

LA GESTACIÓN POR SUBROGACIÓN EN AMÉRICA LATINA

2ª ed. (1ª en Tirant)

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



CFL | CAMBRIDGE
FAMILY LAW

tirant lo blanch
Ciudad de México, 2023

Copyright © 2023

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

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

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

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

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

© VV.AA.

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

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

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

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

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

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

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

CAPÍTULO 2

La gestación por subrogación en Brasil

Gustavo Ribeiro*

Joyceane Bezerra de Menezes**

* Doctor en Derecho Privado por la Pontificia Universidad Católica de Minas Gerais (PUC/Minas, Brasil). Profesor asociado de la Universidad Federal de Lavras (UFLA, Brasil). Líder del Laboratorio de Bioética y Derecho (LABB), inscrito en el Directorio de Grupos de Investigación del Consejo Nacional de Desarrollo Científico y Tecnológico (CNPq). Correo electrónico: gustavoribeiro@ufla.br.

** Doctora en Derecho por la Universidad Federal de Pernambuco (Brasil). Profesora titular de la Universidad de Fortaleza-Programa de Posgrado Stricto Sensu en Derecho. Profesora asociada de la Universidad Federal de Ceará. Editora de *Pensar, Revista de Ciências Jurídicas*. Abogada. Correo electrónico: joyceane@unifor.br.

SUMARIO: A. Marco normativo de la gestación subrogada; I. Regulación de la gestación subrogada; II. Resolución 2.294/2021 del Consejo Federal de Medicina; III. Supervisión de la gestación subrogada; IV. Estadísticas sobre la gestación subrogada; B. Acuerdo de gestación por subrogación; II. Gratuidad de la gestación subrogada; II. Criterios de elegibilidad para los beneficiarios de la gestación subrogada; III. Criterios de elegibilidad para la gestante subrogada; IV. Uso de gametos o embriones de terceros; C. Filiación en la gestación subrogada; I. Declaración de nacimiento vivo; II. Registro civil de nacimiento; D. Agencias de intermediación; E. Criminalización; F. Acuerdos internacionales sobre gestación subrogada; I. Registro de nacimiento; II. Obtención de la nacionalidad brasileña; III. Homologación de la sentencia extranjera; G. Conclusión. Bibliografía.

A. Marco normativo de la gestación subrogada

Brasil está incluido entre aquellos países que regulan la gestación subrogada basándose en las guías elaboradas por la comunidad médica; sin embargo, como veremos, es preciso tener en cuenta otros tipos de disposiciones al evaluar los efectos jurídicos de la práctica.

I. Regulación de la gestación subrogada

En Brasil no existe una ley formal para la gestación por sustitución. Sin embargo, se afirma que la legitimidad de las tecnologías de reproducción asistida descansa en el reconocimiento constitucional de la libre planificación familiar,¹ enunciada en el artículo 226, § 7, de Constitución de la

¹ Brauner, Maria Claudia, *Direito, sexualidade e reprodução humana*, Río de Janeiro, Renovar, 2003; Gama, Guilherme, *A nova filiação: o biodireito e as relações parentais*, Río de Janeiro, Renovar, 2003, pp. 442-466; Barboza, Heloisa Helena, "Direito à procriação e as técnicas de reprodução assistida" en Leite, Eduardo, *Grandes temas da atualidade: bioética e biodireito*, Río de Janeiro, Forense, 2004, pp. 153-168.

República² y regulada por la Ley 9.263/1996. La decisión de tener o no hijos y, en su caso, la definición del momento y la forma más adecuados para llevar a cabo el desiderátum corresponde a la persona o pareja, sin injerencia de entidades públicas o privadas. A tal efecto, se ofrecerán todos los métodos y técnicas de concepción y anticoncepción científicamente aceptados y que no pongan en riesgo la vida y la salud de las personas, lo que incluye las técnicas de reproducción asistida, en los términos del artículo 9 de la Ley 9.263/1996.

A falta de legislación en la materia, el Consejo Federal de Medicina (CFM), en uso de sus atribuciones, ha emitido actos normativos para orientar a los médicos en la aplicación de las técnicas de reproducción asistida. Actualmente está en vigor la Resolución 2.294/2021.³ El CFM, creado por la Ley 3.268/1957, es una entidad de administración pública indirecta con facultades de inspección y regulación de la práctica médica. Sus actos normativos, en forma de resoluciones, indican las normas de conducta que deben seguir los médicos, so pena de responsabilidad disciplinaria. En la práctica, también sirven para regular el acceso de los usuarios y algunas de las repercusiones legales del uso de las técnicas de reproducción asistida.

II. Resolución 2.294/2021 del Consejo Federal de Medicina

La estructura de la Resolución 2.294/2021 es relativamente sencilla, ya que sólo consta de tres artículos y un apéndice. Los artículos establecen su objeto, el inicio de su vigencia y las disposiciones derogadas, mientras

² "[B]asado en los principios de la dignidad humana y de la paternidad responsable, la planificación familiar es una decisión libre de la pareja, siendo el Estado responsable de proporcionar los recursos educativos y científicos para el ejercicio de este derecho, quedando prohibida cualquier forma de coacción por parte de instituciones oficiales o privadas".

³ En 1992, el Consejo Federal de Medicina emitió el primer acto normativo para regular la aplicación de las técnicas de reproducción asistida, la Resolución 1.358. Los actos normativos posteriores tuvieron periodos de validez más cortos: Resolución 1.957, entre 2010 y 2013; Resolución 2.013, entre 2013 y 2015; Resolución 2.121, entre 2015 y 2017, y Resolución 2.168, entre 2017 y 2021. Hasta la fecha, seis títulos normativos han sancionado la aplicación de técnicas de reproducción asistida.

que el apéndice enumera las normas éticas que deben seguir los médicos en el uso de las técnicas de reproducción asistida; las cuales están organizadas en nueve secciones: 1) principios generales; 2) pacientes de técnicas de reproducción asistida; 3) clínicas, centros o servicios que aplican técnicas de reproducción asistida; 4) donación de gametos o embriones; 5) criopreservación de gametos o embriones; 6) diagnóstico genético preimplantacional de embriones; 7) gestación subrogada, también llamada cesión temporal de útero; 8) reproducción asistida *post mortem*, y 9) disposiciones finales. Cada sección, a su vez, indica los mandatos normativos en artículos. La gestación subrogada se trata en un apartado específico, compuesto por sólo tres puntos, que contemplan la recomendación médica, la elegibilidad de la gestante, el carácter gratuito de la práctica y los documentos que deben componer el expediente médico.

III. Supervisión de la gestación subrogada

No hay ninguna autoridad administrativa o judicial establecida para supervisar la gestación subrogada. Cabe al médico responsable constatar la elegibilidad de los beneficiarios y de la persona que llevará el embarazo, además de comprobar la existencia de un acuerdo entre los involucrados, abordando el carácter libre de la práctica y la cuestión de la filiación, entre otros puntos. Cuando no exista relación de parentesco hasta el cuarto grado entre la eventual gestante y uno de los planificadores de la gestación por sustitución, será necesaria la autorización previa del respectivo Consejo Regional de Medicina,⁴ así como en otros casos no previstos en la Resolución 2.294/2021.⁵

IV. Estadísticas sobre la gestación subrogada

En 1984 nació el primer niño fruto de fecundación *in vitro*, llevada a cabo en un centro de planificación familiar de la ciudad de São Paulo, a cargo

⁴ Consejo Federal de Medicina, Resolución 2.294/2021, sección VII, inciso 1.

