

Argumentación jurídico-sociológica: a Favor o contra la Maternidad de Sustitución?

Marta Filipa Geraldês Falcão*

Resumen

Las Técnicas de Procreación Humana Asistida se configuran como una posible solución ante la imposibilidad de tener hijos. En este contexto, la maternidad subrogada se afirma como una situación socio-jurídica según la cual una mujer se dispone a soportar un embarazo hasta el alumbramiento, momento en que entrega el niño, renunciando simultáneamente a sus poderes-deberes de madre. La maternidad subrogada está prohibida en la Ley Portuguesa sobre Procreación Medicamente Asistida – *Lei 32/2006, de 26 de Julho* – en el artículo 8º, lo que hace cuestionar hasta qué punto su prohibición es la que más protege el interés del niño y tutela el derecho a la igualdad de los ciudadanos, además derecho consagrado constitucionalmente en la *Constituição da República Portuguesa*. Así, se plantea críticamente la argumentación a favor y en contra la figura jurídica en análisis.

Palabras-clave

Maternidade por substituição, maternidade subrogada, madre de alquiler, prohibición, derecho a la igualdad, interés de niño, adopción.

Abstract

Assisted Reproduction Technologies are configured as one possible solution to face the inability to have children. In this context, surrogacy motherhood is stated as a socio-legal situation according to which a woman withstands a pregnancy until childbirth, then delivers the baby and, simultaneously, renounces her legal duties as a mother. Surrogacy is prohibited in the Portuguese Procreation Medically Assisted Act - Law 32/2006, of 26 de Julho - in Article 8, which calls into question how far this prohibition protects child's interests and safeguards the right to equality of citizens, also enshrined as a constitutional right. In this context we explore critically the arguments for and against the legal concept in analysis.

Keywords

Surrogacy motherhood, assisted human reproduction, prohibition, child's interests, adoption.

Índice

1- Delimitación del concepto; 2 – Argumentación a favor de la Maternidad de Sustitución; 3 – Argumentación en contra la Maternidad de Sustitución; 4 – Conclusiones – Refutación.

**** Bibliografía***

*Doutora em Direito Privado pela Faculdade de Direito da Universidade de Salamanca, Professora Auxiliar Convidada da Universidade da Beira Interior (Faculdade de Ciências Sociais e Humanas e Faculdade de Artes e Letras) e Equiparada a Assistente no Instituto Politécnico de Castelo Branco. Investigadora do Instituto Jurídico Portucalense e do Centro de Investigação Jurídica Aplicada. Email: mfgf@ubi.pt; marta@ipcb.pt.

1- Delimitación del concepto

Varias son las palabras que designan el fenómeno de la maternidad subrogada: maternidad por sustitución, madre portadora, hospedera o incluso “vientre de alquiler”¹, terminología más común en Brasil.

También várias son las definiciones doctrinales adoptadas para ilustrar el concepto que además está presente en la *Lei da Procriação Medicamente Assistida* Portuguesa – Lei 32/2006 del 26 de Julio. La referida ley subraya que la maternidad de sustitución es “*qualquer situação em que a mulher se disponha a suportar uma gravidez por conta de outrem e a entregar a criança após parto, renunciando aos poderes e deveres próprios da maternidade*” – art. 8º, nº 2².

Segun Vera Lúcia Raposo, la maternidad de sustitución “*traduz-se no acto de uma mulher gerar um filho que não pretende manter para si, mas sim entregar a outrem*”³.

La ley portuguesa optó por adoptar el término de “maternidade de substituição”. Esta no es la solución defendida por el Profesor Doctor Oliveira Ascensão, que prefería

¹ Oliveira Ascensão prefiere la designación “gestação para outrem com base em acordo de gestação”, el mismo autor evita hablar de maternidad. (Cfr. OLIVEIRA ASCENSÃO, “O início da vida”, en *Estudos de Direito da Bioética*, AAVV, Almedina, Coimbra, 2008, p.23).

² “No tratamento doutrinário da matéria, é já clássica a alusão a dois casos, um que é descrito no Antigo Testamento e outro que foi submetido à apreciação dos tribunais norte-americanos no séc. XX. O caso bíblico é o de Raquel que cedeu uma serva ao marido Jacob para que ela gerasse um filho em nome da sua dona. O caso do bebé M, norte-americano: o casal Stern celebrou um contrato com Mary Beth Whitehead, mediante o qual todos concordavam que Mary Beth fosse inseminada artificialmente com esperma do Sr.Stern, com o objectivo de dar à luz uma criança que entregaria ao mencionado casal; todavia, após o parto, Mary Beth e o respectivo marido recusaram-se a entregar a criança (...) não faltam situações mais recentes (...) p.e., a de uma mulher norte-americana que gerou três gémeos para a sua filha e, em especial, a do bebé Charlie, cujo nascimento em Junho de 2005 se deveu à colaboração de três irmãs, Alex Patrick, Charlotte e Helen. Charlotte, irmã gémea de Alex doou um óvulo, que foi fecundado no laboratório com esperma do marido de Alex. O embrião foi implantado no útero de Helen. Terminada a gravidez, Helen entregou a criança a Alex, que foi reconhecida como mãe legal do menor em Novembro de 2005 por decisão de um tribunal londrino”. (Cfr. DUARTE PINHEIRO, “Mãe portadora – a problemática da maternidade de substituição”, en *Estudos de Direito da Bioética*, AAVV, Almedina, Coimbra, 2008, p.324 e 325).

