

LA INTERSECCIONALIDAD DE LA MATERNIDAD SUBROGADA Y LAS NUEVAS FORMAS DE FAMILIA: UN ANÁLISIS DESDE LA PERSPECTIVA DE GÉNERO

Por **Laís D. Paes**
Marcella C. Naziozeno
Renata C. Klafke.

RESUMEN

Este trabajo aborda la cuestión de las nuevas formas de familia desde una perspectiva de género, así como el pensamiento basado en el desarrollo y evolución del derecho y la medicina, con la maternidad subrogada y algunas de las circunstancias a considerar que demuestran la necesidad de buscar una legislación eficaz.

Palabras clave: Nuevas formas. Familia. Maternidad subrogada. Género.

Sumario: Introducción. II. La complejidad y la importancia de entender el género. III . Nuevas formas de familia, implicaciones para el derecho constitucional y el desarrollo infantil. IV. Familia por subrogación y consecuencias en el ámbito penal/procesal

I. INTRODUCCIÓN

Las transformaciones sociales que el mundo ha experimentado en los últimos años, especialmente en los países latinoamericanos tras el fin de los regímenes dictatoriales, han llevado a la promulgación de Constituciones en las que se han reconocido muchos derechos, entre ellos el de permitir que las personas tengan el valor de ser quienes quieran ser.

En este sentido, han surgido nuevos formatos familiares que han impuesto un análisis más preciso de algunos conceptos antes estáticos, como un estudio sobre la conceptualización del género.

Analizar las transformaciones mencionadas ha dado lugar a constituciones familiares innovadoras, incluidas las que surgen de la maternidad subrogada, que traen consigo cuidados y una llamada a la regulación, debido a la necesidad de mantenerse al día con los cambios en la sociedad, como veremos en este breve artículo.

II . LA COMPLEJIDAD Y LA IMPORTANCIA DE ENTENDER EL GÉNERO

La etimología de las palabras nos permite estudiar su origen y evolución para facilitar su comprensión. Así, para empezar a hablar de género, es importante fijarse en lo que representaba en sus inicios.

Pues bien, cuando buscamos "género", vemos que el término "procede del latín *genus*, que significa 'nacimiento', 'familia', 'tipo'.

Según Lima (2007):

Tradicionalmente, el término género se utiliza como concepto gramatical para clasificar las palabras, dividiéndolas en masculino, femenino y neutro. Aunque en sus orígenes griegos, *genos* y *genea*, el término también hacía referencia al sexo, fue a partir del siglo XV cuando esta asociación se generalizó, es decir, el término género pasó a ser sinónimo del sexo biológico de las personas (p.14).

Con el paso de los siglos y la evolución de los conocimientos humanos, incluidos los relativos a la anatomía corporal, surgieron nuevas concepciones de las ciencias naturales y el sexo. En la década de 1930 surgió la llamada Teoría del Rol Social, estudiada por sociólogos que definen la estructura social básicamente como un conjunto de normas, derechos, deberes y expectativas que condicionan el comportamiento humano de los individuos dentro de un grupo u organización (Martin, 2023).

En este sentido, se constata la importancia de los roles que los individuos asumen en la sociedad para entender determinados comportamientos y la asunción de funciones para responder a expectativas implícitas.

De hecho, la dinámica de las relaciones sociales ha provocado cambios significativos en las últimas décadas, que han sacudido el concepto tradicional de género, que va más allá del significado del diccionario y de la visión limitada que existía.

Después de varios estudios e investigaciones, incluyendo el surgimiento de nuevas teorías a finales de la década de 1970, como explica Lima (2007 p. 23).

Así pues, la ruptura entre la noción biológica de sexo y la noción social de género exigió una reflexión más amplia y una revisión de la teoría de los roles sociales para abarcar las nuevas configuraciones de la sociedad, incluida una nueva mirada sobre las formas de familia.

Como bien resumió Machado (2000)

[...] la utilización del concepto de género ha proporcionado un nuevo paradigma metodológico: "En primer lugar, porque se está ante la afirmación compartida de la ruptura

radical entre la noción biológica de sexo y la noción social de género. En segundo lugar, porque estamos ante la afirmación del privilegio metodológico de las relaciones de género sobre cualquier sustancialidad de las categorías de mujer y hombre o femenino y masculino. En tercer lugar, porque estamos ante la afirmación de la transversalidad del género, es decir, la comprensión de que la construcción social del género impregna los más diferentes ámbitos de la sociedad. Estos me parecen los tres pilares que permiten diferenciar la propuesta paradigmática de los estudios de género de la propuesta metodológica de los estudios de la mujer" (Machado, 1998). En mi opinión, en el campo de los estudios de género, hemos avanzado mucho hacia un buen perfeccionamiento teórico y metodológico con la introducción de este nuevo concepto y todas las nuevas formas y herramientas relacionadas para reflexionar, investigar y cuestionar las formas de construcción social y cultural de lo que, durante mucho tiempo, fueron las relaciones naturalizadas derivadas de las diferencias de sexo. (p.6)

Por lo tanto, dejando atrás las distinciones superficiales sobre el género, y también debido a las nuevas configuraciones sociales que han surgido a lo largo de los años, debido a la interferencia innata de un área de la vida en todas las demás, se ha producido un cambio en el paradigma de la mujer, la madre y la familia.