⁵ *Ibidem*, sección IX.

del médico Milton Nakamura.⁶ En 1990 se produjo la primera gestación subrogada, con la transferencia de embriones entre dos hermanas, en un centro de fertilidad situado en la ciudad de Curitiba, a cargo del médico Karam Abdou Saab.⁷

En los últimos años, la demanda de servicios dedicados a la reproducción asistida ha aumentado considerablemente, como indican las cifras de ciclos de fecundación *in vitro* realizados, embriones implantados y embriones congelados. Entre 2014 y 2018 se registró un promedio de 68,000 embriones implantados y 70,000 congelados, con tasas de crecimiento anual en ambas situaciones.⁸ El número de ciclos de fecundación *in vitro* pasó de poco más de 27,000 en 2014 a casi 43,000 en 2018.⁹ En 2019 se realizaron casi 45,000 ciclos de fecundación *in vitro*, que dieron como resultado algo más de 100,000 embriones congelados y alrededor de 26,000 embriones implantados en pacientes.¹⁰

Lamentablemente, no se encontraron estadísticas oficiales sobre la gestación subrogada, a pesar de que las clínicas de reproducción asistida están obligadas a llevar un registro permanente de los embarazos derivados de las diferentes técnicas y sus resultados, a efectos de inspección por parte del respectivo Consejo Regional de Medicina.¹¹ Por lo tanto, falta un órgano central que recabe, recopile, analice y publique los datos cuantitativos de los mencionados registros.

En 2019 se estimó que en el país funcionaban aproximadamente 180 centros de reproducción asistida, distribuidos en 23 unidades federativas.¹² São Paulo concentraba aproximadamente 35% de las clínicas

⁶ Meirelles, Jussara, *Gestação por outrem e determinação da maternidade*, Curitiba, Genesis, 1998, pp. 34-45.

⁷ *Ibidem*, p. 35.

⁸ Agencia Nacional de Vigilancia Sanitaria, *Relatório do Sistema Nacional de Produção de Embriões*, Brasília, Agencia Nacional de Vigilancia Sanitaria, 2019, p. 6.

⁹ *Ibidem*, p. 8.

¹⁰ *Ibidem*, p. 9.

¹¹ Consejo Federal de Medicina, Resolución 2.294/2021, sección III, incisos 2 y 4.

¹² *Ibidem*, p. 3.

especializadas, seguido de Minas Gerais, con 14%, y Paraná, con 9%, lo que revela una alta concentración en las regiones con mayores indicadores socioeconómicos. Un estudio realizado por Machin y sus colaboradores señala que 76.5% de los servicios de reproducción asistida instalados en el país ofrecían gestación subrogada, considerando la información proporcionada por 81 de ellos, entre los años 2015 y 2016.¹³ El estudio también señala que más de 90% de las clínicas o centros especializados estaban relacionados con la iniciativa privada, mientras que el resto de los servicios estaban asociados principalmente a universidades públicas.¹⁴

B. Acuerdo de gestación por subrogación

Aunque no existe una legislación específica sobre la materia, la doctrina mayoritaria considera válido el acuerdo de gestación subrogada, aunque no discute de forma adecuada el carácter vinculante de sus cláusulas. Salvo raras excepciones,¹⁵ los trabajos sobre el tema no abordan las distintas hipótesis de incumplimiento contractual y sus consecuencias. En la jurisprudencia no se ha identificado ningún caso en el que se haya analizado específicamente un conflicto de maternidad o la aplicabilidad de las cláusulas que limitan el ejercicio de los derechos fundamentales de la mujer embarazada. Tampoco hay ningún caso que implique la rescisión de alguna de las partes una vez concluido el acuerdo de embarazo. Quizá sea porque los procesos judiciales que tratan de la filiación o que contienen

¹³ Machin, Rosana, Mendosa, Douglas, Augusto, Maria Helena y Monteleone, Pedro Augusto, "Assisted reproductive technologies in Brazil: characterization of centers and profiles from patients treated", *JBRA Assisted Reproduction*, 24(3), 2020, pp. 235-240.

¹⁴ *Idem*.

¹⁵ Sá, Maria de Fátima y Rettore, Ana Cristina, "A gestação de substituição vista como um contrato em prol da garantia de segurança jurídica aos participantes e à criança", en Teixeira, Ana Carolina y Lima, Renata (coords.), *Contratos, família e sucessões*, Indaiatuba, Foco, 2021, pp. 141-164; Young, Beatriz, "Os contratos nas técnicas de reprodução assistida", en Barboza, Heloisa Helena, Leal, Livia y Almeida, Victor (coords.), *Biodireito*, Indaiatuba, Foco, 2021, pp. 3-18; Sá, Maria de Fátima y Lima, Taisa Maria, "Gestação de substituição: uma análise a partir do direito contratual", en Cordeiro, José Carlos y Gomes, Josiane (coords.), *Temas contemporâneos de direito das famílias*, Sao Paulo, Pílares, 2018, pp. 461-479.

datos protegidos por el derecho constitucional a la intimidad se llevan a cabo en el secreto de los tribunales. Así, las principales resoluciones judiciales accesibles se refieren a los efectos de la gestación subrogada en relación con terceros, como el acta de nacimiento en caso de denegación por parte del Registro Civil,¹⁶ la ampliación de la cobertura del plan de salud privado de los beneficiarios de la reproducción asistida a la persona subrogada¹⁷ y la concesión del permiso de maternidad a favor de la misma.¹⁸

II. Gratuidad de la gestación subrogada

Según la Resolución 2.294/2021, la gestación subrogada no puede tener carácter lucrativo o comercial,¹⁹ siguiendo la posición adoptada desde la Resolución 1.358/1992. En efecto, se afirma que la persona embarazada se ve impedida de percibir una remuneración por el compromiso asumido de llevar a cabo la gestación a favor de otra.

La corriente dominante subraya que la gratuidad de la gestación subrogada se basa en la prohibición constitucional de la comercialización de

¹⁶ Tribunal de Justicia del Estado de Bahía, Condado de Camaçari, Juicio Primero de Familia, Autos del Proceso 0501663-67.2015.8.05.0039, jueza Fernanda Karina Vasconcelos Símaro, juzgado el 4 de junio de 2020; Tribunal de Justicia del Estado de São Paulo, Condado de São Paulo, Juicio Segundo de Registros Públicos, Autos del Proceso 1028191-10.2015.8.26. 0100, juez Marcelo Benacchio, juzgado el 13 de julio de 2015; Tribunal de Justicia del Estado de Santa Catarina, Condado de Florianópolis, Juicio Primero de Familia, Autos del Proceso 0800779-46.2013.8.24. 0090, juez Luiz Cláudio Broering, juzgado el 30 de julio de 2014; Tribunal de Justicia del Estado de Río Grande do Sul, Condado de Passo Fundo, Juicio Segundo de Familia, Autos del Proceso 0011127-22.2014.8.21.0021, juez Luís Christiano Enger Aires, juzgado el 13 de junio de 2014.

¹⁷ Tribunal de Justicia del Estado de Bahía, Sala Primera de Derecho Civil, Recurso de Apelación 0565681-17.2015.8.5.0001, magistrada ponente Maria de Lourdes Pinho Medauar, juzgado el 8 de marzo de 2021; Tribunal de Justicia del Estado de Mato Grosso, Sala Cuarta de Derecho Privado, Recurso Interlocutorio 1000482-50. 2020.8.11.0000, magistrado ponente Serly Marcondes Alves, juzgado el 29 de abril de 2020; Tribunal de Justicia del Estado de Sao Paulo, Sala Quinta de Derecho Privado, Recurso de Apelación 1037161-31.2017.8.26.0002, magistrado ponente Monaco da Silva, juzgado el 9 de mayo de 2018.