³ RAPOSO, V.L., “Lex Medicinæ”, en *Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, Direitos Reprodutivos, p. 125.

designarla “*gestação para outrem*”⁴ porque la definición de la maternidad de sustitución, ultrapasa el dominio de la PMA, pues no es requisito de ésta, la utilización de gametos de uno o de ambos miembros de la pareja de recepción. “ (...) *bastaria falar em gestação para outrem, que é o que na realidade se verifica*”.

Estos son solamente ejemplos de definiciones doctrinales, aunque muchas más haría a abordar, pero esa no és, de todo, el propósito del presente trabajo, sino la argumentación a favor y en contra la figura.

2- Argumentación a favor de la Maternidad de Sustitución

Dada la redacción del art. 24º CRP, titulada “*Direito à Vida*”, según el cual “ *a vida humana é inviolável* ” (nº1) y, en caso alguno, “*haverá pena de morte*” (nº 2), podemos afirmar que este precepto legal encierra un principio fundamental, que debe no sólo ser protegido, sino también defendido tal como se configura – un derecho, libertad y garantías personales.

La maternidad por sustitución cumple precisamente esa tarea: es impulsora de la vida, sobretudo para aquellos que están privados de procrear. Relacionado con este hecho, se añade otro argumento; veamos.

El art. 36º de la CRP versa sobre el derecho que todos tienen de constituir familia en condiciones de plena igualdad. Este derecho de constituir familia consagrado constitucionalmente, encierra en uno de sus aspectos, el derecho de procrear, sea por que el medio que sea.

En este sentido se pronuncian Gomes Canotilho e Vital Moreira, que definen el derecho de constituir familia implicando “*não apenas o direito a estabelecer vida em comum e o direito ao casamento, mas também um direito a ter filhos (...); direito que embora não seja essencial ao conceito de família e nem sequer o pressuponha, lhe vai naturalmente associado*”⁵.

⁴ OLIVEIRA ASCENSÃO, “A Lei 32/2006 sobre a procriação medicamente assistida”, en Revista da Ordem dos Advogados, ano 67, Dezembro 2007, p.42.

⁵ Cfr. GOMES CANOTILHO, J.J., VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, vol. I, Ed.Coimbra, Coimbra, 2007, p. 567.

Asistimos por esta vía, al derecho del individuo a reproducirse – un derecho a tener descendencia “em condições de plena igualdade”.

Si esa descendencia puede ser asegurada en “plena igualdad” con el recurso a técnicas de PMA, en particular mediante la maternidad por sustitución, por ejemplo, cuando el elemento femenino de la pareja de recepción no puede tener descendencia, entonces ¿porque no se admite la posibilidad de tener acceso por aquella vía? ¿No le asistirá a ella un derecho de formar familia, asegurando su descendencia?

Por lo tanto, ¿la prohibición de la maternidad subrogada, no será un atentado contra una prescripción de la Ley Fundamental? Nos parece discriminatorio que, una mujer infértil pueda superar ese problema mediante las técnicas de Procreación Médicamente Asistida y aquélla que ni siquiera puede llevar a término un embarazo sea privada de la única solución para asegurar descendencia.

Podemos aun, observar este derecho “reproductivo”, derecho de procrear, vinculado con el derecho de los sujetos al desarrollo de la personalidad y reserva de la intimidad privada y familiar (art. 26º, nº 1 CRP) y el derecho de “*realização pessoal dos membros da família*” (art. 67º, nº 1 CRP), ya que pueden ser entendidos como una buena forma de expresar el respeto por la libertad y autonomía de cada individuo, considerado en la expresión de su voluntad no solamente de constituir familia de la forma que mejor se ajuste a sus miembros sino también en la libertad de elegir el modo de unir y manifestar sus afectos^{6/7}.

Esta libertad y autonomía, existen tanto desde la perspectiva de las parejas infértiles (sean uno o ambos los miembros), como de la madre que soporta el embarazo. Es decir, paralelamente al ejercicio de procrear y de constituir una familia, surge también otro, el derecho que la mujer que se somete a la condición de madre y que lleva el embarazo tiene a la autodeterminación corporal, que en un ámbito de libertad contractual, legitimaría a ésta a que, “de forma altruista”, pudiese ceder su útero para la gestación.

⁶ Sobre este tema cfr. MARQUES MAGALHÃES, S., *Aspectos Sucessórios da Procriação Medicamente Assistida Homóloga Post Mortem*, Coimbra Editora, Coimbra, 2010.