Según Souza; Baldwin y Rosa (2000 como citado en Martins, 2010, p.48):

En medio del proceso de relativización debido a los cambios sociales que ocurren, como en el caso de la mujer en Brasil, que ha evolucionado desde el papel de trabajadora y objeto sexual. Del papel de María (ama de casa, criadora de niños, humilde y sumisa) a la situación actual, en la que ocupa el 51% de la mano de obra activa y el 45% de los electores en Brasil, es un cambio considerable, aunque largo.

Ahora bien, la ocupación del espacio por parte de las mujeres en una sociedad predominantemente patriarcal y masculina, así como la nueva mirada sobre la propia familia, con la acogida de los hijos y el estímulo a ser quienes se sintieran cómodos siendo, aunque ello no estuviera estrictamente ligado a lo esperado en cuestiones como -el género-, ha llevado a vislumbrar diversas posibilidades de constitución familiar que van más allá del lugar común antes preestablecido como ser: padre -hombre y madre -mujer.

El modelo de familia "tradicional" se refiere típicamente a una pareja heterosexual, cisgénero, que cría hijos genéticamente emparentados con ellos. Las nuevas familias pueden diferir de esta estructura en el número, sexo y orientación sexual de los progenitores y en la relación genética y gestacional entre padre(s) e hijos.

Estos cambios en lo que se conocía como configuraciones estándar, como ya se ha mencionado, han tenido un efecto dominó, haciendo que surjan y sigan surgiendo cambios en diversos ámbitos de la vida en sociedad, en particular, en este estudio, en el derecho de familia, combinado con el derecho penal, el procedimiento penal y la psicología.

III . NUEVAS FORMAS DE FAMILIA, IMPLICACIONES PARA EL DERECHO CONSTITUCIONAL Y EL DESARROLLO INFANTIL

La familia, como base social, ha pasado por diversas transformaciones socio jurídicas en un contexto universal, sin dejar de observar las particularidades de cada país. En Brasil, hasta la Constitución Federal de 1988, se recorrió un camino para lograr la innovación del ordenamiento jurídico con un enfoque más humano, basado en la igualdad, la solidaridad, la libertad y la dignidad, diferenciándose del modelo patriarcal vigente en el pasado.

Sin embargo, los cambios sociales son rápidos y la legislación se encuentra estancada, como señalan Candelato y Pinheiro (2017), no logrando acompañar todos los avances, lo que genera diversos perjuicios e injusticias con respecto a las relaciones no protegidas por la ley, pero de gran importancia en la sociedad. En el contexto de la familia, han surgido nuevos modelos de entidad familiar, formados en ausencia de legislación y que generan reclamaciones de efectos jurídicos derivados de cualquier unión, dejando a sus miembros desprotegidos ante los tribunales.

Los nuevos modelos sociales de familia, a pesar de no estar previstos en la Constitución Federal de 1988, se basan especialmente en el afecto, elemento esencial en la familia caracterización de la familia contemporánea. La jurisprudencia ya reconoce la importancia del afecto en la formación de la familia, incluso por encima de los lazos biológicos.

En el pasado, la familia patriarcal tenía funciones procreativas, económicas, religiosas y políticas, lo que ya no ocurre con la familia contemporánea, formada por lazos de afecto, respeto e igualdad, con la función de garantizar la felicidad de sus miembros. Candelato y Pinheiro (2017) citan que en las entidades familiares expresamente previstas en la Constitución Federal de 1988, no se formaron los lazos primarios de afecto entre sus miembros, como ocurre en un matrimonio en el que los cónyuges ya no comparten los mismos intereses y objetivos, a veces con un alcance puramente patrimonial.

Lôbo (2002) continúa diciendo que la protección de la familia como responsabilidad del Estado es una cuestión inmediata, ya que afecta al interés de la realización existencial y afectiva de las personas.

El artículo 226, §7 y §8 de la Constitución Federal de 1988 establece: "La familia, base de la sociedad, tiene protección especial del Estado. [...] que:

§Párrafo 7 - Basada en los principios de la dignidad de la persona humana y de la paternidad responsable, la planificación familiar es una decisión libre de la pareja, siendo responsabilidad del Estado proporcionar recursos educativos y científicos para el ejercicio de este derecho, quedando prohibida cualquier forma de coerción por parte de instituciones oficiales o privadas.