¹⁸ Tribunal Superior de Justicia, Sala Segunda, Recurso Especial 1.437.773, magistrado ponente Og Fernandes, juzgado el 3 de agosto de 2015; Tribunal de Justicia del Estado de Sao Paulo, Sala Segunda de Derecho Público, Recurso de Apelación 1038389-82.2017.8.26.0053, magistrado ponente Carlos Von Adamek, juzgado el 2 de mayo de 2018; Tribunal de Justicia del Estado de Minas Gerais, Quinta Sala de Derecho Civil, Recurso de Apelación 1.0000.19.161128-4/001, magistrado ponente Renato Dresh, juzgado el 12 de marzo de 2020.

¹⁹ Consejo Federal de Medicina, Resolución 2.294/2021, sección VII, inciso 2.

órganos, tejidos y sustancias humanas para su trasplante, tratamiento o investigación.²⁰ Incluso hay quienes señalan que la prohibición constitucional impide la gestación en sustitución en cualquiera de sus modalidades, gratuita u onerosa.²¹ Nos parece que estas posturas revelan un malentendido sobre el objeto del acuerdo de gestación subrogada, ya que ésta no implica ni la extirpación ni la transmisión de la propiedad de ninguna parte del cuerpo humano, descartando así la incidencia de la prohibición constitucional.²²

Los beneficiarios de la gestación subrogada no tienen ninguna injerencia directa e inmediata, fáctica o jurídica, en las estructuras y funciones del cuerpo de la persona que se comprometió a mantener el embarazo. En otras palabras, lo que está en juego no es la cesión, disposición o uso del útero de una mujer, sino la conducta de la persona que se compromete a llevar a término un embarazo integrado en el proyecto parental de otra. El acuerdo de subrogación regula el comportamiento de los implicados, no una estructura o función del cuerpo humano. A su vez, una corriente minoritaria advierte que no existe obstáculo legal para el establecimiento de una remuneración a favor de la persona gestante subrogada, no siendo, en consecuencia, una entidad de clase autorizada para restringir el derecho subjetivo de quien no integra la categoría profesional.²³

²⁰ El artículo 199, § 4, de la Constitución de la República establece que "la ley dispondrá sobre las condiciones y requisitos que faciliten la extracción de órganos, tejidos y sustancias humanas con fines de trasplante, investigación y tratamiento, así como la extracción, procesamiento y transfusión de sangre y sus derivados, quedando prohibido cualquier tipo de comercialización". Sobre el tema, Barboza, Heloisa Helena, *A filiação em face da inseminação artificial e da fertilização in vitro*, Rio de Janeiro, Renovar, 1993, pp. 87-96; Lima Neto, Francisco, "A maternidade de substituição e o contrato de gestação por outrem", en Santos, Maria Celeste (coord.), *Biodireito, Revista dos Tribunais*, São Paulo, 2001, pp. 120-146; Brauner, Maria Claudia, "Novas tecnologias reprodutivas e projeto parental", *Revista Trimestral de Direito Civil*, 12, 2002, pp. 237-252; Teixeira, Ana Carolina, "Conflito positivo de maternidade e a utilização do útero de substituição", en Casabona, Carlos María y Queiroz, Juliane (coords.), *Biotechnologia e suas implicações ético-jurídicas*, Belo Horizonte, Del Rey, 2005, pp. 309-323; Scalquette, Ana Claudia, *Estatuto da reprodução assistida*, São Paulo, Saraiva, 2012, pp. 194-200; Gozzo, Débora, "A mercantilização da pessoa humana na maternidade de substituição", en Scalquette, Ana Claudia y Camillo, Carlos Eduardo (coords.), *Direito e medicina*, São Paulo, Atlas, 2015, pp. 56-57.

²¹ Ferraz, Sergio, *Manipulações biológicas e princípios constitucionais*, Porto Alegre, Safe, 1991, pp. 52-61; Meirelles, Jussara, *op. cit.*, pp. 81-6; Gama, Guilherme, *op. cit.*, pp. 852-63.

²² Leite, Eduardo, "Procriações artificiais e o direito", *Revista dos Tribunais*, 1995, p. 404.

²³ Rizzardo, Arnaldo, "Fecundação artificial", *Ajuris* 52, 1991, pp. 62-79; Otero, Marcelo, "Contratos de gestação por outrem gratuitos e onerosos", en Teixeira, Ana Carolina y Dadalto, Luciana (coords.),

La Resolución 2.294/2021 también establece que los beneficiarios de la gestación subrogada deben garantizar el tratamiento y el seguimiento médico, incluso por equipos multidisciplinarios, de ser necesario, de la persona que llevará el embarazo.²⁴ Aparentemente, no hay controversia con respecto a la necesidad de que los beneficiarios cubran tanto los gastos médicos derivados del embarazo como otros gastos asociados al correcto desarrollo del feto, a saber, los gastos relativos a la alimentación, el vestido y la vivienda de la gestante.²⁵ Se trata de un deber legal que incluso puede ser exigido judicialmente con base en la Ley 11.804/2008, que instituye la pensión alimenticia gestacional.²⁶

II. Criterios de elegibilidad para los beneficiarios de la gestación subrogada

Según la Resolución 2.294/2021, la persona interesada en realizar su proyecto parental a partir de la gestación por sustitución debe cumplir los siguientes requisitos: a) ser legalmente competente,²⁷ por haber alcanzado la edad de 18 años o haberse emancipado en los casos previstos por la ley; b) presentar una prescripción terapéutica,²⁸ y c) presentar un informe médico que acredite su idoneidad clínica y emocional.²⁹

Dos tribunais aos hospitais, Belo Horizonte, Del Rey, 2013, pp. 273-94; Sá, Maria de Fátima y Lima, Taisa Maria, *op. cit.*, pp. 461-79; Dantas, Eduardo y Chaves, Marianna, *Aspectos jurídicos da reprodução assistida*, São Paulo, GZ, 2018, pp. 145-53; Sá, Maria de Fátima y Rettore, Ana Cristina, *op. cit.*, pp. 141-64.

²⁴ Consejo Federal de Medicina, Resolución 2.294/2021, sección VII, inciso 3.4.

²⁵ Young, Beatriz, *op. cit.*, pp. 3-18.

²⁶ Según el artículo 2 de la Ley 11.804/2008, la pensión alimenticia gestacional "comprenderá las cantidades suficientes para cubrir los gastos adicionales del período de gestación y que se deriven del mismo, desde la concepción hasta el parto, incluyendo los relativos a alimentación especial, asistencia médica y psicológica, exámenes complementarios, hospitalización, parto, medicamentos y otras prescripciones preventivas y terapéuticas imprescindibles, a criterio del médico, así como otros que el juez considere pertinentes". En los términos del artículo 6, "convencido de la existencia de indicios de paternidad", por ejemplo, a partir del examen del instrumento contractual de gestación subrogada, "el juez establecerá una pensión alimenticia gestacional que durará hasta el nacimiento del hijo, ponderando las necesidades del demandante y las posibilidades del demandado".

²⁷ Consejo Federal de Medicina, Resolución 2.294/2021, sección II, inciso 1.

²⁸ *Ibidem*, sección VII, encabezado.

²⁹ *Ibidem*, sección VII, encabezado.

La prescripción terapéutica está relacionada con la comprobación de un problema médico o un obstáculo de alguna naturaleza que impida o contrarreste el embarazo. Tanto la infertilidad física como la social pueden dar lugar al uso de gestación subrogada.