⁷ Además, como ya hemos mencionado, queda asegurado el deseo o la necesidad de que el individuo tiene que reconocer en la procreación, la preservación de la especie, como también una exigencia social y cultural, innata al ser humano.

Así, la problemática de no tener hijos, podría ser amparada por la autonomía privada, sin intromisión del Estado, en armonía con el respecto constitucionalmente consagrado de los derechos a la reserva de la intimidad privada y familiar.

Sin embargo, no hay que pensar que al consentir esta no intromisión del Estado, queramos decir que éste se debe abstener de reglamentar esta materia. Al contrario, el Estado debe regularla, porque no sólo se trata de una obligación constitucional (art. 67º, nº 2 CRP), sino también es una materia compleja en que un Estado Social tiene de tomar posición y evitar de ese modo posibles abusos.

Consideramos que el Estado Social debe contribuir con una reglamentación un poco mas permisiva, cuanto a la figura en consideración – maternidad por sustitución – aunque no puede dejar de ser restrictiva y excepcional para no correr el riesgo de abusos⁸, analizándose caso a caso el respeto a los valores constitucionales dignos de tutela.

Al margen de cualquier opción personal en relación a la admisibilidad o no de este proceso, nos parece que esta prohibición legal “cierra la puerta” a la posibilidad de que ciertas parejas aseguren la descendencia biológica.

Así, hoy en día es legítimo, acudir a las técnicas de PMA como:

*“meio de “contornar” ou “superar” a infertilidade do casal que, consciente e responsavelmente assumiu o valor incondicionado do filho como expressão da realização pessoal de cada um e da relação que os une; (...) visando, do ponto de vista biológico, restaurar ou melhor, substituir, uma função ausente que, natural e normalmente, seria desempenhada pelas pessoas em causa e, contribuindo, do ponto de vista humano, para dar expressão única a uma relação de amor já existente”.*⁹

⁸ Recurrirse a la maternidad de sustitución, por ejemplo, porque no se quiere sufrir las consecuencias naturales de un embarazo (el crecimiento de la barriga y el dolor del alumbramiento).

⁹PATRÃO NEVES, “Mudam-se os tempos, Manda a Vontade”, en *Estudos do Direito da Bioética*, vol. III, Almedina, p. 132.

No se debe contra-argumentar de manera incontestable que la adopción es una alternativa a este tipo de “carencia”, pues muchas familias desean tener hijos solamente “biológicos” (o por lo menos uno), lo que no es criticable y no siempre se cumplen los requisitos para poder proceder a la adopción.

Y, este deseo legítimo de tener hijos y “concebirlos”, aunque por una vía artificial, se funda en la legitimidad constitucional de constituir familia en “condiciones de plena igualdad” y en el principio a ella subyacente – solo por medio de éste principio alcanzamos una igualdad substancial entre todos, por cuanto el recurso a estas técnicas representa un componente de equilibrio que corrige la desigualdad existente entre las parejas fértiles e infértiles. Este derecho de procrear, aunque no sea absoluto, debería así imperar como resultado del ejercicio del derecho a la igualdad.

Como advierte Diogo Leite Campos¹⁰, el princípio de la igualdad

“ é um dos princípios fundamentais éticos assumidos pelo ordenamento jurídico, na medida em que só através da igualdade, tratando da mesma maneira situações iguais, se obtém justiça”. Salienta ainda o autor que, “ para além de uma aspiração a igualdade formal, há uma aspiração de igualdade substancial, na medida em que o Direito, também o Direito Civil e sobretudo este, visam obter uma igualdade substancial entre as partes para estas poderem gerir, a partir desta base, os seus interesses com plena liberdade. Todos estes valores assentam no valor da personalidade individual, na dignidade do indivíduo que se traduz numa personalidade jurídica plena, igual para todos.”

Continuando con la adopción, *ad mayoría ad minus*, si la ley permite lo más, en este caso, por medio de la adopción, asumiendo un vínculo con un niño con el cual no se tiene ningún lazo biológico, debería permitir lo menos, es decir, permitir un vínculo de filiación (maternidad y/o paternidad) con un niño que, en todo caso, comparte el mismo

¹⁰ Cfr. LEITE DE CAMPOS, D., “A Procriação Medicamente Assistida Heteróloga e o Sigilo sobre o Dador – ou a Omnipotência do Sujeito”, en *Estudos do Direito da Bioética*, Vol II, pp. 73-86.

material genético, pero, simplemente, no proviene del útero “materno” y en todo caso es considerado descendiente genético.

Como señala el Profesor Fernando Araújo, negar la maternidad de sustitución con el argumento de la existencia de la adopción como alternativa es subestimar la verdadera importancia que tiene para la mujer la consagración del vínculo biológico entre ella y su hijo¹¹.

Si la ley protege o promueve la adopción (art. 36º, nº 7 CRP), también debería promover o por lo menos admitir la maternidad de sustitución.

