algo dado y que merecen, a mi juicio, ser revisados¹: aquel que podría sintetizarse en “la fuerza de la realidad” y el de la “autonomía” supuesta en las partes implicadas en los contratos. Propondré que una visión relacional o contextual de la misma conjugada con una visión de la vulnerabilidad pensada en capas ofrece mejores herramientas de análisis.

3.1. La fuerza de la realidad. Lo que no está prohibido, ¿debe estar permitido?

Hemos visto que la ventana legal en Argentina es el artículo 19 de la Constitución Nacional que coloquialmente expresa que aquello que no está prohibido está permitido. A esto se lo robustece con estrategias como la voluntad procreacional, el interés superior del niño, algunos derechos humanos, entre ellos, los sexuales y reproductivos. Considero importante referir a la omisión del debate ético al que se quita de plano en pos de “la fuerza de la realidad” cuya estructura argumental se puede reconstruir del siguiente modo: si x ocurre entonces es legítimo hacer x. Si es legítimo hacer x, existe el derecho de hacer x, por lo tanto, si x ocurre, existe el derecho de hacer x. Si le damos contenido sería:

Si la relación de alquiler/subrogación del embarazo ocurre \supset es legítimo realizarla

Si es legítimo realizarla \supset existe el derecho a llevarla a cabo

Si la relación de alquiler/subrogación del embarazo ocurre \supset existe el derecho a llevarla a cabo

Planteado el silogismo, podemos pensar en el contenido y en las implicancias de sus premisas. De la primera se puede revisar si de la concreción de la relación de alquiler/sustitución del embarazo es lícito derivar su legitimación en tanto práctica aceptada. Lo que se esconde detrás es que las prácticas sociales en sí mismas son condición de aceptación. Sobran ejemplos para revisar esta idea; uno podría ser la utilización en internet de imágenes de personas públicas asociadas a sitios sin su conocimiento ni consentimiento. Sobre esta cuestión no había regulación por ser una práctica novedosa, sin embargo, con diferentes denuncias y juicios llegaron limitaciones. Quiero evidenciar con esto que de la realidad no tiene por qué desprenderse necesariamente la aceptación. En este sentido, el aclamado “lo que no está prohibido está permitido” podría encontrar un coto si cuando aparece una práctica nueva se la revisa, analiza, debate y luego se la acepta o se la prohíbe. En la segunda premisa aparece otro supuesto; de la “aceptación” se hacen desprender derechos, por ejemplo, el de formar una familia, gozar de los avances de la ciencia, los sexuales y reproductivos, etc. Es decir, si aparece el deseo de tener un/a hijo/a y la relación de alquiler/sustitución del embarazo está legitimada porque ocurre, se seguiría el derecho a hacerlo. En este punto, sería preciso revisar si implicar a otra persona de un modo tan integral, corporal y socio afectivo, durante tanto tiempo, etc. así como el modo de obtención del/a bebé, muchas veces producto de una transacción comercial, pueden justificarse. El lenguaje de los derechos también aparece ligado a la persona gestante, en tanto derecho a disponer de su propio cuerpo, como veremos en el siguiente apartado. Por último, en la conclusión se deduce de la “fuerza de la realidad” el derecho de subrogar/alquilar un embarazo; la posibilidad de maternar/paternar pasa a comprenderse como un derecho que tiene sus raíces en el deseo y que, existiendo las técnicas reproductivas, debe ser reconocido y satisfecho. Y las condiciones biológicas necesarias para lograr un embarazo pasan a comprenderse como impedimentos que deben poder ser resueltos. En suma, sabemos que, aunque un razonamiento se exprese en una forma válida de eso no se desprende la veracidad de su contenido, en todo caso expresar las ideas que están por debajo es la clave para realizar un análisis profundo que no quede encorsetado en el discurso jurídico que no siempre ni necesariamente incorpora debates éticos.

3.2. Autonomía, autonomía relacional y vulnerabilidad.

¹ Existen otros supuestos que merecen ser revisados. No obstante, me limito a estos dos por los límites del escrito.

Una de las temáticas centrales en el ámbito de la Bioética ha sido y es la cuestión de la autonomía. Se torna imprescindible revisar su concepto para indagar de qué modo se lo presupone en los acuerdos o contratos efectuados y en el consentimiento informado. El concepto clásico de elección libre y autónoma proviene del pensamiento moderno y se centra en un sujeto individual, racional (que deje de lado su afectividad) y que se autodetermina. En este sentido, la autonomía personal implica una visión del ser humano desligado de sus relaciones sociales, de su contexto histórico y libre de interferencias ajenas. Esta comprensión es la que se encuentra en los abordajes clásicos como el de Immanuel Kant (1998) y el de Stuart Mill (1998) que, si bien no utiliza el término autonomía, la supone en su abordaje de la libertad. En bioética, el principio de respeto por la autonomía se funda en el reconocimiento de que cada persona es dueña de sus acciones y elecciones y, por ende, sus actos son intencionales, basados en el conocimiento y sin influencias externas (Beauchamp & Childress, 2009).

Esta es la visión de la autonomía suele asumirse para defender la subrogación del embarazo. No obstante, también existen enfoques alternativos que proponen revisar el concepto y comprenderlo en términos relacionales o contextuales prestando especial atención a la interdependencia entre los seres humanos y poniendo en valor la afectividad y las condiciones concretas de vida de las personas. Las teorías feministas o relacionales de la autonomía intentan responder a la pregunta sobre cómo la opresión internalizada y las condiciones sociales pueden socavar o erosionar la autonomía de las personas (Stoljar, 2018). Y se pone el foco en cómo las condiciones sociales pueden ofrecer o limitar y, de algún modo, condicionar, las elecciones (Sherwin y Carolyn MacLeod: 2000). No sería posible asumir que una persona actúa de modo autónomo si sus opciones son acotadas y/o se encuentra en circunstancias de opresión.

Esta comprensión implica que no se considere solamente la capacidad de una persona de elegir cómo actuar en un momento específico, sino que se contemplen y revisen las estructuras políticas y sociales que impactan en la vida y en las oportunidades. De modo complementario, se podría conjugar con el tratamiento del concepto de vulnerabilidad a partir de la metáfora de las “capas de vulnerabilidad” (Luna, 2008) que propone una comprensión operativa y dinámica, permitiendo identificar situaciones o contextos que hacen que una persona devenga vulnerable y en estado de mayor desprotección, lo cual es distinto de sostener que “es” vulnerable. En la subrogación del embarazo, estas nociones permitirían analizar, por ejemplo, si las condiciones sociales desde las cuales una persona se dispone a gestar para otras o si alterar vínculos biológicos, genéticos o gestacionales podrían suponer (aunque no siempre, ni necesariamente) capas de vulnerabilidad que impidan un real ejercicio de su autonomía. De modo análogo, podrían permitir analizar si las personas que desean ser madres o padres podrían estar siendo sutilmente presionadas a recurrir a la subrogación del embarazo como una opción reproductiva que les aseguraría tener un/a hijo/a desde su nacimiento y vinculado/a genéticamente.

4. Palabras finales

En Argentina, como en Latinoamérica en general, las desigualdades sociales son cada vez más profundas. En el informe “La desigualdad de género se puede medir” se expresa: “llama la atención que son las mujeres más jóvenes las que presentan las mayores tasas de desocupación y subocupación. Para dar un ejemplo, un 24.9% de las mujeres de 14 a 29 años está desocupada, es decir que, no teniendo ocupación, están buscando activamente un trabajo y no lo consiguen” (Shokida et al, 2021). Cabe preguntarse si abrir la puerta a esta práctica, aun con una regulación que intente limitar la subrogación comercial y permitir sólo una compensación reducida, no estaría contribuyendo a sostener la asimetría o desigualdad. Observar quiénes son las personas requeridas nos puede ofrecer una pista. Si nos detenemos en que la edad de mayor fertilidad de una persona de sexo femenino es entre los veinticinco y los treintaicinco años y que una de las condiciones para ser gestante es ser madre podemos sugerir que detrás de la aclamada “libertad reproductiva” hay una cristalización de este grupo de mujeres en un rol reproductor. Deberíamos al menos preguntarnos, con sinceridad, si estas personas hubieran elegido ser gestantes si sus condiciones fuesen otras.