Cabe destacar que la gestación subrogada puede realizarse a favor de personas solteras, casadas o que vivan en unión estable, independientemente de su sexo y orientación sexual. Asimismo, es necesario señalar que el estado civil, el género y la orientación sexual ya no interfieren en la elegibilidad de los beneficiarios de la gestación subrogada en el país. Debe notarse, sin embargo, que el CFM incluyó a las parejas del mismo sexo entre los destinatarios de las técnicas de reproducción asistida sólo a partir de la Resolución 2.013/2013, en observancia de la decisión del Supremo Tribunal Federal (STF), el cual, mediante un control concentrado de constitucionalidad, calificó la unión estable homosexual como una entidad familiar para todos los efectos legales. En aquel momento, el STF afirmó que "el sexo de las personas, de no mediar previsión constitucional expresa o implícita que indique lo contrario, no se presta a desigualdad jurídica".³⁰ También afirmó que "el uso concreto de la sexualidad forma parte de la autonomía de la voluntad de las personas", debido al "reconocimiento del derecho a la preferencia sexual como emanación directa del principio de dignidad humana".³¹

III. Criterios de elegibilidad para la gestante subrogada

Según la Resolución 2.294/2021, la eventual gestante debe cumplir los siguientes requisitos: *a)* ser legalmente competente,³² por haber cumplido 18 años o estar emancipada en los casos previstos por la ley; *b)* tener

³⁰ Supremo Tribunal Federal, acción directa de inconstitucionalidad 4.277, juez ponente Ayres Brito, juzgada el 5 de mayo de 2011.

³¹ *Idem*.

³² Consejo Federal de Medicina, Resolución 2.294/2021, sección II, inciso 1.

hasta 50 años de edad, preferentemente;³³ c) tener parentesco de hasta cuarto grado con alguno de los creadores del proyecto parental, preferentemente;³⁴ d) tener al menos un hijo vivo;³⁵ e) presentar un informe médico que acredite su aptitud clínica y emocional,³⁶ y f) presentar autorización de su cónyuge o pareja, si está casada o vive en unión estable.³⁷

El requisito *b* no es absoluto. La Resolución 2.013/2013 estableció un límite de edad para el uso de técnicas de reproducción asistida, considerando los riesgos para la salud de la gestante y la viabilidad del embarazo. Anteriormente no existía ninguna limitación de esta índole. El establecimiento de una edad máxima para que las personas pudieran someterse a un embarazo por reproducción asistida se consideró una violación del derecho constitucional a la libre planificación familiar,³⁸ lo que llevó a la modificación de la norma con la atenuación de la previsión.

En la actual Resolución 2.294/2021, el límite de edad admite la excepción en casos justificados, respetando la autonomía de la persona que llevará el embarazo. Para ello, el médico responsable debe aclararle los riesgos que conlleva la situación y certificar la ausencia de comorbilidades, y posteriormente obtener su autorización para el procedimiento.

³³ *Ibidem*, sección I, inciso 3.

³⁴ *Ibidem*, sección VII, inciso 1.

³⁵ *Ibidem*, sección VII, inciso 1.

³⁶ *Ibidem*, sección VII, inciso 3.2.

³⁷ *Ibidem*, sección VII, inciso 3.6.

³⁸ Dantas, Eduardo y Chaves, Marianna, *op. cit.*, pp. 45-7. A modo de ejemplo, el Tribunal Regional Federal de la Primera Región en un recurso contra una decisión que admita la realización de un tratamiento de reproducción asistida mediante ovodonación en una paciente de 53 años, señaló que "la generalización del límite de edad establecido en la Resolución 2 del CFM 103/2013, si bien demuestra la preocupación del Consejo Federal de Medicina con los riesgos y problemas derivados de la concepción tardía, desconoce las peculiaridades de cada individuo y no puede servir de obstáculo para el ejercicio del derecho a la planificación familiar, afectando, en última instancia, a la dignidad de la persona humana", Tribunal Regional Federal de la Primera Región, Recurso Interlocutorio 0055717-41.2014.4.01.000, jueza relatora federal Maria do Carmo Cardoso, juzgado el 9 de diciembre de 2014.

También conviene tener en cuenta que la edad de la persona gestante es un factor relevante al definir el número de embriones que pueden transferirse en cada intento de embarazo: hasta los 37 años, uno o dos embriones; a partir de los 38 años, hasta tres embriones.³⁹ En el caso del cribado genético, se pueden transferir hasta dos embriones euploides, independientemente de la edad.⁴⁰

El requisito *c* también puede flexibilizarse. Con carácter excepcional, se podrá prescindir del requisito del vínculo familiar entre la gestante y uno de los creadores del proyecto parental, previa autorización del respectivo Consejo Regional de Medicina. En la práctica se han concedido solicitudes de esta naturaleza sin mayores aclaraciones sobre sus motivos, lo que puede generar cierta inseguridad jurídica.

El requisito *d* es nuevo, introducido por la Resolución 2.294/2021. La experiencia de un embarazo anterior permite a la persona gestante estimar y comprender mejor el significado y el alcance de la empresa en la que pretende colaborar y los respectivos compromisos adquiridos, especialmente en lo que respecta a la entrega del recién nacido a los beneficiarios de la gestación subrogada.

Por último, el requisito *f* no debe entenderse, desde un punto de vista estrictamente jurídico, como una verdadera autorización, ya que el cónyuge o pareja no tiene el control sobre la gestión del cuerpo de la mujer.⁴¹ Para llevar a cabo la gestación subrogada basta con que se demuestre que su cónyuge o pareja está consciente de su participación en el procedimiento; en caso contrario, no se le podrá exigir, quedando salvaguardado, así, el interés legítimo del cónyuge o pareja a la vista de las presunciones legales que guían el establecimiento de la paternidad de los nacidos durante el matrimonio, extensible a la unión estable.

³⁹ Consejo Federal de Medicina, Resolución 2.294/2021, sección I, inciso 7.

⁴⁰ *Idem*.

⁴¹ Dantas, Eduardo y Chaves, Marianna, *op. cit.*, p. 158.

IV. Uso de gametos o embriones de terceros

Los comitentes pueden utilizar gametos o embriones de terceros en la gestación subrogada, siempre y cuando no hayan sido obtenidos mediante transacciones comerciales.⁴² Salvo en los casos de donaciones entre parientes hasta el cuarto grado,⁴³ los donantes no deben conocer la identidad de los receptores y viceversa.⁴⁴ No obstante, por necesidades diagnósticas o terapéuticas del niño o niña, la información sobre los donantes se facilitará exclusivamente al médico, salvaguardando la identidad civil del donante.⁴⁵

C. Filiación en la gestación subrogada

En nuestra apreciación, al momento del nacimiento no se establece ningún vínculo de paternidad entre la persona gestante y el hijo nacido o hija nacida de la gestación por sustitución.⁴⁶ Los padres del recién nacido son los comitentes de la gestación, los cuales pueden proceder de inmediato a declarar el nacimiento a efectos de levantar el acta respectiva en el Registro Civil, independientemente de la autorización judicial previa u otra medida administrativa, según la Disposición del Consejo Nacional de Justicia 63/2017, modificada por la Disposición 83/2019.

⁴² Consejo Federal de Medicina, Resolución 2.294/2021, sección IV, inciso 1.

⁴³ Hasta mediados de 2021, en virtud de la Resolución 2.168/2017, actualmente derogada, la exigencia de anonimato entre donantes y receptores abarcaba todos los procedimientos de reproducción asistida, lo que hacía inviable la gestación subrogada tradicional. Hoy en día ya no existe ningún obstáculo para esta modalidad, siempre que la gestante, también donante de óvulos, esté emparentada hasta el cuarto grado con uno de los beneficiarios de la reproducción asistida.