Así, se discrimina legalmente a la mujer que no puede llevar a término un embarazo (la ley que supuestamente es la promotora de la igualdad y justicia), al admitir que, al final no todos tienen derecho a constituir familia o a procrear.

Además, la penalización del “alquiler del útero”¹² podrá ser vista como una “discriminación sexista” en relación a la permisión de venta de espermatozoides, que hoy en día es considerada como una práctica perfectamente normal y aceptada por la sociedad.

Como advierte el Profesor Fernando Araújo,

*“...barrar o recurso do “aluguer do útero” pode muitas vezes significar imposição à progenitora com problemas de fertilidade, da alternativa do recurso a técnicas de procriação que podem envolver, muito maiores riscos, quer para a sua saúde, quer para a do ser humano a gerar (...)”*¹³.

En este sentido, podríamos incluso invocar la eventual protección del derecho a la salud (art. 24º CRP), en el sentido de que protegeríamos a la salud no restringiendo los medios necesarios y adecuados para “procrear” – por ejemplo, en el caso en que la mujer sea infértil, pero el embarazo implique graves riesgos o peligros de vida tanto para ésta como para el propio niño.

¹¹ Cfr. ARAÚJO, F., *A Procriação Assistida e o Problema da Santidade da Vida*, Almedina, Coimbra, pp. 42 y 43

¹² Aunque para conseguir ese deseo legítimo.

¹³ ARAÚJO, F., *A Procriação Assistida e o Problema da Santidade da Vida*, Almedina, Coimbra, pp. 29-39.

En esta línea de razonamiento, podríamos encuadrar el acceso a la PMA en el ámbito de la protección a la salud, también respeto al aspecto psíquico ya que, según la Organización Mundial de La Salud, esta “*es un estado completo de bien estar físico, mental y social y no consiste solamente en la ausencia de enfermedad*”¹⁴.

3- Argumentación en contra la Maternidad de Sustitución

Expuestos los argumentos a favor, veamos los argumentos contrarios a la maternidad por sustitución, apoyados en la idea de que la creación de la vida humana y procreación no son valores absolutos.

En este sentido se afirma que el recurso a la maternidad por sustitución está al servicio de las aspiraciones egoístas e individualistas de los progenitores, y lo mismo respecto de la “madre de alquiler”, relegando para un segundo plano, el interés del menor.

En este contexto, el Profesor Jorge Duarte Pinheiro, es eximio en la exposición – sucintamente advierte que, cuando se usan las técnicas médicamente asistidas, debe ponderarse y decidir de modo “*reflectido, sensível aos sentimentos e necessidades da pessoa que se virá a formar e nascer*”¹⁵.

Sigue el autor invocando el interés superior del niño, como el principio que debe nortear toda la construcción de esta materia. Menciona los arts. 36º, nº 5, nº 6 y nº 7¹⁶, el

¹⁴ LOPES CORDEIRO, A., *A problemática da procriação medicamente assistida face ao ordenamento jurídico português e brasileiro*, UNFDL, 2001/2002.

¹⁵ DUARTE PINHEIRO, “Mãe portadora – a problemática da maternidade de substituição”, en *Estudos de Direito da Bioética*, AAVV, Almedina, Coimbra, 2008, p. 333.

¹⁶ Refiere el art. 36º/5, 6 e 7:

“5. Os pais têm o direito e o dever de educação e manutenção dos filhos.

6. Os filhos não podem ser separados dos pais, salvo quando estes não cumpram os seus deveres fundamentais para com eles e sempre mediante decisão judicial.

7. A adopção é regulada e protegida nos termos da lei, a qual deve estabelecer formas céleres para a respectiva tramitação”.

art. 67º, nº 2 d)¹⁷ y art. 69, nº 1 y nº 2¹⁸, CRP, señalando que en ellos subyace siempre ese principio. En el primero, está el poder-deber de los padres sobre la manutención y educación de los hijos; en el segundo, la obligación del Estado de garantizar y promover técnicas y el ejercicio de una maternidad y paternidad conscientes; y para terminar, el tercero reafirma, otra vez, cómo incumbe al Estado proteger los menores, sobretudo los que se vean privados de un ambiente familiar normal.

La cuestión de la autonomía privada puede ser otra orden de argumentos que refuten la viabilidad de la maternidad por sustitución. Este principio tiene una de sus manifestaciones constitucionales en el derecho al desarrollo de la personalidad o libertad, patentes en los arts. 26º, nº 1 y 27, nº 2 CRP¹⁹, como ya hemos tenido oportunidad de mencionar. Sin embargo, uno de los argumentos utilizados en contra de los límites de la autonomía privada en el ámbito de la libertad contractual²⁰ (límites esos impuestos por principios y normas que no permiten que esta libertad contractual sea ejercida en su plenitud), nuestra ley civil, en su art. 280º sanciona con nulidad los negocios jurídicos contrarios al orden público y a las buenas costumbres. A los ojos del legislador, el

¹⁷ Art.67º/2 al. d):

“2. Incumbe, designadamente, ao Estado para protecção da família:

d) Garantir, no respeito da liberdade individual, o direito ao planeamento familiar, promovendo a informação e o acesso aos métodos e aos meios que o assegurem, e organizar as estruturas jurídicas e técnicas que permitam o exercício de uma maternidade e paternidade conscientes”;

¹⁸ Los artículos 69º/1 y 2 da CRP, con epígrafe “Infancia”, tienen la siguiente redacción:

“1. As crianças têm direito à protecção da sociedade e do Estado, com vista ao seu desenvolvimento integral, especialmente contra todas as formas de abandono, de discriminação e de opressão e contra o exercício abusivo da autoridade na família e nas demais instituições.