Por ello, problematizar la temática desde una visión relacional de la autonomía en conjunción con la vulnerabilidad pensada en capas nos puede permitir comprender: a) las situaciones que llevan a alguien a gestar para otros/as, cuáles han sido sus oportunidades y las condiciones de su inmersión, o no, en el mercado laboral; b) por qué para alguien puede resultar más viable ingresar en un contrato de este tipo, tener un sueldo durante el transcurso del embarazo y poder quedarse con su/s hijo/a/s. Cuestión extremadamente difícil en el mercado existente que parece desconocer las responsabilidades de maternar y paternar, que se complejizan cuando se realiza en soledad, antes de escoger entre las escasas y poco

prometedoras opciones o el desempleo. Reivindicar una concepción de las personas como eminentemente sociales prestando especial atención a las desigualdades, asimetrías y opresiones resulta no sólo fundamental sino necesario para un abordaje ético de la subrogación del embarazo, en especial en realidades como la de Argentina y Latinoamérica.

Bibliografía

- Anderson E. S. (1990). Is women's labor a commodity? *Philosophy & public affairs*, 19(1), 71–92.
- Beauchamp TL, Childress JF. (2009). *Principles of Biomedical Ethics*. 6ª ed. New York: Orxford University Press.
- Bourdieu, P. (2011). *Las estrategias de la reproducción social*, siglo veintiuno, Buenos Aires, cap. 7 y 8.
- Cristina, M. (2021) *¿Alquiler o sustitución del embarazo? Sobre la importancia de un abordaje ético*. Tesis de maestría en Bioética. Flacso-Argentina. <https://osf.io/hy3z6/quickfiles> y <https://doi.org/10.5281/zenodo.5307110> .
- Cristina, M. “¿Alquiler o sustitución del embarazo? Sobre la importancia de los significantes en la construcción de sentido”, *Revista Bioética y Derecho*, en prensa.
- Ethics Committee of the American Society for Reproductive Medicine. (2018). Consideration of the gestational carrier: an Ethics Committee opinion. *Fertility and sterility*, 110(6), 1017–1021. <https://doi.org/10.1016/j.fertnstert.2018.08.029>.
- Guerra-Palmero, María José. (2017). Contra la llamada gestación subrogada. *Derechos humanos y justicia global versus bioética neoliberal*. *Gaceta Sanitaria*, 31(6), 535-538. Disponible en: <https://dx.doi.org/10.1016/j.gaceta.2017.05.009>
- GIRE (Grupo de Información en Reproducción Elegida) (2017), *Gestación subrogada en México. Resultados de una mala regulación*. México. Disponible en: <https://gestacion-subrogada.gire.org.mx/#/>.
- International Committee for Monitoring Assisted Reproductive Technology (ICMART)- Organización Mundial de la Salud (OMS). (2010) *Glosario de terminología en Técnicas de Reproducción Asistida (TRA)*. Disponible en: https://www.who.int/reproductivehealth/publications/infertility/art_terminology2/es/.
- Kant I. (1998). *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*. Eudeba, Bs As.
- Kemelmajer de Carlucci, A., Lamm E. y Herrera, M. (2012). Regulación de la gestación por sustitución. *Revista Jurídica Argentina La Ley*, tomo 2012-E. Buenos Aires. La Ley. pp. 960-969.
- Krasnow, A. (2016). “Filiación por técnicas de reproducción humana asistida, gestación por sustitución y consentimiento informado en Argentina. Aportes y cambios introducidos por el Código Civil y Comercial” en *Revista Bioética y Derecho*, N° 37, pp. 69-84
- Krimel, H. T. (1995). “La posición en contra de la maternidad sustituta” en Luna, F. y Salles, A., *Decisiones de Vida y muerte*, Sudamericana, Buenos Aires.
- Lamm, E. (2012). “Gestación por sustitución”, *Realidad y Derecho*. *Indret Revista para el Análisis* 3, pp. 4-49. Disponible en: http://www.indret.com/pdf/909_es.pdf
- Lamm, E. (2013). *Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*. Barcelona: Universitat de Barcelona, Publicacions i Edicions.
- Luna, F. y Salles, A. L. F. (1995). “Problemas en torno a nuevas formas de procrear”. *Decisiones de vida y muerte: eutanasia, aborto y otros temas de ética médica*. Buenos Aires: Sudamericana.
- Luna, F. (2001) “Reproducción asistida y 'sabor local': contexto y mujer en Latinoamérica”. *Bioética (Revista de Bioética e Ética Médica publicada pelo Conselho Federal de Medicina-Brasil)*, Vol. 9, N° 2.
- Luna, F. (2008). “Vulnerabilidad: la metáfora de las capas”. *Revista Lexis-Nexis, Jurisprudencia Argentina*, Bs.As., Número especial, IV.

- Luna, F. (2008). Reproducción Asistida, Género y Derechos Humanos en Latinoamérica, San José de Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IIDH).
- McLeod, C y Sherwin, S. (2000). "Relational Autonomy, Self-Trust, and Health Care for Patients Who Are Oppressed", in: Relational Autonomy: Feminist Perspectives on Autonomy, Agency and the Social Self. C. MacKenzie and N. Stoljar. (Eds.). Philosophy Publications. Disponible en: <https://ir.lib.uwo.ca/philosophypub/345/>.
- Mill, S. (2011). Ensayo sobre la libertad. Ediciones Brontes S.L. Barcelona.
- Navés, F.A et al (comp.) (2018). Gestación por Sustitución. Un abordaje interdisciplinario, Concebir, Bs.As.
- Notrica, F.P. (2018). "Hay que decir que sí a una regulación de gestación por sustitución" en Derecho y Ciencias Sociales. N° 18, Instituto de Cultura Jurídica y Maestría en Sociología Jurídica. FCJ y S. UNLP
- Okin, S. (1990). A critique of pregnancy contracts: comments on articles by Hill, Merrick, Shevory, and Woliver. Politics Life Sci. 8, 205–210.
- Quaini, F.M. (2013) Leading case sobre maternidad subrogada: primer fallo en la Argentina. MJ-DOC-6332-AR 26/06/2013. Disponible en: <http://www.colectivoderechofamilia.com/wp-content/uploads/2017/10/QUAINI.-Leading-case-sobre-maternidad-subrogada-primer-fallo-en-la-Argentina.pdf>
- Paterman, C. (1995). El contrato sexual. Barcelona: Anthropos.
- Puleo, A.H. (2017). "Nuevas formas de desigualdad en el mundo globalizado. El alquiler de úteros como extractivismo". Revista Europea de Derechos Fundamentales, N° 29, 165-184.
- Rivera López, E. (2017). "Explotación y bioética. Ética individual y regulación jurídica". Revista Bioética y Derecho, 40: 7-22.
- Robertson, J. (1995). "Madres sustitutas: no tan novedoso después de todo" en Luna, Florencia. y SALLES, Arleen, Decisiones de Vida y muerte, Sudamericana, Buenos Aires, pp. 270-284;
- Robertson, J. (2016). "Other women's wombs: uterus transplants and gestational surrogacy", Journal of Law and the Biosciences, vol.3, n°1, pp. 68–86. Disponible en: <https://doi.org/10.1093/jlb/lsw011>;
- Santi, M.F. (2012). "Cuerpos normales, cuerpos funcionales: técnicas de reproducción asistida" en Perspectivas Bioéticas, Ediciones del signo, N°22, p. 61-76
- Satz, D. (2015). Por qué algunas cosas no deberían estar en venta. Los límites morales del mercado. Buenos Aires: Siglo veintiuno editores.
- Shokida Natsumi, Serpa Daiana, Domenech Laia, Moure Julieta, Fernández Erlauer Micaela, Espiñeira Lucía, Santellán Celina, Pradier Carolina, Lee Justina. (2021). Ecofeminista/EcoFemiData: informes ecofemidata. Zenodo. <http://doi.org/10.5281/zenodo.4540185>
- Stoljar, N. (2018) "Feminist Perspectives on Autonomy", The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Winter 2018 Edition), Edward N. Zalta (ed.). Disponible en: <https://plato.stanford.edu/archives/win2018/entries/feminism-autonomy/>.