⁴⁴ Consejo Federal de Medicina, Resolución 2.294/2021, sección IV, inciso 2. A la persona cuya concepción se origina a partir de esta técnica, se le garantiza el conocimiento de su ancestro genético, a partir de la interpretación, por analogía, del artículo 48 Ley 8.069/1990 (Estatuto del Niño y del Adolescente), sin que ello importe el reconocimiento de cualquier vínculo de parentesco. *Cfr.* Lobo, Paulo, "Direito ao estado de filiação e direito à origem genética: uma distinção necessária", en Pereira, Rodrigo (coord.), *Afeto, ética, família e o novo Código Civil*, Belo Horizonte, Del Rey, 2004, pp. 505-530.

⁴⁵ Consejo Federal de Medicina, Resolución 2.294/2021, sección IV, inciso 4.

⁴⁶ Rizzardo, Arnaldo, *Direito de família*, Rio de Janeiro, Forense, 2019, p. 452.

En el caso de la reproducción asistida, la doctrina y la jurisprudencia admiten que la definición de filiación tiene su origen en la voluntad procreacional,⁴⁷ comprendida en el ámbito de incidencia del artículo 1593 del Código Civil, que permite establecer la paternidad más allá de la basada en la consanguinidad.⁴⁸ Resulta decisivo para la constitución de la paternidad la exteriorización de la voluntad de quien deseó el hijo o la hija, materializada en la planificación de la gestación y en la utilización de los recursos adecuados para llevarla a buen término, incluso contando con la colaboración de una tercera persona que ofrece el material para ser fecundado o implantado, o que lleva adelante el embarazo.⁴⁹

Cabe señalar que no existe ninguna disposición expresa sobre la determinación de la maternidad en el Código Civil.⁵⁰ Salvo en los casos de adopción, reproducción asistida y posesión de la condición de hijo o hija, se acepta que la maternidad se establece a partir del embarazo y el posterior parto. Sin embargo, la definición de la paternidad dependerá del estado civil de la mujer que dio a luz. Si está casada o vive en unión estable, la paternidad, basada en un sistema de presunciones, se atribuirá a su marido o pareja, siguiendo lo dispuesto en el artículo 1597 del Código Civil. Si no está casada o no vive en unión estable, la paternidad

⁴⁷ *Ibidem*, pp. 455-456.

⁴⁸ En la doctrina, *cfr.* Fachin, Luiz, *Comentários ao novo Código Civil*, Rio de Janeiro, Forense, 2012, pp. 17-18; Almeida, Renata y Rodrigues Júnior, Walsir, *Direito civil: famílias*, Sao Paulo, Atlas, 2012, pp. 90-91; Nanni, Giovanni *et al.*, *Comentários ao Código Civil*, Sao Paulo, Saraiva, 2019, p. 1219; Teixeira, Ana Carolina y Tepedino, Gustavo, *Direito de família*, Rio de Janeiro Forense, 2020, pp. 202-203; Lobo, Paulo, *Direito civil: famílias*, São Paulo, Saraiva, 2021, p. 95; Peluso, Cezar *et al.*, *Código Civil comentado*, Barueri, Manole, 2021, p. 1712. En la jurisprudencia, *cfr.* Tribunal Superior de Justicia, Sala Tercera, Recurso Especial 1.608.005, magistrado ponente Paulo de Tarso Sanseverino, juzgado el 14 de mayo de 2019.

⁴⁹ Madaleno, Rolf, *Direito de família*, Rio de Janeiro, Forense, 2021, pp. 599-601; Gama, Guilherme, "As famílias brasileiras: mudanças e perspectivas frente aos avanços médicos e biotecnológicos", en Barboza, Heloisa Helena, Silva, Eduardo y Almeida, Vitor (coords.), *Biotecnologia e relações familiares*, Rio de Janeiro, Processo, 2021, pp. 100-101; Teixeira, Ana Carolina, *op. cit.*, pp. 316-321.

⁵⁰ En el Congreso Nacional se está tramitando una propuesta legislativa que pretende suplir la carencia, determinando que la maternidad se presumirá por gestación, pero, en los casos de reproducción asistida, se establecerá a favor de quien aportó el material genético o, quien, habiendo planificado la gestación, utilizó una técnica de reproducción asistida heteróloga. Se trata del Proyecto de Ley 5768/2019.

resultará del acto espontáneo del padre, atendiendo a lo dispuesto en los artículos 1607 y 1609 del Código Civil. En caso de negación del presunto padre, una demanda de investigación de la paternidad será la medida adecuada para su identificación, según la Ley 8.560/1992.

I. Declaración de nacimiento vivo

Todo nacimiento vivo que ocurra en el país condiciona la emisión de, precisamente, una declaración de nacimiento vivo, en los términos de la Ley 12.662/2012. Es un documento estandarizado de uso obligatorio, con un número de identificación nacional unificado, que reúne información sobre las características del recién nacido y datos relativos al parto y al embarazo, con el fin de contribuir al desarrollo de políticas públicas y a la elaboración del acta de nacimiento en el Registro Civil.

La declaración de nacimiento vivo, emitida por un profesional sanitario responsable del seguimiento del embarazo, del parto o del recién nacido, deberá contener, entre otras cosas i) nombre y sexo del niño; ii) fecha, hora y lugar de nacimiento; iii) información sobre anomalías congénitas, cuando proceda; iv) información sobre gestación múltiple, cuando proceda, además de los datos relativos al control prenatal y al tipo de parto; v) nombre, lugar de nacimiento, educación, profesión, dirección de residencia de la madre y su edad al momento del parto, y vi) nombre del padre.

Como el documento no contempla el uso de técnicas de reproducción asistida, no ofrece un espacio adecuado para señalar a los autores del proyecto parental, en caso de gestación por sustitución. De hecho, no es de extrañar que las instrucciones para rellenar el formulario normalizado indiquen que el nombre y otros datos de la parturienta deben introducirse en el campo reservado a la madre del recién nacido y el nombre de su marido o de quien ella indique en el campo del padre.⁵¹

⁵¹ Salaroli, Marcelo y Camargo Neto, Mario, *Registro civil das pessoas naturais*, Indaiatuba, Foco, 2020, pp. 124-131.

Debido a que la información contemplada en el certificado de nacimiento vivo no vincula al funcionario del Registro Civil, éste puede recurrir a otros medios para obtener los elementos necesarios para la transcripción del certificado de nacimiento, especialmente en lo que respecta a la determinación de la filiación.⁵² A propósito, el Tribunal de Justicia del Estado de São Paulo, en los registros de la Apelación Civil 1.010.476-13.2019.8.26.0003, reconoció que para subsidiar el registro civil de nacimiento no es necesario rectificar la declaración de nacimiento vivo, indicando, en el campo apropiado para señalar a la madre del recién nacido, el nombre de quien encarga la gestación por sustitución y no el de la parturienta. Señaló que la oficina del Registro Civil, en el certificado de nacimiento, registrará la maternidad únicamente a favor de la beneficiaria de la gestación por sustitución, prescindiendo de la información de la parturienta en la declaración de nacido vivo, de acuerdo con la Disposición 63/2017.⁵³

Cabe señalar que una copia de la declaración de nacimiento vivo quedará archivada en el Registro Civil donde se inscriba el nacimiento. Así, el nacido en virtud de la gestación subrogada, previa solicitud, podrá acceder al contenido íntegro del documento, que tendrá información sobre la persona que dio a luz.