2. O Estado assegura especial protecção às crianças órfãs, abandonadas ou por qualquer forma, privadas de um ambiente familiar normal”.

¹⁹ Art.26º/1 –

“A todos são reconhecidos os direitos à identidade pessoal, ao desenvolvimento da personalidade, à capacidade civil, à cidadania, ao bom nome e reputação, à imagem, à palavra, à reserva da intimidade da vida privada e familiar e à protecção legal contra quaisquer formas de discriminação”.

Art.27º/1 – “Todos têm direito à liberdade e à segurança”.

²⁰ Respecto a los límites de libertad contractual, es de señalar una vez más serán las imposiciones de regulación de esta materia por parte del Estado, ya que es a este que compete reglamentar la procreación asistida, en respecto por la dignidad de la persona humana (art. 67º, nº 2 e) CRP) y como se ha dicho, de los valores constitucionales dignos de tutela.

contrato de gestación es visto como contrario al orden público y las buenas costumbres. Y contra la ley por prohibirlo expresamente.

En otra línea de argumentos, Guilherme de Olivera²¹ señala que, aceptándose los contratos de maternidad por sustitución a título oneroso, implicaría en última instancia, la explotación económica de las mujeres pobres por las ricas. Es verdad que tal situación podría ocurrir, sin embargo, esa situación de explotación reprochable sigue presente en muchos otros ámbitos.

Añade aún el autor que, uno de los argumentos utilizados contra la maternidad, se relaciona con el fenómeno psicológico, mediante el cual los padres de recepción tienden a exigir más del niño por el hecho de no ser “suyo”, causándole problemas psicológicos. El mismo argumento es tan confuso como frágil, hecho que el propio autor reconoce.

Distinto sería la hipótesis del niño que nace con deficiencias y como tal, es rechazado por ambos o acaba quedándose con una de las madres por caridad. A pesar de ser una realidad posible de acontecer, la verdad es que lo mismo puede acontecer con cualquier familia que tenga niños.

Otro fundamento utilizado no solamente en contra la maternidad por sustitución, sino también en contra de la procreación heteróloga es el hecho de atentar contra el expuesto en los arts. 26º, nº 1²² y 36º, nº 4²³ de la Constitución, ya que no salvaguarda el derecho fundamental al conocimiento y reconocimiento de la paternidad, ni el derecho a la identidad, que abarca el derecho a la historia personal.

²¹FREIRE FALCÃO DE OLIVEIRA, G., “Mãe há só duas”, Coimbra Editora, Coimbra, 1992, p. 27 a 31.

²² “Artigo 26.º – Outros direitos pessoais –

1. A todos são reconhecidos os direitos à identidade pessoal, ao desenvolvimento da personalidade, à capacidade civil, à cidadania, ao bom nome e reputação, à imagem, à palavra, à reserva da intimidade da vida privada e familiar e à protecção legal contra quaisquer formas de discriminação.”

²³ “Artigo 36.º – Família, casamento e filiação –

4. Os filhos nascidos fora do casamento não podem, por esse motivo, ser objecto de qualquer discriminação e a lei ou as repartições oficiais não podem usar designações discriminatórias relativas à filiação.”

4- Conclusiones – Refutación

Expuestos los argumentos que van en contra de esta figura, desde nuestro modesto punto de vista y con el debido respecto, creemos que pueden no son universales, aunque existan razones determinantes para negar la viabilidad al contrato de maternidad por sustitución en algunas situaciones.

Veamos:

En cuanto al primer argumento, no nos parece que quien se escuda en la figura de la maternidad subrogada lo haga siempre precipitadamente. A la inversa, lo hará siempre después de un periodo de reflexión; como última *ratio* de esperanza en reproducirse – esta es una materia de gran sensibilidad para ambos miembros de la pareja de recepción que, exactamente por revestir ese carácter, tomarán las decisiones con una consciencia prudente. Será el resultado de su cautelosa reflexión y asesoramiento por profesionales de salud en un centro autorizado y con competencia para tal efecto – tal como sucede con todas las restantes técnicas de PMA admitidas legalmente, siendo cierto que todas ellas deben tener por base un acto de ponderación “*reflectido, sensível aos sentimentos e necessidades da pessoa que se virá a formar e nascer*”²⁴. Es más, no hay margen de duda que un hijo nacido por esta vía, es tanto o más deseado como un hijo “concebido” de otra forma (tanto por los métodos normales, como por recurso a técnicas de procreación médicamente asistidas).