DA VIOLAÇÃO DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE DOS ENVOLVIDOS NA GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO

Mylene Manfrinato dos Reis Amaro
Universidade Cesumar – Unicesumar
Email: mylenemanfrinato@gmail.com

Valéria Silva Galdino Cardin
Instituto Cesumar de Ciência, Tecnologia e Inovação (ICETI)
Email: valeria@galdino.adv.br

RESUMO: A presente pesquisa, desenvolvida por meio do método hipotético-dedutivo, fundamentado na revisão bibliográfica de livros, artigos, legislação, documentos oficiais e jurisprudência aplicáveis ao caso, tem como objetivo investigar a violação aos direitos da personalidade, quando do uso irresponsável da gestação de substituição. Por meio desta técnica é possível que pessoas que possuam problemas relacionados a infertilidade e esterilidade possam concretizar o direito ao livre planejamento familiar. Contudo, é importante vislumbrar que nessa modalidade de reprodução assistida não será apenas o embrião e o nascituro que sofrerá tais violações mais todos os envolvidos na técnica. Isso porque, existe um mercado reprodutivo que não só causa danos como o abandono da prole, mas também ocasiona privação ao direito de liberdade e locomoção da mulher cedente do útero. É nesse panorama que nasce a importância do presente estudo, pois é necessário partir de um novo olhar sobre a gestação de substituição e os direitos reprodutivos, para que as pessoas envolvidas na técnica não sejam vítimas de manipulações genéticas, que proporcionem violações aos direitos da personalidade. Assim será analisado a incidência do contrato existencial como forma de inibir violações de direitos e regular as relações firmadas entre os idealizadores do projeto parental, as clínicas reprodutivas e a mulher que gera à criança. Além disso, será vislumbrado a possibilidade de imposição de punição decorrendo do abandono do filho nascido da técnica de gestação de substituição e também a possibilidade de pagamento de um valor pecuniário a cedente que por sua vez, necessita de cuidados especiais na fase de gestação.

Palavras-chave: Direitos da personalidade, Gestação de substituição, Planejamento familiar, Reprodução humana assistida, Violação de direitos

1. INTRODUÇÃO

A reprodução humana assistida por meio da “barriga de aluguel” soluciona o problema de quem possui algum impedimento a infertilidade e/ou a esterilidade. O tema que será tratado nesta pesquisa tem como objetivo apontar a violação dos direitos da personalidade fundado da realização da gestação de substituição, não só do embrião, mas de todos os envolvidos na procriação artificial. No entanto, ela também pode deixar de ser algo altruísta e representar um perigo para o embrião e nascituro.

Por meio da reprodução assistida muitas pessoas que não podiam ter filhos devido à esterilidade e/ou infertilidade conseguiram concretizar o projeto parental, que é um direito assegurado no nosso ordenamento jurídico pelo §7^o do art. 226 da Constituição Federal e pela Lei nº 9.263/1996, denominada Lei do Planejamento Familiar.

Para uma melhor compreensão do tema, primeiramente será analisado o conceito da técnica de gestação de substituição, tanto para o Conselho Federal de Medicina quanto para os doutrinadores. Posteriormente, será verificada a incidência da violação aos direitos da personalidade na gestação de substituição, modalidade que envolve não só os direitos inerentes à personalidade do embrião, mas de todos os que de modo direto e indireto estejam envolvidos nessa modalidade de reprodução assistida.

Para tanto, será utilizado o método hipotético-dedutivo, que consiste na consulta de obras, artigos de periódicos, documentos eletrônicos e da legislação aplicável. A justificativa do presente trabalho está em fazer uma reflexão acerca da gestação de substituição diante de todos os desdobramentos possíveis que essa técnica é capaz de gerar ao ser humano, o que pode levar também à coisificação do embrião, do nascituro e da mulher cedente do útero.

¹ Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

[...] §7º Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas. BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, [1988]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 5 jul. 2020.

2. Desenvolvimento da pesquisa

A gestação de substituição ocorre quando uma terceira mulher gera um filho de outrem. Essa técnica pode acontecer quando a mulher idealizadora do projeto parental por algum motivo não pode gerar seu próprio filho ou quando uma pessoa do sexo masculino ou um casal homossexual do sexo masculino necessita de um útero para gestação do embrião.

O item VII da Resolução nº 2.294/2021, do Conselho Federal de Medicina dispõe que a gestação de substituição “não pode ser estar condicionada a uma contraprestação pecuniária ou negociação comercial, sendo que a cedente deve pertencer à família de um dos parceiros em parentesco consanguíneo até o quarto grau”¹.

Nessa técnica, o que se evidencia é “[...] a gestação, relaciona com o útero e não com a barriga”, o que já desclassifica o termo “barriga de aluguel”. Além disso, a expressão sub-rogação também é inequívoca, pois “sub-rogação, originária do latim *subrogatio*, trata-se de forma extinta da obrigação e significa a substituição de uma pessoa por outra em relação de crédito e débito”, o que não se aplica à técnica².

O Brasil não possui lei específica para abordar o tema, no entanto, o CFM possui uma resolução administrativa que tenta ditar regras éticas aos profissionais que realizam essa modalidade de procriação.

A Resolução nº 2.294/2021 do CFM é enfática ao disciplinar normas de ordem administrativa para a utilização da gestação de substituição, pois ordena que as doadoras do útero para a gestação devem pertencer à família de um dos idealizadores do projeto parental com parentesco consanguíneo até o quarto grau e sem caráter lucrativo. Sendo assim, a mencionada técnica é compreendida como um instrumento de concretização do planejamento familiar de quem não consegue gerar o próprio filho.

Portanto, a gestação de substituição é aquela em que uma mulher com parentesco de até quarto grau dos genitores cede o seu útero de forma gratuita e benevolente, para gerar uma criança que não será seu filho e após o nascimento, esta deverá entregar aos pais idealizadores do projeto parental³.

Essa prática artificial de procriação em útero alheio foi aceita desde 1992, por meio da primeira resolução sobre reprodução assistida do CFM e vem sendo ajustada até os dias de hoje, de forma que houve algumas alterações ao longo dos anos. A partir de 2013, a técnica passou a ser permitida aos casais homoafetivos, rompendo uma quebra de paradigma, fato este que possibilitou a aplicabilidade dos direitos de personalidade por meio do planejamento familiar, da filiação e da parentalidade responsável a estas pessoas, que antes não tinham tais direitos garantidos.