II. Registro civil de nacimiento

Considerando la amplia aceptación doctrinal y jurisprudencial de la reproducción asistida como fundamento fáctico para el establecimiento de la filiación, en virtud del artículo 1593 del Código Civil, el Consejo Nacional de Justicia (CNJ), haciendo uso de sus facultades, publicó, el 14 noviembre 2017, la Disposición 63/2017, destinada a normalizar

⁵² *Ibidem*, pp. 112-113.

⁵³ Tribunal de Justicia del Estado de Sao Paulo, Sala Cuarta de Derecho Privado, Recurso de Apelación 1.010.476-13.2019.8.26.0003, magistrado ponente Natan Zelinski Arruda, juzgado el 5 de febrero de 2020.

el registro de nacimiento de los niños nacidos por técnicas de reproducción asistida, así como otras disposiciones.⁵⁴

Según el artículo 16 de la Disposición 63/2017, el registro del nacimiento de los niños nacidos por gestación subrogada no depende de autorización judicial previa, basta con que los beneficiarios de la reproducción asistida acudan al Registro Civil competente con los siguientes documentos: *i*) declaración de nacimiento de hijo vivo (artículo 17, I); *ii*) declaración, con firma notarial del director de la clínica, centro o servicio de reproducción humana en el que se realizó la gestación subrogada, indicando el hijo gestado y los beneficiarios de la reproducción asistida (artículo 17, II); *iii*) término firmado con ocasión de la ejecución del acuerdo de gestación de sustitución, en el que los beneficiarios de la reproducción asistida y la persona que llevará el embarazo establecen claramente la cuestión de la filiación (artículo 17, § 1), y *iv*) certificado de matrimonio, certificado de conversión de la unión estable en matrimonio, escritura pública de unión estable o sentencia en la que se reconoció la unión estable de la pareja, en su caso (artículo 17, III).

El funcionario del Registro Civil examinará los documentos presentados, y extraerá de ellos los elementos necesarios para redactar el acta de nacimiento.⁵⁵ En virtud del artículo 17, § 1, de la Disposición 63/2017, el nombre de la mujer que da a luz, informado en la declaración de nacimiento vivo, no constará en el registro, figurando sólo los beneficiarios

⁵⁴ Creado por la Enmienda Constitucional 45, del 30 de diciembre de 2004, el CNJ es un órgano que controla la actuación administrativa del Poder Judicial. Está compuesto por 15 miembros con un mandato de dos años, entre los que hay representantes de la judicatura, la fiscalía, la abogacía y la sociedad civil con notorios conocimientos jurídicos. Entre sus atribuciones está la emisión de actos normativos destinados a mejorar el sistema judicial, incluyendo las actividades de los servicios notariales y registrales. El alcance del poder normativo del CNJ es objeto de controversia. Sin embargo, puede afirmarse que los actos reglamentarios no pueden innovar el ordenamiento jurídico ni restringir los derechos y garantías fundamentales. Sirven, sobre todo, para operativizar o normalizar la aplicación de los mandatos legales en función de determinados hechos o situaciones concretas. Cabe señalar que los servicios notariales y de registro se ejercen de manera privada y por delegación del Poder Ejecutivo, pero son supervisados por el Poder Judicial, de acuerdo con el artículo 236 de la Constitución de la República.

⁵⁵ Salaroli, Marcelo y Camargo Neto, Mario, *op. cit.*, pp. 124-131.

de la reproducción asistida en el campo destinado a la filiación. El establecimiento de la paternidad y de la maternidad tendrá en cuenta la cláusula firmada a este respecto, en el momento de la celebración del acuerdo de gestación subrogada, entre los beneficiarios de la reproducción asistida y la persona que llevó el embarazo.

Es importante aclarar que el término en cuestión no es el resultado de una negociación sobre el estatuto de filiación. Esto debido a que la filiación tiene su origen en la iniciativa de quienes recurrieron a la reproducción asistida para llevar a cabo su proyecto parental. Así pues, el término sólo sirve para probar el hecho que dio lugar a la filiación, que es incluso anterior al propio acuerdo de gestación de la sustitución, desvinculando la maternidad, en sentido jurídico, del embarazo y el parto. En el caso de un hijo o hija de pareja del mismo sexo, el acta de nacimiento podrá incluir los nombres de los ascendientes, sin referencia a la distinción de la ascendencia paterna o materna, en virtud del artículo 16, párrafo 2, de la Disposición 63/2017.

Cabe destacar que el registro de nacimiento no hará referencia a la gestación subrogada, debido a lo dispuesto en el artículo 227, § 6, de la Constitución de la República, que prohíbe cualquier designación discriminatoria en cuanto a la filiación, debido a la igualdad entre los hijos.⁵⁶ No obstante, la persona nacida en virtud de la gestación de sustitución, previa solicitud, podrá acceder al contenido íntegro de los documentos que sustentaron la elaboración del acta de nacimiento, los cuales permanecerán archivados en el Registro Civil, en cumplimiento del artículo 17, número 2, de la Disposición 63/2017.

D. Agencias de intermediación

No existe una legislación específica sobre la actuación de las agencias centradas en la mediación de los interesados en la gestación subrogada. No constituye una actividad prohibida, pero no se ha encontrado evidencia

⁵⁶ *Ibidem*, p. 133.

del funcionamiento regular de ninguna agencia de esta naturaleza que se proponga habilitar la gestación subrogada en el país. Se considera que la actuación de los intermediarios se ve perjudicada debido al carácter altruista de la gestación subrogada y, especialmente, del requisito relativo al parentesco entre la gestante y uno de los beneficiarios de la reproducción asistida.

En Brasil, sin embargo, hay publicidad destinada a captar clientes para la gestación subrogada internacional, que se realiza sobre todo en Estados Unidos de América, Ucrania, Georgia y Rusia. Los anuncios, principalmente en medios digitales, son promovidos por agencias y clínicas extranjeras, pero al menos una de ellas, la israelí Tammunz, cuenta con una oficina en la ciudad de São Paulo.

E. Criminalización

En el derecho penal brasileño no hay ningún delito específicamente asociado con la gestación subrogada.⁵⁷ Tampoco se encontraron pruebas de investigaciones o procedimientos penales iniciados por cualquier motivo por la práctica de la misma. Sin embargo, desde el punto de vista administrativo, aquellos médicos que no observen la legislación o las directivas deontológicas en materia de reproducción asistida, incluida la gestación subrogada, cometerán una falta disciplinaria, serán sancionados desde con un apercibimiento hasta con la revocación de la licencia profesional.⁵⁸

F. Acuerdos internacionales sobre gestación subrogada

No existe ninguna normativa específica sobre los acuerdos de gestación subrogada celebrados en el extranjero. Deben examinarse a la luz de las

⁵⁷ Chaves, Marianna, "Gestacional surrogacy in Portugal and Brazil", en Sills, Scoot (ed.), *Handbook of gestacional surrogacy*, Cambridge, Cambridge University Press, 2016, pp. 229-231.

⁵⁸ Veloso, Genival, *Comentários ao código de ética médica*, Río de Janeiro, Guanabara Koogan, 2019; Dantas, Eduardo y Coltri, Marcos, *Comentários ao código de ética médica*, Río de Janeiro, GZ, 2010.

normas generales del derecho internacional privado brasileño, consolidadas, especialmente, en la Ley de Introducción a las Normas de Derecho Brasileño (LINDB).