Aunque se invoquen los arts. 36º, nº 5, nº 6 y nº 7, art. 67º, nº 2, d) y art. 69º, nº 1 y nº 2, todos de las CRP, es evidente que el interés superior del niño es notorio. Cuando se averigua o se pondera el interés del menor en aquella línea constitucional, tiene necesariamente que aludirse a una maternidad y paternidad conscientes en cuanto a la voluntad y deseo de asumir un papel parental y velar por la protección, educación y formación del niño/hijo. Si una pareja es candidata a un proyecto parental con recurso a la maternidad de sustitución, por aquella “técnica”, la que más se adecua a las circunstancias (regresando al caso de la mujer que no soporta el embarazo o en el caso

²⁴DUARTE PINHEIRO, “Mãe portadora...”, Op. Cit., p. 333.

en que asumir la gestación conlleve un riesgo de transmisión de una enfermedad grave que genere un destino “fatal” al niño que nace), ciertamente será porque desean ejercer una maternidad y paternidad conscientes, más aun que aquella que quiso renunciar expresamente a esa voluntad, como hemos mencionado en el sub-capítulo de la bioética.

Siendo así, el hecho que la ley atribuya la filiación a la mujer que da a luz, ¿no estará rechazando un interés superior del niño, negando una mayor posibilidad de ese papel parental que viene a asegurarse por la pareja de recepción que expresó la voluntad de asumir ese papel y tener ese hijo?

Nos parece evidente que, si nuestra ley fundamental quiere proteger el interés superior del niño, entonces debería salvaguardarlo, en los casos en que la mujer quiere renunciar a los deberes y obligaciones de la maternidad, porque en estos casos, ella misma asume una predisposición de no asegurar los intereses del niño – podrá en última instancia llevar a situaciones de abandono o hasta procesos de adopción morosos que en nada auxilian a un ambiente familiar saludable para un niño.

Siguiendo esta línea de razonamiento, ¿Cómo puede atribuirse la filiación a favor de la mujer gestante que quiso conscientemente renunciar a dicha filiación?

Como ya dijimos y queremos recordar, para nosotros la opción de tener el hijo recurriendo a la maternidad por sustitución es un sentimiento de amor predispuesto.

No obstante, en caso de litigio entre la “madre de sustitución” y “madre de entrega”, la propia ley 32/2006, en el art.8º/3, consagra la resolución del conflicto, atribuyendo la maternidad legal a la primera, es decir, el interés del niño siempre está salvaguardado, por lo menos, es esa la intención del legislador.

Diferente es el dilema de atribuir la maternidad a la madre por sustitución, entrega o de recepción. Nos pronunciaremos más adelante, sin embargo, adelántese que no parece que la ley tenga consagrado la solución más justa. Al revés, si tan insistentemente se apela a la conciencia y ponderación en la toma de decisión, también aquí no se debería frustrar la legítima expectativa de los padres receptores maxime de la madre de recepción, en ver atribuida legalmente la maternidad y la paternidad. La solución consagrada nos parece favorecedora de alguna frivolidad por parte de las madres gestantes y contraria la naturaleza en favor de un “artificialismo”. Así sucede, por lo menos en las situaciones en que el niño es fruto de la unión exclusiva del material genético de los padres de entrega, sobrevalorando demasiado la gestación en detrimento de la naturaleza.

A su vez, el argumento que invoca los límites a la autonomía privada debe ser analizado desde una doble perspectiva. Verdaderamente, deberemos proceder a un análisis casuístico para evaluar si se viola el orden público y las buenas costumbres o si colisionará con el derecho al desarrollo de la personalidad, de la libertad (defendidos por ejemplo en los arts. 26º, nº 1 y 27º, nº 2 CRP, mencionados por el Profesor Jorge Duarte Pinheiro, o implícitos también en los arts. 16º, nº 2²⁵, 25º, nº 1²⁶, 26º nº 3²⁷, 67º, nº 1²⁸ y 68º, nº 2²⁹).

Así, podemos exponer dos ejemplos, siendo el primero admisible y el segundo inadmisible no sólo por ser contrario a la ley, sino también por ir en contra a la moral y las buenas costumbres y atentar contra algunos principios fundamentales.

En el primer ejemplo, tenemos un contrato de gestación, mediante el cual la mujer gestante A, declara, de su libre y espontánea voluntad, que no desea ser madre y, que por cualquier motivo (por ejemplo motivos altruistas), concede a la pareja de recepción la hipótesis de llevar a término un embarazo por sustitución, porque B, miembro de esta pareja, no puede llevarlo a cabo. El material genético proviene de la pareja de recepción, asumiendo estos el compromiso de hacerse cargo de la totalidad de los gastos inherentes al embarazo y al parto, obligándose A a entregar el niño.