Logo, pessoas solteiras e casais homoafetivos podem-se utilizar da gestação de substituição para o nascimento de seus filhos. Destaca-se que essa técnica é empregue tanto para casais do sexo masculino, em razão da inexistência do útero, quanto para casais femininos, que possuem impedimento de ordem biológica (esterilidade/infertilidade) e não conseguem a gestação por meio do próprio aparelho reprodutor. Os primeiros casos relatados quanto ao uso da gestação de substituição são da década de 1963, no Japão, e de 1975, nos Estados Unidos⁴.

Mesmo que a gestação de substituição possa ser utilizada por pessoas saudáveis, como no caso de indivíduos que postergam a paternidade ou maternidade por meio da criopreservação de material genético ou de embriões, esta técnica deve ser vinculada a “ausência de útero, uma patologia uterina de qualquer tratamento cirúrgico ou contra-indicações médicas a uma eventual gravidez: insuficiência renal severa, ou diabetes grave insulina dependente”⁵.

¹ CARDIN, Valéria Silva Galdino; AMARO, Mylene Manfrinato dos Reis; CAZELATTO, Caio Eduardo Costa. Da inseminação artificial homóloga post mortem sob a ótica do direito à filiação e à sucessão. Revista Quaestio Iuris, v. 12, n. 3, p. 636- 659, 2019. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/view/39070/32707>. Acesso em: 25 jul. 2021.

² CARDIN; LOPES, Cláudia Aparecida Costa. Do contrato da gestação de substituição como instrumento de minimização da vulnerabilidade do embrião humano, cit., p. 31.

³ CARDIN, Valéria Silva Galdino; CAMILO, Andryelle Vanessa. Dos aspectos controvertidos da reprodução assistida post mortem. Revista de Ciências Jurídicas- UEM, Maringá, v. 7, n. 1, p. 119-138, jan./jun.2009. Disponível em: <https://direitouem1.files.wordpress.com/2011/09/aspectos-controvertidos-da-rep-assistida-pos-mortem.pdf>. Acesso em: 4 dez. 2019.

⁴ MORAES, Carlos Alexandre. Responsabilidade civil dos pais na reprodução humana assistida. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2019.

⁵ LEITE, Eduardo de Oliveira. Procriações artificiais e o direito: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

Tal recomendação tem por intuito evitar que a estética não prevaleça sobre valores éticos e morais, do contrário, mulheres que não querem, por mero capricho, se submeter às mudanças de uma gestação poderiam utilizar o útero de outra mulher para o nascimento de seus filhos, fazendo com que a procriação vire uma mercantilização.

Também é questionável nessa técnica, que inicialmente parece algo benéfico e altruísta, que uma pessoa se submeta a gerar um filho que não é o seu e a passar por todos os estágios desconfortáveis de uma gravidez, sem expectativas de ficar com o filho gerado no final do procedimento. Logo, existe um lado cruel relacionado a essa técnica, que acaba por violar de forma progressiva os direitos de personalidade de quem se submete ao uso dessa modalidade artificial.

Há relatos de um sistema análogo à escravidão, de práticas eugênicas de crianças provenientes da gestação de substituição. Em 2011, na Tailândia, foi exposta pela mídia a descoberta de um estabelecimento com caráter lucrativo denominado “Baby 101”, que atraía, por meio de anúncios chamativos e aparentes altos lucros no valor de até 32 mil dólares por bebê, mulheres estrangeiras, em especial do Vietnã, para cederem seus úteros para a gestação de filhos de outros indivíduos. Contudo, ao chegar naquele país, essas mulheres tornavam-se vítimas de cárcere privado pelo estabelecimento citado e passavam a ser obrigadas a permanecerem no local até que nascessem as crianças¹, isso porque, tinham seus passaportes retidos como forma de obrigá-las a manter a gestação.

Outro relato assombroso foi o descarte de um filho gerado por meio da gestação de substituição portador de Síndrome de Down por um casal de australianos que não queriam ter filhos que necessitassem de cuidados especiais ao longo da vida², comportamento que evidencia a eugenia seletiva, que escolhe apenas quem é “perfeito” para sobreviver e que quem possui um mal congênito ou qualquer outro defeito que não agrade os genitores seja condenado ao abandono.

Já em relação ao abandono de crianças, um caso emblemático chocou o mundo é o da humorista Sherri Shepherd que, juntamente com seu esposo, o roteirista Lamar Sally, utilizou a técnica de gestação de substituição para o nascimento do filho. Contudo, no decorrer da gestação, o casal se divorciou, o que ocasionou a rejeição por parte da humorista da criança gerada, em virtude de que esta havia sido fecundada com o material genético de uma doadora anônima e do sêmen do seu cônjuge³.

Outra situação de desistência do “negócio” firmado para a gestação de substituição foi a recusa de uma mulher em entregar a criança nascida de seu útero aos idealizadores do projeto parental. A inseminação aconteceu por meio do uso do material genético do próprio genitor e dos óvulos da mulher que gestou a criança. Contudo, após o nascimento, a mãe da criança solicitou que a mulher que havia gerado a criança amamentasse a mesma, o que por sua vez, gerou um vínculo afetivo entre a mulher e a criança, ocasionando sua negativa em devolver o nascido aos supostos genitores.

Na justiça, para resolução do caso, o Tribunal do Estado do Tennessee decidiu que os indivíduos que contribuíram com o material genético para a concepção da criança possuem direito de requerer a guarda desta, já em relação à companheira (suposta mãe), nada foi mencionado sobre seus direitos em relação ao bebê⁴.

Os problemas da mencionada técnica não se esgotam por aqui, haja vista que o embrião que é gerado por meio dessa técnica artificial está sujeito a viver, morrer ou sofrer abandono, já que a falta de legislação acerca do tema enseja que as mais diversas condutas antiéticas sejam praticadas por parte dos idealizadores do projeto parental e da própria mulher que cede seu útero para a gestação. Condutas como o aborto solicitado pelos pais que não desejam um filho com anomalias, a exemplo da Síndrome de Down, ou que após um divórcio, abandonam a criança que irá nascer ou já nascida por não querer mais esse filho como fruto de sua relação com o seu ex-cônjuge, evidenciam a coisificação do ser humano.

Logo, há pessoas vulneráveis que se encontram em um estágio indefeso da espécie humana e de outro lado, seres humanos plenamente capazes que sequer se lembram dos deveres da parentalidade que apenas tem por intuito satisfazer os desejos momentâneos e egoístas, de modo que acreditam ser possível se livrar

¹ MORAES. Carlos Alexandre. Responsabilidade civil dos pais na reprodução humana assistida. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2019.

² *Ibidem*.

³ *Ibidem*.

⁴ *Ibidem*.

de um ser que se tornou um “problema” para a sua vida. Sem contar com as situações de violação aos direitos de locomoção e de liberdade das mulheres que geram o embrião.

Mas como solucionar essas questões que violam os direitos da personalidade humana? Existe mesmo um direito a ter uma prole à todo custo? E, em caso de arrependimento, é possível abandonar o filho, sendo considerado uma coisa? Diante da omissão legislativa, o Conselho Federal de Medicina também não é capaz de suprir todas as indagações relacionadas ao tema.

Esse órgão, de acordo com a sua competência administrativa, edita regras acerca de normas éticas, a exemplo da vedação expressa no item VII, da Resolução nº 2.294/2021, que expõe que não pode ser a gestação de substituição “condicionada a uma contraprestação pecuniária ou negociação comercial, sendo que a cedente deve pertencer à família de um dos parceiros em parentesco consanguíneo até o quarto grau”¹. Contudo, as resoluções do CFM não são vinculantes e apenas orientam a esfera administrativa, o que reforça ainda mais as chances de os genitores usarem a reprodução humana assistida de modo indiscriminado.