El artículo 7 de la LINDB establece que la ley del país de residencia de la persona determina las normas de los derechos de familia. Sucede que la disposición es escueta, y no es suficiente para resolver los problemas de filiación, especialmente cuando se cuestiona la maternidad o la paternidad. Desde la perspectiva del derecho civil brasileño, el domicilio del niño o niña se fija según el domicilio de sus padres. En efecto, si se discute la filiación, no se puede asignar al niño o niña el domicilio de alguien que no sea su padre o su madre. La solución parece ser aplicar la ley más favorable al niño o niña.⁵⁹ Además, según lo dispuesto en el artículo 17 de la LINDB, las leyes y sentencias de otro país, así como los contratos y otras declaraciones de voluntad, no tendrán efecto en Brasil cuando ofendan la soberanía nacional, el orden público y las buenas costumbres.

I. Registro de nacimiento

Según el artículo 18 de la LINDB, la autoridad consular es competente para registrar el nacimiento del hijo de padre brasileño o de madre brasileña ocurrido en el país donde se encuentra la oficina consular. Para ello, el demandante brasileño debe presentar el certificado de nacimiento extranjero en el que conste como padre o madre del niño, de acuerdo con la Ordenanza 457/2010, del Ministerio de Asuntos Exteriores.

El certificado de nacimiento extranjero servirá como prueba de nacimiento y filiación, incluso si el niño fue concebido por reproducción asistida.⁶⁰

⁵⁹ Dolinger, Jacob, *A criança no direito internacional*, Río de Janeiro, Renovar, 2003, pp. 66-67. En el mismo sentido, Mazzuoli, Valerio, *Curso de direito internacional privado*, Río de Janeiro, Forense, 2021, pp. 352-353.

⁶⁰ En el caso del registro consular del nacimiento del hijo de dos personas del mismo sexo, la Ordenanza 457/2010 advierte que la autoridad consular no tendrá en cuenta el método de fecundación ni el uso de la gestación de sustitución. No hay noticias de brasileños que hayan tenido dificultades para registrar el nacimiento de un niño nacido de una gestación subrogada.

Por lo tanto, siempre que el país extranjero emita un certificado de nacimiento en el que conste la filiación a favor de los beneficiarios de la gestación subrogada,

no habría razón para que la autoridad consular brasileña se extralimitara en sus funciones cuestionando la validez jurídica de un contrato que no afecta directamente al acto bajo su responsabilidad: el registro de nacimiento válido en el lugar donde fue emitido, en base al cual elaborará el registro consular de nacimiento brasileño.⁶¹

Es oportuno señalar que el acta de nacimiento del registro consular debe ser trasladada a Brasil, de acuerdo con el artículo 32 de la Ley de Registros Públicos (Ley 6.015/1973), para tener todos los efectos en el territorio nacional.

II. Obtención de la nacionalidad brasileña

El registro consular del nacimiento de un niño nacido en el extranjero de padre o madre brasileños es suficiente para conferir la nacionalidad brasileña originaria al recién nacido, en los términos del artículo 12 de la Constitución. A continuación, la autoridad consular está autorizada para expedir el documento de viaje brasileño a nombre del niño o niña registrado, de acuerdo con la Ordenanza 457/2010, del Ministerio de Relaciones Exteriores.

III. Homologación de la sentencia extranjera

En Brasil, el Tribunal Superior de Justicia (STJ) es competente para homologar las sentencias extranjeras, debiendo verificar la ausencia de ofensa

⁶¹ Del'olmo, Florisbal, "Barriga de aluguel no exterior e a aquisição da nacionalidade brasileira", *Revista Brasileira de Direito Animal* 22, 2016, p. 192. En el mismo sentido, Araújo, Nadia, Vargas, Daniela y Martel, Leticia, "Gestação de substituição: regramento no direito brasileiro e seus aspectos de direito internacional privado", en Baptista, Luiz, Ramina, Larissa y Friedrich, Tatyana (coords.), *Direito internacional contemporâneo*, Curitiba, Juruá, 2014, p. 502.

manifiesta al orden público. En algunos casos, una sentencia extranjera que establezca la filiación debido a un acuerdo oneroso de subrogación gestacional podría considerarse contraria al orden público. Aunque no haya examinado ningún caso en estas circunstancias, se estima que el STJ no dejaría de homologar la sentencia extranjera, teniendo como razón determinante la prevalencia del principio del interés superior del niño,⁶² con base en el artículo 227 de la Constitución de la República.

G. Conclusión

La regulación actual de la gestación subrogada resulta inadecuada desde varios puntos de vista:

- 1) Carece de legitimidad democrática porque no resulta de un posible consenso construido en el seno del Poder Legislativo, teniendo en cuenta la pluralidad de valores y la diversidad que caracteriza a la población brasileña.
 - a) Hay quienes señalan que el Consejo Federal de Medicina se extralimita en sus atribuciones al regular el acceso de los usuarios y algunas de las repercusiones jurídicas de la reproducción asistida.
 - b) Hay quienes señalan que el Consejo Nacional de Justicia innova el ordenamiento jurídico en la extensión de su competencia al dictar normas destinadas a normalizar el registro de nacimiento de los niños nacidos de la reproducción asistida.
- 2) Provoca inseguridad jurídica porque varias cuestiones no encuentran una previsión explícita, como las consecuencias de las diversas hipótesis de incumplimiento del pacto de gestación, el carácter

⁶² Araújo, Nadia, Vargas, Daniela y Martel, Leticia, *op. cit.*, p. 502.

vinculante de las cláusulas contractuales que restringen el ejercicio del derecho de la personalidad de la persona gestante, la definición de la maternidad con base en criterios evidentes, dejando así la solución de los eventuales litigios a merced del elevado esfuerzo argumentativo de los implicados y de la idiosincrasia de jueces y tribunales.

Por lo tanto, es nuestra opinión que una legislación en sentido formal sobre la gestación subrogada es una medida necesaria.

Desde 1993 es posible identificar proyectos de ley sobre reproducción asistida en discusión en el Congreso Nacional.⁶³ Actualmente está en curso en la Cámara de Diputados el Proyecto de Ley 1.184/2003, originado en el Proyecto de Ley 90/1999 aprobado en el Senado federal. A ella se unieron otros 21 proyectos de ley, entre los cuales cuatro abordan expresamente la gestación subrogada, con líneas orientadoras divergentes. De esta forma, al primer trimestre de 2022, hay 22 propuestas legislativas sobre aspectos de la reproducción asistida en curso en el Congreso Nacional, sin buenas perspectivas para su aplicación en el corto plazo.

En el Proyecto de Ley 1.184/2003 se considera un delito participar en la gestación subrogada en la condición de beneficiario, intermediario o ejecutor de la técnica, siendo el infractor castigado con pena de prisión de uno a tres años y multa. Los proyectos de ley restantes autorizan su práctica. Tanto el Proyecto de Ley 2855/1997 como el 1.135/2003 siguen, con algunas modificaciones, las disposiciones de la derogada Resolución 1.358/1992 del CFM. En resumen, admiten la gestación de sustitución, en la modalidad altruista, por un problema médico que

⁶³ El Proyecto de Ley 3.638/1993 fue la primera propuesta en el proceso legislativo de la Cámara de Diputados que llegó al Senado Federal en 2007. El proyecto de ley admitía la gestación de la sustitución previa comprobación de un problema médico que impidiera o contraindicara la gestación del donante genético. Además, la práctica no debe tener carácter lucrativo o comercial, exigiéndose también una relación de parentesco hasta de segundo grado entre el candidato y el creador del proyecto parental. El Proyecto de Ley 3.638/1993 se limitó a seguir las disposiciones de la Resolución 1.358/1992, del Consejo Federal de Medicina, que estaba en vigor.

impide la gestación de la donante genética y la persona que soportará el embarazo debe pertenecer a su familia. Los proyectos de ley 4892/2012 y 115/2015 son idénticos en cuanto a la gestación subrogada, innovando, en cierta medida, la disciplina en la materia. Se permite la gestación subrogada en los casos en los que se identifique algún factor de salud que impida o contraindique la gestación por uno de los cónyuges, compañeros o persona en tratamiento. La candidata a gestante debe pertenecer a la familia de uno de los beneficiarios de la reproducción asistida, con parentesco hasta de segundo grado. La gestación subrogada no debe tener carácter lucrativo o comercial, considerándose un delito el cobro de una remuneración por la persona que soporta el embarazo, so pena de prisión de dos a cinco años y multa. La principal novedad se refiere a la exigencia de homologación judicial del acuerdo de gestación, antes del procedimiento médico de transferencia embrionaria. En ausencia de homologación, el acuerdo se considera nulo y la persona que lleva el embarazo es considerada, para todos los efectos legales, la madre del niño que va a nacer. También establece un procedimiento de registro civil del nacimiento, sin intervención judicial.