En el segundo ejemplo, nos encontramos con una mujer A, que anuncia expresamente el mismo deseo de no ser madre, como en el primer caso, y que celebra con B y C, pareja de recepción, un contrato de gestación, en el cual el material genético proviene de ambos, porque B no quiere “sufrir” las incómodas consecuencias de un

²⁵ “Os preceitos constitucionais e legais relativos aos direitos fundamentais devem ser interpretados e integrados de harmonia com a Declaração Universal dos Direitos do Homem”.

²⁶ “ Artigo 25.º – Direito à integridade pessoal –

A integridade moral e física das pessoas inviolável”.

²⁷ Según el cual “a lei garantirá a dignidade pessoal e a identidade genética do ser humano”.

²⁸ Sob epígrafe “Família”, prescribe el artículo: “A família, como elemento fundamental da sociedade, tem direito à protecção da sociedade e do Estado e à efectivação de todas as condições que permitam a realização pessoal dos seus membros”.

²⁹ Según el cual: “A maternidade e a paternidade constituem valores sociais eminentes”.

embarazo (como por ejemplo, deformación corporal antes y después del parto, vómitos, malestar, eventuales depresiones pos-parto...)

En ambos ejemplos hay un deseo de la mujer “gestante” de no tener hijos y una voluntad de una pareja receptora de tener hijos, discrepando, sin embargo, en los motivos que llevan a cada una de las parejas de recepción a querer celebrar un contrato de gestación.

Por lo que respecta al primer caso, en la línea de lo que venimos preconizando a lo largo del estudio, nos parece defendible la hipótesis de ser permitido. No podemos sin embargo, en el segundo caso, admitir la validez de tal contrato; aunque se inserte en un contexto de libertad contractual resultante de la autonomía privada. Los motivos por los cuales se quiso contratar en el segundo ejemplo van en contra del orden público, moral y de las buenas costumbres y en ese sentido, son y deben continuar siendo nulos. Un contrato de esta naturaleza tan superficial, demuestra una violación de los principios fundamentales de la bioética – el principio de la beneficencia y de la utilidad – y el acentuado principio de la subsidiariedad relativo a la PMA.

Creemos que el recurso a este método debe ser excepcional, admitiéndolo casuísticamente y como medio de superar la imposibilidad de una pareja de tener hijos a través de la reproducción natural.

Afirma Cabral de Moncada³⁰ que la disponibilidad típica de la mayoría de los derechos subjetivos no puede vigorar absolutamente en el dominio de la tutela de la personalidad – ni todo lo que la enforma es disponible –; valores como la vida y la dignidad no pueden ser lícitamente abdicados por su titular³¹.

³⁰ Cfr. CABRAL MONCADA, *Lições de Direito Civil*, 4ª ed., Almedina, Coimbra, 1995, p. 73-76.

³¹ Cfr. Declaração Universal dos Direitos do Homem; Pacto Internacional sobre os Direitos Cívicos e Políticos; Pacto Internacional sobre os Direitos Económicos, Sociais e Culturais; Convenção Europeia dos Direitos do Homem; Convenção Relativa à Escravatura, de 25 de Setembro de 1926; Convenção para a Supressão do Tráfico de Pessoas e da Exploração da Prostituição de Outrem; Convenção europeia sobre o Estatuto Jurídico das Crianças Nascidas fora do Casamento, Convenção sobre os Direitos do Homem e da Biomedicina; Ensaio Clínicos com Medicamentos de Uso Humano.

El caso expuesto puede ser un ejemplo de disposición de valores fundamentales, como la defensa y dignidad de la propia persona y incluso, atentado a uno de los principios Supra-Positivos: el Derecho Natural^{32/33}.

Efectivamente, no podemos negar que este tipo de prácticas es un asunto controvertido. Es distinto utilizar la propia imagen o voz, por ejemplo, en el ámbito de la publicidad, dando o no lugar a indemnización o utilizar el propio cuerpo, poniendo en peligro su identidad física/psíquica en experiencias médicas/científicas que las situaciones sobre las cuales nos centramos en el presente estudio (incluso mediante remuneración).

Aun cuanto a la autonomía privada, no afirmaremos que la validez de este tipo de contratos o negocios sobre la personalidad tiene eficacia legitimadora y reguladora. El hecho de no haber consenso, no convierte en lícita la “*compressão, limitação ou detrimento da personalidade*”³⁴ (en este caso de madre por sustitución), pero también no lo es lícito solamente por ambas las partes determinaren el modo de cumplir con sus obligaciones cuando y en que términos (discutible es, la posición cuando estamos delante de contrapartidas “abultadas” y libre voluntad de la madre de sustitución, lo que no es el caso)³⁵.

Otra línea de argumentación se centra en el hecho de alegar que la maternidad de sustitución se traduce en una violación del derecho al cuerpo o autodeterminación. Se podría invocar también, analogicamente, que idéntica prohibición debería aplicarse a la ley 12/1993 del 22 de Abril en materia de transplante de órganos – por ejemplo un riñón o el propio sangre – podríamos alegar aquí una violación del cuerpo o del derecho a la autodeterminación, ya que en la donación de órganos, estamos delante de actos invasivos. Siendo así, estaríamos tratando de igual modo estas dos situaciones como idénticas, por violar estos mismos valores.