Logo, todos os exemplos citados são violações que podem acontecer diante do uso dessa técnica de reprodução, cenário que o direito deve tutelar para que haja limites éticos na gestação de substituição. Talvez a solução seja tratar a técnica como um contrato existencial, diante do alcance dos mais diversos direitos da personalidade, como os direito à vida, à saúde, à integridade física, à liberdade, à autonomia e ao próprio planejamento familiar.

Em virtude da inexistência de uma norma específica regulamentadora, o contrato existencial parece ser o mais adequado para dispor de todos os direitos e deveres, diante da relação personalíssima e extrapatrimonial da gestação de substituição.

Os contratos existenciais possuem essa nomenclatura porque não almejam o lucro pecuniário, mas um direito extrapatrimonial, como a vida do novo ser, fruto da gestação de substituição. Paulo Nalin² conceitua os contratos existenciais como a relação jurídica subjetiva, “nucleada na solidariedade constitucional, destinada à produção de efeitos jurídicos existências e patrimoniais, não só entre os titulares subjetivos da relação, como também perante terceiros”. Logo, o ensejo meramente mercantilista deixa de ser a mola propulsora desse contrato, para que bens extrapatrimoniais sejam contratados, de modo a assegurar a preservação dos direitos da personalidade³, o que por sua vez gera uma visão humanitária ao bem que está sendo tutelado.

O objeto desse contrato corresponde à “[...] prestação de um bem considerado essencial para a subsistência da pessoa, com a preservação dos valores inerentes à sua dignidade, nos termos propostos pela Constituição da República”⁴. Logo, na gestação de substituição, o bem existencial seria o nascimento de uma criança em útero alheio, que deverá ser entregue logo após seu nascimento aos genitores.

Além disso, deverão ser estipulados todas as circunstâncias relacionadas a essa técnica, como o não abandono da criança em caso de doenças e anomalias, uma vez que nos casos de concepção natural os genitores não possuem a prerrogativa de desistir da gravidez em situações em que o filhos possuam necessidade de cuidados especiais como o caso da Síndrome de Down, conduta que infelizmente é possível com a reprodução humana assistida.

Portanto, destaca-se a necessidade de garantia dos direitos de personalidade da própria cedente do útero, isso porque a proibição dessa de se locomover e realizar outras atividades é por óbvio uma afronta à personalidade individual. Portanto, diante da situação atual, e até que o legislativo não tome providências

¹ CARDIN, Valéria Silva Galdino; AMARO, MyleneManfrinato dos Reis; CAZELATTO, Caio Eduardo Costa. Da inseminação artificial homóloga post mortem sob a ótica do direito à filiação e à sucessão. *Revista Quaestio Iuris*, v. 12, n. 3, p. 636- 659, 2019. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/view/39070/32707>. Acesso em: 25 jul. 2020.

² NALIN, Paulo. Do Contrato: conceito pós-moderno em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional. Curitiba: Juruá, 2010. Disponível em: <http://direito-ufpr.blogspot.com/2010/12/141210.html>. Acesso em: 25 jun. 2020.

³ GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. *Função social do contrato: os novos princípios contratuais*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

⁴ AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado de. *Contratos relacionais, existenciais e de lucro*.

RTDC: Revista Trimestral de Direito Civil, Rio de Janeiro, ano 12, v. 45, p. 91-110, jan./mar. 2011. Disponível em: http://www.ruyrosado.com/upload/site_producao intelectual/141.pdf.

Acesso em: 4 jul. 2020.

em prol do assunto, o que parece mais eficaz é a propositura do contrato existencial para regulamentar essa técnica com o intuito de efetivar o exercício dos direitos de personalidade e o gozo da dignidade da pessoa humana, em especial do embrião.

3. CONCLUSÃO

A presente pesquisa analisou a incidência da gestação de substituição à luz dos direitos da personalidade. Para tanto, em um primeiro momento, foi necessário compreender sobre o funcionamento da técnica e sua nomenclatura que se distingue entre os doutrinadores e países.

A presente pesquisa delimitou a técnica de gestação de substituição, verificando as diferentes análises sob a perspectiva dos direitos da personalidade, especialmente quanto ao embrião, que corresponde à fase mais vulnerável do ser humano, sendo possível identificar os mais diversos conflitos inerentes ao livre planejamento familiar por meio das técnicas de reprodução assistida na vida e saúde de todos os envolvidos no percurso da manipulação, na gestação e no nascimento da prole.

Infelizmente, esta técnica não deve ser utilizada para benefício do ser humano, em razão das práticas violadoras da dignidade humana de todas as pessoas independentemente de sua fase de desenvolvimento. Logo, por meio dessa pesquisa, verificou-se as mais diversas condutas capazes de violar os direitos de personalidade do embrião e dos demais envolvidos em cada uma das técnicas de reprodução assistida.

O descarte e o abandono de embriões, que pode acontecer é uma evidente coisificação do embrião, isso porque, quando os idealizadores do projeto parental se submetem à manipulação genética e permitem que os profissionais “produzam” mais de três embriões, conforme permite a Resolução nº 2.294/2021 do Conselho Federal de Medicina, por óbvio que os excedentes serão abandonados ou descartados, o que por sua vez, gera danos aos direitos da personalidade desses embriões, já que possuem vida e dignidade humana.

A prática da eugenia positiva consiste em outro problema que foi analisado e em que se constatou que há violação à saúde e à integridade física do futuro filho, uma vez que nessa prática os idealizadores do projeto parental escolhem características pré-determinadas dos filhos, que podem ser malélicas e causar problemas seríssimos para o desenvolvimento saudável da prole.

Quanto à cedente do útero, a violação acontece quando ela possui sua liberdade de locomoção restringida até que a criança nasça, como o caso da clínica da Tailândia, que mantinha em cárcere privado mulheres contratadas como “barrigas de aluguel”, que eram obrigadas a realizar o aborto independente da fase de desenvolvimento do embrião quando os idealizadores do projeto parental abandonassem o filho. Dessa forma, a melhor forma de evitar danos aos direitos da personalidade é a existência de um contrato existencial, que não possui caráter econômico e lucrativo, já que a gestação de substituição deve ser realizada de forma gratuita, para estipular todos os direitos e obrigações dos genitores e da pessoa cedente do útero.

Portanto, conclui-se que a melhor alternativa para combater todos os problemas demonstrados no decorrer da pesquisa é a observação da lei de Biossegurança e das normas administrativas do Conselho Federal de Medicina, além disso, a imputação de obrigação de cunho pecuniário por meio do pagamento de uma pensão ao filho que foi abandonado pelos idealizadores do projeto parental, já que, na ocasião do abandono ele poderá ser destinado à uma família adotiva e ter seus direitos de filiação assegurados.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado de. Contratos relacionais, existenciais e de lucro.

RTDC:Revista Trimestral de Direito Civil, Rio de Janeiro, ano 12, v. 45, p. 91-110, jan./mar. 2011. Disponível em: http://www.ruyrosado.com/upload/site_producao intelectual/141.pdf. Acesso em: 4 jul. 2020.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [1988]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 5 jul. 2020.

CARDIN, Valéria Silva Galdino; AMARO, Mylene Manfrinato dos Reis; CAZELATTO, Caio Eduardo Costa. Da inseminação artificial homóloga *post mortem* sob a ótica do direito à filiação e à sucessão. **Revista Quaestio Iuris**, v. 12, n. 3, p. 636- 659, 2019. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/view/39070/32707>. Acesso em: 25 jul. 2021.