Como se puede ver, incluso los proyectos de ley son bastante modestos en lo que se refiere a la gestación subrogada, dejando abierta una serie de preguntas, teniendo en cuenta el estado actual del conocimiento sobre la práctica y los innumerables problemas que se han reportado a partir de la experiencia extranjera.

Bibliografía

Agencia Nacional de Vigilancia Sanitaria, *Relatório do Sistema Nacional de Produção de Embriões*, Brasilia, Agencia Nacional de Vigilancia Sanitaria, 2019.

Almeida, Renata y Rodrigues Júnior, Walsir, *Direito civil: famílias*, São Paulo, Atlas, 2012.

Araújo, Nadia, Vargas, Daniela y Martel, Leticia, "Gestação de substituição: regramento no direito brasileiro e seus aspectos de direito internacional privado", en Baptista, Luiz, Ramina, Larissa y Friedrich, Tatyana (coords.), *Direito internacional contemporâneo*, Curitiba, Juruá, 2014.

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

Barboza, Heloisa Helena, "Direito à procriação e as técnicas de reprodução assistida", en Leite, Eduardo, *Grandes temas da atualidade: bioética e biodireito*, Río de Janeiro, Forense, 2004.

Brauner, Maria Claudia, "Novas tecnologias reprodutivas e projeto parental", *Revista Trimestral de Direito Civil*, 12, 2002.

Brauner, Maria Claudia, *Direito, sexualidade e reprodução humana*, Río de Janeiro, Renovar, 2003.

Chaves, Marianna, "Gestacional surrogacy in Portugal and Brazil", en Sills, Scoot (ed.), *Handbook of Gestacional Surrogacy*, Cambridge, Cambridge University Press, 2016.

Dantas, Eduardo y Chaves, Marianna, *Aspectos jurídicos da reprodução assistida*, Sao Paulo, GZ, 2018.

Dantas, Eduardo y Coltri, Marcos, *Comentários ao código de ética médica*, Río de Janeiro, GZ, 2010.

Del'olmo, Florisbal, "Barriga de aluguel no exterior e a aquisição da nacionalidade brasileira", *Revista Brasileira de Direito Animal* 22, 2016.

Dolinger, Jacob, *A criança no direito internacional*, Río de Janeiro, Renovar, 2003.

- Fachin, Luiz, *Comentários ao novo Código Civil*, Rio de Janeiro, Forense, 2012.
- Ferraz, Sergio, *Manipulações biológicas e princípios constitucionais*, Porto Alegre, Safe, 1991.
- Gama, Guilherme, *A nova filiação: o biodireito e as relações parentais*, Rio de Janeiro, Renovar, 2003.
- Gama, Guilherme, "As famílias brasileiras: mudanças e perspectivas frente aos avanços médicos e biotecnológicos", en Barboza, Heloisa Helena, Silva, Eduardo y Almeida, Vitor (coords.), *Biotecnologia e relações familiares*, Rio de Janeiro, Processo, 2021.
- Gozzo, Débora, "A mercantilização da pessoa humana na maternidade de substituição", en Scalquette, Ana Claudia y Camillo, Carlos Eduardo (coord.), *Direito e medicina*, São Paulo, Atlas, 2015.
- Leite, Eduardo, "Procriações artificiais e o direito", *Revista dos Tribunais*, 1995.
- Lima Neto, Francisco, "A maternidade de substituição e o contrato de gestação por outrem", *Biodireito, Revista dos Tribunais*, São Paulo, 2001.
- Lobo, Paulo, "Direito ao estado de filiação e direito à origem genética: uma distinção necessária", en Pereira, Rodrigo, *Afeto, ética, família e o novo Código Civil*, Belo Horizonte, Del Rey, 2004.
- Lobo, Paulo, *Direito civil: famílias*, São Paulo, Saraiva, 2021.
- Madaleno, Rolf, *Direito de família*, Rio de Janeiro, Forense, 2021.
- Machin, Rosana, Mendosa, Douglas, Augusto, Mária Helena y Monteleone, Pedro Augusto, "Assisted reproductive technologies in Brazil:

characterization of centers and profiles from patients treated", *JBRA Assisted Reproduction*, 24(3), 2020.

Meirelles, Jussara, *Gestação por outrem e determinação da maternidade*, Curitiba, Genesis, 1998.

Mazzuoli, Valerio, *Curso de direito internacional privado*, Rio de Janeiro, Forense, 2021.

Nanni, Giovanni *et al.*, *Comentários ao Código Civil*, São Paulo, Saraiva, 2019.

Otero, Marcelo, "Contratos de gestação por outrem gratuitos e onerosos", en Teixeira, Ana Carolina y Dadalto, Luciana (coords.), *Dos tribunais aos hospitais*, Belo Horizonte, Del Rey, 2013.

Peluso, Cezar *et al.*, *Código Civil comentado*, Barueri, Manole, 2021.

Rizzardo, Arnaldo, "Fecundação artificial", *Ajuris* 52, 1991.

Rizzardo, Arnaldo, *Direito de família*, Rio de Janeiro, Forense, 2019.

Sá, Maria de Fátima y Lima, Taisa Maria, "Gestação de substituição: uma análise a partir do direito contratual", en Cordeiro, José Carlos y Gomes, Josiane (coords.), *Temas contemporâneos de direito das famílias*. São Paulo, Pilares, 2018.

Sá, Maria de Fátima y Rettore, Ana Cristina, "A gestação de substituição vista como um contrato em prol da garantia de segurança jurídica aos participantes e à criança", en Teixeira, Ana Carolina y Lima, Renata (coords.), *Contratos, família e sucessões*, Indaiatuba, Foco, 2021.

Salaroli, Marcelo y Camargo Neto, Mario, *Registro civil das pessoas naturais*, Indaiatuba, Foco, 2020.

Scalquette, Ana Claudia, *Estatuto da reprodução assistida*, São Paulo, Saraiva, 2012.

Teixeira, Ana Carolina, "Conflito positivo de maternidade e a utilização do útero de substituição", en Casabona, Carlos María y Queiroz, Juliane (coords.), *Biotechnologia e suas implicações ético-jurídicas*, Belo Horizonte, Del Rey, 2005.

Teixeira, Ana Carolina y Tepedino, Gustavo, *Direito de família*, Rio de Janeiro Forense, 2020.

Veloso, Genival, *Comentários ao código de ética médica*, Rio de Janeiro, Guanabara Koogan, 2019

Young, Beatriz, "Os contratos nas técnicas de reprodução assistida", en Barboza, Heloisa Helena, Leal, Livia y Almeida, Victor (coords.), *Biodireito*, Indaiatuba, Foco, 2021.