³² También sobre la tutela penal de los derechos de personalidad Cfr. COSTA ANDRADE, *Liberdade de Imprensa e Inviolabilidade Pessoal*, Coimbra Editora, Coimbra, 1996.

³³ Además, juegos y apuestas estos que tampoco se reconocen legalmente.

³⁴ PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *Teoria Geral do Direito Civil*, 2ª ed., Almedina, Coimbra, 2003, p. 55.

³⁵ “...a renúncia ao estatuto de mãe significa uma limitação dos direitos de personalidade da mulher que, mesmo quando válida, é sempre revogável (art.81º/2 CC)”.

Siguiendo esta línea de consideración, tratándose estas dos situaciones de actos que afectan al cuerpo en el sentido de existir una asumida “responsabilidad”, si en la donación de órganos hay una lícita disposición aunque para fin diverso, también debería haberlo para la figura de la maternidad de sustitución.

Se añade que, en el primer caso, hay una “disposición definitiva” (de los órganos), pertenecientes al cuerpo, es decir, son evidentemente donados sin retorno y en el segundo – maternidad por sustitución – hay una “disposición temporal”, en el sentido de que el cuerpo es “utilizado” hasta el nacimiento del niño. Sin embargo, incluso en la maternidad subrogada, la madre gestante no da nada efectivamente de su cuerpo (al contrario de la otra), asimilándose a un “depósito” o prestadora de un “servicio de arrendamiento” 8aunque ya hemos visto que se aleja de estos contratos). Además, afirmamos que el órgano – útero –, en condiciones normales de embarazo, no pierde su funcionalidad. Al revés de la donación de otros órganos, la cual es irreversible, en la maternidad subrogada el útero está, incluso, cumpliendo su función de reproducción y, aunque como arrendamiento de servicios no perjudica la capacidad reproductiva de la mujer.

Bibliografia

OLIVEIRA ASCENSÃO, “O início da vida”, en *Estudos de Direito da Bioética*, AAVV, Almedina, Coimbra, 2008

. DUARTE PINHEIRO, “Mãe portadora – a problemática da maternidade de substituição”, en *Estudos de Direito da Bioética*, AAVV, Almedina, Coimbra, 2008

RAPOSO, V.L., “Lex Medicinae”, en *Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, Direitos Reprodutivos

OLIVEIRA ASCENSÃO, “A Lei 32/2006 sobre a procriação medicamente assistida”, en *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 67, Dezembro 2007

GOMES CANOTILHO, J.J., VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, vol. I, Ed.Coimbra, Coimbra, 2007

MARQUES MAGALHÃES, S., *Aspectos Sucessórios da Procriação Medicamente Assistida Homóloga Post Mortem*, Coimbra Editora, Coimbra, 2010

PATRÃO NEVES, “Mudam-se os tempos, Manda a Vontade”, en *Estudos do Direito da Bioética*, vol. III, Almedina,

LEITE DE CAMPOS, D., “A Procriação Medicamente Assistida Heteróloga e o Sigilo sobre o Dador – ou a Onnipotência do Sujeito”, en *Estudos do Direito da Bioética*, Vol II

ARAÚJO, F., *A Procriação Assistida e o Problema da Santidade da Vida*, Almedina, Coimbra

ARAÚJO, F., *A Procriação Assistida e o Problema da Santidade da Vida*, Almedina, Coimbra

LOPES CORDEIRO, A., *A problemática da procriação medicamente assistida face ao ordenamento jurídico português e brasileiro*, UNFDL, 2001/2002

DUARTE PINHEIRO, “Mãe portadora – a problemática da maternidade de substituição”, en *Estudos de Direito da Bioética*, AAVV, Almedina, Coimbra, 2008

FREIRE FALCÃO DE OLIVEIRA, G., “Mãe há só duas”, Coimbra Editora, Coimbra, 1992

CABRAL MONCADA, *Lições de Direito Civil*, 4ª ed., Almedina, Coimbra, 1995

Declaração Universal dos Direitos do Homem; Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos; Pacto Internacional sobre os Direitos Económicos, Sociais e Culturais; Convenção Europeia dos Direitos do Homem; Convenção Relativa à Escravatura, de 25 de Setembro de 1926; Convenção para a Supressão do Tráfico de Pessoas e da Exploração da Prostituição de Outrem; Convenção europeia sobre o Estatuto Jurídico das Crianças Nascidas fora do Casamento, Convenção sobre os Direitos do Homem e da Biomedicina; Ensaios Clínicos com Medicamentos de Uso Humano.

. COSTA ANDRADE, *Liberdade de Imprensa e Inviolabilidade Pessoal*, Coimbra Editora, Coimbra, 1996

PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *Teoria Geral do Direito Civil*, 2ª ed., Almedina, Coimbra