CARDIN, Valéria Silva Galdino; CAMILO, Andryelle Vanessa. Dos aspectos controvertidos da reprodução assistida *post mortem*. **Revista de Ciências Jurídicas- UEM**, Maringá, v. 7, n. 1, p. 119-138, jan./jun.2009. Disponível em: <https://direitouem1.files.wordpress.com/2011/09/aspectos-controvertidos-da-rep-assistida-pos-mortem.pdf>. Acesso em: 4 dez. 2019

CARDIN, Valéria Silva Galdino; LOPES, Claudia Aparecida Costa. **Do contrato da gestação de substituição como instrumento de minimização da vulnerabilidade do embrião humano**, cit., p. 31.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA (CFM). **Resolução CFM nº 2.294/2021**. Adota as normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida – sempre em defesa do aperfeiçoamento das práticas e da observância aos princípios éticos e bioéticos que ajudam a trazer maior segurança e eficácia a tratamentos e procedimentos médicos, tornando-se o dispositivo deontológico a ser seguido pelos médicos brasileiros e revogando a Resolução CFM nº 2.168, publicada no D.O.U. de 10 de novembro de 2017, Seção I, p. 73. Disponível em: https://sistemas.cfm.org.br/normas/arquivos/resolucoes/BR/2021/2294_2021.pdf. Acesso em: 25 jul. 2021.

GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. **Função social do contrato: os novos princípios contratuais**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Procriações artificiais e o direito: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

MACHADO, Maria Helena. **Reprodução humana assistida: aspectos éticos e jurídicos**. Curitiba: Juruá, 2003.

MORAES, Carlos Alexandre. **Responsabilidade civil dos pais na reprodução humana assistida**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2019.

NALIN, Paulo. **Do Contrato: conceito pós-moderno em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional**. Curitiba: Juruá, 2010. Disponível em: <http://direito-ufpr.blogspot.com/2010/12/141210.html>. Acesso em: 25 jun. 2020.

A REGULAMENTAÇÃO DA BARRIGA SOLIDÁRIA NO BRASIL E OS PRINCÍPIOS DA BIOÉTICA

Vilma Maria Inocência Carli
Investigadora do Brasil CNPq
Email: vilcarli@terra.com.br

Resumo: O presente artigo apresenta uma análise e reflexão sobre a regulamentação da antiga denominação de barriga de aluguel que era usada no Brasil, vez que na atualidade a matéria é tratada como barriga solidária ou gestação por substituição, e que é regulada por meio de Atos Normativos, editados pelo Conselho Federal de Medicina atualmente, a matéria é regulada pela Resolução nº. 2168/2017, que adota as normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida, mas que o faz sempre em defesa do aperfeiçoamento das práticas e da observância aos princípios éticos e bioéticos que ajudam a trazer maior segurança e eficácia a tratamentos e procedimentos médicos tornando-se o dispositivo deontológico, isto é, a ciência do dever e da obrigação, a ser seguido por todos os médicos brasileiros. Ocorre que no intuito de conferir segurança jurídica às técnicas de reprodução assistida (RA), o Conselho Nacional de Justiça, com base no artigo 227, parágrafo 6º da Constituição Federal Brasileira, editou o Provimento 52/2016, que dispõe sobre o registro de nascimento e emissão da respectiva certidão dos filhos havidos por reprodução assistida. A gestação por substituição se trata de uma gestação em que um casal, com problemas para gestação, procede à doação ou cessão dos gametas que serão fecundados *in vitro* e

implantados no útero de uma mulher, a qual os recebe, de forma voluntária, que por sua vez irá gerar o bebê em seu útero. Aquela que doar o útero deve pertencer à família de um dos parceiros e possuir parentesco consanguíneo até o quarto grau, isto é pode ser em ultimo caso prima e o seu ato deve ser voluntário afastando a lucratividade e os eventuais vícios de vontade, e tudo deve ser feito dentro da mais absoluta ética e dos princípios da Bioética.

Palavras-chave: Gestação por substituição, Direito de Família, Regulamentação no Brasil, Bioética

1. INTRODUÇÃO

No Direito de Família Brasileiro, não existe uma legislação que regulamenta a antiga denominação para a barriga de aluguel, mas que se torna permitido temporariamente no sentido de que uma pessoa possa vir a ceder o seu útero como barriga solidaria, mas não é possível se cobrar ou receber nenhuma quantia em troca, isto é, o processo não pode de forma alguma possuir caráter comercial ou que possa gerar lucros, o que é vedado pelas Resoluções do Conselho Federal de Medicina, e pela Resolução do Conselho Nacional de Justiça.

É denominada ainda como gestação por substituição, barriga solidária, ou ainda também podem ser utilizadas algumas outras nomenclaturas, como útero de substituição, doação temporária do útero, cessão de útero, mais o termo barriga de aluguel, são completamente repudiados pelo Direito Brasileiro, por ser dessa forma entendido como a possível existência de lucratividade, que é proibido expressamente qualquer forma ou intento de obter lucro na doação temporária do útero.

Convém esclarecer de que desde 1985 até os dias atuais surgiram novas técnicas de reprodução, como por exemplo, a fertilização *in vitro* que possibilita que a mulher forneça o óvulo, o pai o esperma e uma mulher apenas gere o feto, e dessa maneira só será necessário apenas um útero para gerar todo o material genético do próprio casal.

No Brasil, o tema barriga solidaria foi inicialmente regulamentado pelo Conselho Federal de Medicina (CFM), por meio da Resolução nº 1.957 de 2010, que foi publicada no Diário Oficial da União no dia 06 de janeiro de 2011, e posteriormente pela Resolução nº. 2168/2017, que adotou as normas éticas para a utilização das técnicas de Reprodução Assistida e sempre em defesa do aperfeiçoamento das práticas e da observância aos princípios éticos e bioéticos que ajudam a trazer maior segurança e eficácia a tratamentos e procedimentos médico tornando-se o dispositivo deontológico e que obrigatoriamente deve ser seguido por todos os profissionais de saúde que se especializaram na fertilização *in vitro*.

2. O AVANÇO CIENTÍFICO DA REPRODUÇÃO HUMANA NO BRASIL

A revolução biológica no Brasil tem alterado o futuro da medicina, como o conhecimento da própria base genética da vida, no contexto da reprodução humana, os cientistas acabaram por dar um grande salto, na medida em que descobriram e desenvolveram técnicas de fertilização, enquanto, até o momento, o processo reprodutivo era exclusivamente controlado pela natureza, por isso é muito importante identificar de forma abreviada as técnicas mais utilizadas em reprodução assistida, tendo como grande pano de fundo o impacto sobre as estruturas jurídicas que já se encontram positivadas como as Resoluções do CFM e do CNJ, da Constituição Federal de 1.988, e do Código Civil Brasileiro.

A reprodução humana assistida que é um conjunto de procedimentos que tendem a contribuir na resolução dos problemas da infertilidade humana, facilitando o processo de procriação quando outras terapêuticas ou condutas não tenham sido eficazes para a solução e obtenção da gravidez desejada pelo casal, por isso o avanço do conhecimento científico deve ser considerado porque já permite solucionar vários dos casos de infertilidade humana; e as técnicas de reprodução assistida tem possibilitado a procriação em várias circunstâncias em que isto não era possível pelos procedimentos tradicionais; e como existe a necessidade de harmonizar o uso destas técnicas com base nos princípios da ética médica, o Conselho Federal de

Medicina passou a adotar as Normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida, que deve ser expressamente seguida por todos os médicos brasileiros.¹

No Brasil, o termo barriga de aluguel não é indicado, por entender de que se trata de uma cobrança pelo aluguel, e quem regulamenta esse tratamento é o Conselho Federal de Medicina (CFM) por meio da resolução 2168/2017, e essa nova resolução chama o procedimento de gestação de substituição ou cessão temporária do útero e estipula algumas normas que devem ser seguidas para que haja sua realização, como deverá ser realizado apenas por mulheres com problemas médicos que contraindiquem ou impeçam uma gestação, em casos de união homoafetiva e em pessoas solteiras.

Dessa forma a mulher que for ceder o útero deverá pertencer à família de um dos parceiros em parentesco consanguíneo até quarto grau (primeiro grau: mãe e filha, segundo grau: avó e irmã, terceiro grau: tia e sobrinha e quarto grau: prima), e nos casos diferentes dessa norma precisam ser avaliados pelo Conselho Regional de Medicina (CRM); porque é proibido que a cessão temporária do útero que tenha caráter comercial ou lucrativo, ou seja, se trata de um processo solidário que visa apenas ajudar o casal a engravidar, lembrando de que os casais homoafetivos masculinos, além da doadora de útero, ainda precisam recorrer a doação de óvulos, para que os embriões possam ser formados a partir do espermatozoide de um dos parceiros.

Quanto à filiação, a lei entende que como o material genético do bebê é o do paciente ou casal, são eles quem detêm o direito da paternidade, portanto, se torna imprescindível que exista toda essa documentação, comprovando que a doadora de útero estava ciente de todo o procedimento e de que ela não será considerada a mãe da criança, e ainda depois de comprovada a necessidade da barriga solidária, será realizada uma *fertilização in vitro* (FIV), usando o óvulo ou o espermatozoide do paciente ou de doador, conforme o caso.²

É certo de que tudo iniciou com a Resolução n.º 1358/1992, do Conselho Federal de Medicina que não possuía qualquer força legal, somente ética, a qual permaneceu inalterada desde a sua edição, faltando à aprovação de legislação específica sobre o tema, visto que é garantia constitucional a todo cidadão a constituição de uma família. E também o planejamento familiar que é garantia que se encontra disposta na Constituição Federal do Brasil de 1.988, e na época com a ausência de normas regulamentadoras sobre as técnicas de reprodução humana assistida, e ainda assim mesmo diante os avanços científicos nessa área do conhecimento e a proteção constitucional sobre a família o planejamento familiar, acabou por fazer com que a execução das técnicas pelos profissionais da ciência demandasse diretrizes jurídicas urgentes para a segurança jurídica e social.³

A Resolução do Conselho Federal de Medicina, n.º. 2.168/2017, entendeu e dispôs sobre a infertilidade humana como um problema de saúde, com implicações médicas e psicológicas, e a legitimidade do anseio de superá-la; levando em conta o aumento das taxas de sobrevivência e cura após os tratamentos das neoplasias malignas, possibilitando às pessoas acometidas um planejamento reprodutivo antes de intervenção com risco de levar à infertilidade; e ainda tendo a preocupação recorrente de que as mulheres estão postergando a maternidade e que dessa forma existe a diminuição da probabilidade de engravidarem com o avanço da idade.

Também foi levado em consideração de que houve vários avanços do conhecimento científico no Brasil, que permite que seja possível a solução de vários casos que envolvam problemas na reprodução humana, sendo que o Supremo Tribunal Federal, já desde maio de 2011, havia reconhecido e acabou por qualificar como entidade familiar a União Estável Homoafetiva, e as necessidades de harmonização quanto ao uso das técnicas de reprodução humana, com os princípios de ética médica, a ser seguido pelos médicos brasileiros.⁴

Convém ainda refletir sobre o conjunto de direitos, deveres, garantias, proibições e penalidades, que se encontram diretamente ligadas a prática de gestação de substituição no Brasil, no sentido de entender essa

¹ BARBOZA, Heloisa Helena. A filiação em face da inseminação artificial e da fertilização in vitro. Renovar. Rio de Janeiro, 1993.p. 75.

² BARBOZA, Heloisa Helena. A filiação em face da inseminação artificial e da fertilização in vitro. Renovar. Rio de Janeiro, 1993. P. 38.

³ -NYS, Herman, Experimentação com embriões. In: CASABONA, Carlos Maria Romeo (org). Biotecnologia, direito e bioética. Belo Horizonte: PUC-MINAS e Del Rey, 2002, p. 177.

⁴ DINIZ, Débora (organizadora) Admirável nova genética: bioética e sociedade. Brasília: Letras Livres. Editora UNB, 2005. P. 75.

nova construção de um regime jurídico, com a abertura de discussão legislativa acerca da técnica de reprodução assistida, onde as ações e as omissões dos órgãos técnicos, a política de reconhecimento do instituto, a doutrina, e o entendimento de que a ausência da lei não pode impedir que o direito fosse exercitado pelos brasileiros, mesmo porque a posição adotada pelo Brasil é muito conservadora, onde os estados não possuem autonomia para autorizar ou proibir a prática da gestação de substituição.

Acontece que no Brasil, existe a necessidade de um movimento de reforma legislativa, que possa organizar a legislação ordinária, mas que ainda se encontra em tramite no Congresso Nacional, portanto, nos casos de estabelecimento da filiação, já dispõe o Art. 1.597 do Código Civil Brasileiro, de que se presumem concebidos na constância do casamento os filhos, onde se pode observar no inciso I constam os filhos nascidos cento e oitenta dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal, e no inciso II dispõe sobre os filhos nascidos nos trezentos dias subsequentes a dissolução da sociedade conjugal, por morte, separação judicial, nulidade e anulação de casamento.¹

Mas existe uma nova modalidade de paternidade jurídica ou presumida que se pode observar pela disposição dos incisos III a V do Código Civil Brasileiro, que ainda no Art. 1.597, determina no inciso III de que é considerado como filhos os havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido, e no inciso IV dispõe que são filhos também todos aqueles havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga.²

E finalmente no inciso V a disposição é no sentido de que são considerados como filhos os havidos por inseminação artificial heteróloga, e isto ocorre quando o material genético, espermatozoide ou óvulo, tiverem como origem um doador estranho à pessoa a ser fecundada, podendo ser denominado também de doação, e só pode ocorrer desde que a esposa tenha prévia autorização do marido.³

Dessa maneira se pode observar de que passaram a existir no ordenamento jurídico brasileiro três situações que se apresentam como formas de presunção de paternidade, ou seja, a concepção homóloga que é aquela em que é usado somente o material biológico dos pais, ou até de pacientes das técnicas de reprodução assistida. Não há a doação por terceiro anônimo de material biológico, ou seja, espermatozoide, óvulo ou embrião, a inseminação artificial homóloga, e a inseminação heteróloga que é aquela realizada com o material genético dos próprios genitores, daí derivando na atualidade várias questões éticas e jurídicas.⁴

Ainda existe a necessidade documental de comprovação da impossibilidade gestacional, vez que as técnicas de Reprodução Assistida (RA), possuem um papel muito importante no auxílio da resolução de problemas e dessa forma facilita o processo de procriação quando outras terapêuticas tenham se revelado ineficazes ou consideradas inapropriadas. Dessa forma, então, estando presentes todos os requisitos, o registro da criança será feito em nome da mãe biológica e não da mãe hospedeira, e ainda levando em consideração de que toda doação do material genético deve ser feita de forma voluntária e anônima, não existindo a possibilidade de se usar material genético de parentes, nestes casos.⁵

A tecnologia de Reprodução Assistida (TRA) que é um grupo de tratamentos de fertilidade que envolve o espermatozoide e o óvulo, pode ser feita pela **Fertilização *in vitro*** (FIV) que é o tipo mais comum de reprodução assistida. Na FIV, o óvulo é fertilizado fora do corpo da mulher, de modo que os médicos o reimplantam no útero, na esperança de uma gravidez bem sucedida, e a partir da fecundação, o que sucede é apenas a evolução do processo biológico, e não há nenhuma diferença essencial entre o embrião, isto é, mesmo que seja fecundado *in vitro*, é um ser humano adulto, em termos de dignidade, portanto, a mesma proteção conferida pelo direito a este deve estender-se àquele, dessa maneira conclui-se de que os embriões *in vitro* são sujeitos de direito e merecem, como nascituros, a tutela da lei civil vigente no País.

¹ SIQUEIRA, José Eduardo. Bioética: estudos e reflexões. Londrina: Uel., 2000. P. 96.

² CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO; Lei nº. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. 7ª. Edição Revisada e Atualizada. Manole. São Paulo. 2021.

³ - OLIVEIRA, Alexandre Mateus, e QUINAIA, Cristiano. Barriga de Aluguel e as novas famílias. Lumens Juris. Rio de Janeiro. 2019. P. 68.

⁴ - FACHIN, Luiz Edson. Estabelecimento da filiação e paternidade presumida. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1992.p. 133.

⁵ - FACHIN, Luiz Edson. Estabelecimento da filiação e paternidade presumida. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1992.

3. OS PRINCÍPIOS BIOÉTICOS QUE NORTEIAM A GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO.

A maternidade de substituição no Brasil envolve vários aspectos da bioética, como os morais, éticos, psicológicos e jurídicos, e ainda as inovações proporcionadas pela biotecnologia, questões sociais e o poder do homem em interferir nos processos de formação da vida humana, busca de um equilíbrio entre a evolução científica, social e dos direitos, e serve de canal de diálogo entre a sociedade, as leis, a hermenêutica, as limitações da ação humana e as relações éticas dos seres humanos.¹

E como Direito Brasileiro não existe uma legislação específica sobre o método de reprodução assistida, conhecida como útero de substituição, que interfere no processo natural de reprodução humana, a Resolução do Conselho Federal de Medicina, dispõe que a técnica deve ser usada em situações de existência de algum problema médico que impeça ou contraindique a gestação da doadora genética ou em caso de união homoafetiva.

Acontece que no Direito Civil do Brasil, que regulamenta a questão sobre a paternidade ou maternidade, e os casos de inseminação artificial homóloga, que é a relação socio afetiva entre pai adotivo e institucional e filho adotado ou advindo de inseminação artificial, e a heteróloga, ou seja, a filiação biológica, que ocorra na constância do casamento ou da união estável.

Essa legislação apresenta várias lacunas, principalmente quanto à reprodução se ausente o casamento ou a convivência, em casos de casais homoafetivos, ou ainda, no que se refere à possibilidade de utilização da barriga de substituição, que ainda se encontra em transformações de grande porte, de forma que os institutos jurídicos, que não mais conseguiam atender aos anseios da sociedade tornando-se necessário o surgimento de novos princípios e regras, para melhor atender e regulamentar a evolução social e suas relações.²

Conforme a Constituição da República Federativa do Brasil (CF/88), que entrou em vigor em 1988, consagrou vários princípios, como a disposição dos Princípios Fundamentais que no artigo 1º. III, diz sobre a dignidade da pessoa humana, como um dos mais importantes dos princípios, também a disposição do artigo 226, §7 da CF/88, dispõe que: Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal.

Dessa forma com base nos princípios da dignidade da pessoa humana e a liberdade de formação familiar, e ainda com o desenvolvimento da biologia, e da medicina que conseguiram introduzir uma nova dinâmica no processo natural de geração da vida, onde o ato de emprestar uma barriga para gerar um filho para outra pessoa é aí que entra a análise que deve ser feita nos limites e no desenvolvimento das novas técnicas científicas, com base na liberdade de escolha dos indivíduos sobre a paternidade, a maternidade e a formação e realização pessoal, mas que devem criar já harmonia entre a ética e o direito são justamente a Bioética que no campo jurídico, legal, e social que se torna aceitável e profissionalmente ético a cessão de útero.³

4. CONCLUSÃO

Como se podem observar as questões morais, éticas, legais, sociais e jurídicas garantem debates, reflexões, e até abertura de discussão principalmente quando se trata da barriga solidária que é uma possibilidade para casais em que a mulher tenha algum fator que demonstre doenças que podem se tornar impossível a gestação ou que impeça a gestação em seu útero, ou para casais homoafetivos, mas que depende de um gesto de solidariedade da família envolvida no processo, além de um grande companheirismo entre o casal.

A discussão sobre a barriga solidária é longa, polêmica e envolve muitos aspectos principalmente os bioéticos e os jurídicos inerentes ao tema, levando em conta a realidade social e a evolução científica que, necessariamente, deveriam ser acompanhadas pelo direito da mulher detentora de capacidade

¹ BERNARD, Jean. Da biologia à ética. Bioética – Os novos poderes da ciência. Os novos poderes do Homem. Campinas: Editorial PSY II, 1994, pg. 38.

² BARBOZA, Heloisa Helena. A filiação em face da inseminação artificial e da fertilização in vitro. Renovar. Rio de Janeiro, 1993, pg. 91.

³ - DINIZ, Débora (organizadora) Admirável nova genética: bioética e sociedade. Brasília: Letras Livres. Editora UNB, 2005. Pg. 102.

jurídica, no uso da sua autonomia privada, deveria possuir liberdade para assinar um contrato que trate da cessão temporária do seu útero, e que tal apelo não poderia ser ignorado pelo legislador, vez que existe a necessidade de uma lei própria que viesse para estabilizar as relações jurídicas das pessoas envolvidas na gestação de substituição, ou na impossibilidade gestacional, onde deveriam ser apresentados todos os atestados necessários para seu reconhecimento, seja os atestados médicos e psicológicos exigidos, e principalmente o do afastamento do caráter lucrativo, e comercial.

Pois bem, a reprodução assistida acabou por impor um novo paradigma referente à paternidade e maternidade no Brasil, um verdadeiro salto à modernidade, não apenas quanto à família, mas em especial ao instituto da filiação, ocorre que com a ausência de regulamentação acerca do tema ainda se permite que as relações jurídicas sejam decididas exclusivamente pelo Judiciário, com base na juridicidade e levando a efeito os princípios éticos, sociais, morais e bioéticos, mas que dependendo da circunstância gera uma insegurança jurídica enorme para as pessoas que passam pelo processo de barriga solidaria.

Referências bibliográficas

BARBOZA, Heloisa Helena. ***A filiação em face da inseminação artificial e da fertilização in vitro***. Renovar. Rio de Janeiro, 1993.

BERNARD, Jean. ***Da biologia á ética***. Bioética – ***Os novos poderes da ciência. Os novos poderes do Homem***. Campinas: Editorial PSY II, 1994,

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Civil*. São Paulo: Saraiva. 2.018

DINIZ, Débora (organizadora) ***Admirável nova genética: bioética e sociedade***. Brasília: Letras Livres. Editora UNB, 2005.

FACHIN, Luiz Edson. ***Estabelecimento da filiação e paternidade presumida***. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1992.

NYS, Herman, ***Experimentação com embriões***. In: CASABONA, Carlos Maria Romeo (org). ***Biotecnologia, direito e bioética***. Belo Horizonte: PUC-MINAS e Del Rey, 2002, p. 177.

OLIVEIRA, Alexandre Mateus, e QUINAIA, Cristiano. *Barriga de Aluguel e as novas famílias*. Lumens Juris. Rio de Janeiro. 2019.

PESSINI, Léo. BARCHIFONTAINE, C. de Paul. ***Problemas atuais de Bioética***. São Paulo: Loyola, 2000.

REZENDE, Roberto Fanti. *Desmistificando a Barriga de Aluguel: Aspectos Jurídicos da Gestação de Substituição no Brasil e EUA*. Rio de Janeiro. Autografia. 2020.

SIQUEIRA, José Eduardo. ***Bioética: estudos e reflexões***. Londrina: Uel., 2000.