§Párrafo 8 - El Estado garantizará la asistencia a la familia en la persona de cada uno de sus miembros, creando mecanismos para frenar la violencia en sus relaciones.

Se ha discutido mucho sobre la lista de entidades familiares enumeradas en el artículo 226 de la Constitución Federal de 1988, que se refiere expresamente a las familias resultantes del matrimonio, las uniones estables entre hombre y mujer y las familias monoparentales. Sin embargo, esta lista se ha ampliado desde la decisión del Tribunal Supremo que reconoce la entidad familiar constituida por la unión estable entre personas del mismo sexo. En consecuencia, los principios de dignidad humana, pluralismo, igualdad y afectividad deben prevalecer como factores en la constitución de la familia contemporánea, adaptándose a las realidades sociales, que no pueden dejar de ser asistidas por el Estado y generar los consiguientes efectos en la sociedad (Candelato & Pinheiro, 2017).

La importancia, como bien señalan Sarlet y de Andrade (2020), radica en que la paternidad está directamente relacionada con la protección y promoción de la infancia, teniendo en cuenta sus repercusiones en la vida del niño y de la familia (mononuclear o no) y, de este modo, vinculada al bienestar de los implicados, especialmente por tratarse de personas en desarrollo (físico, psíquico, social). A pesar del continuo flujo de novedades en el campo de la biotecnología, siempre debe prevalecer el interés superior de las personas que se van a generar, sobre todo para que no se conviertan en una especie de producto del frenesí consumista actual.

Por ello, es necesario que se analicen adecuadamente las nuevas formas de familia y las consecuencias que de ellas se derivan para reflexionar sobre el concepto actual y hacer efectivos los derechos constitucionales.

IV. FAMILIA POR SUBROGACIÓN Y CONSECUENCIAS EN EL ÁMBITO PENAL/PROCESAL

Se están desarrollando nuevas formas de familia pensando en la paternidad, junto con el deseo cada vez más común de la coparentalidad, lo que crea retos para las relaciones familiares y sociales, así como en el ámbito del derecho.

La coparentalidad o paternidad corresponsable ha ido ganando terreno, sobre todo con los avances en los debates sobre la igualdad de género, especialmente en las relaciones heterosexuales. Este es uno de los Objetivos de Desarrollo Sostenible de las Naciones Unidas en Brasil (2017) lo que demuestra la importancia del tema para Brasil.

La maternidad por subrogación uterina ha surgido como una forma de hacer posible este deseo para las más variadas formas de familia establecidas.

Esto se debe a que la maternidad subrogada, también conocida popularmente en Brasil como vientre de alquiler, es un acuerdo en el que una mujer acepta gestar y dar a luz a un niño para otra persona o pareja que no puede concebir o llevar adelante el embarazo por diversas razones, disociando el sexo de la reproducción. El proceso plantea una serie de cuestiones éticas, psicológicas y jurídicas, que pueden afectar al desarrollo del niño y tener implicaciones en el ámbito penal/procesal.

En Brasil, la normativa existente que regula la maternidad por a reglamentación se encuentra en la Resolución 2.294/2021 del Consejo Federal de Medicina (CFM). Esta resolución establece que el cedente temporal del útero debe tener al menos un hijo vivo y pertenecer a la familia de uno de los miembros de la pareja en relación consanguínea hasta el cuarto grado. Los demás casos están sujetos a la autorización del CFM.

Además, no se permite que la maternidad subrogada (cesión temporal del útero) tenga carácter lucrativo o comercial, lo que está prohibido bajo cualquier aspecto en Brasil, según lo estipulado en el §4 del artículo 199 de la Constitución Federal y constituye un delito penal, en los términos del artículo 238 del Estatuto del Niño y del Adolescente. Existen también una serie de documentos, términos firmados entre las partes, que deben estar en regla para que el procedimiento sea realizado en las clínicas de reproducción asistida (Conselho Federal de Medicina [CFM], 2021).

Para Sarlet y de Andrade (2020), Brasil presenta un desajuste entre los avances en las técnicas de reproducción asistida y los parámetros normativo-legales relativos a la coparentalidad responsable, dada la falta de una ley específica sobre el tema. También destaca la necesidad de discusión entre las instituciones que representan los intereses de todos los profesionales de la salud y de los pacientes, sobre la protección de los derechos de los niños, así como las directrices normativas constitucionales brasileñas, destacando el papel central del Ministerio Público en esta área.

Es evidente que la falta de regulación deja vulnerables los derechos fundamentales básicos de todos los implicados: el feto, la gestante subrogada y los futuros padres.

La preocupación por la necesidad de regulación es algo que involucra a otros países, como se desprende de la Conferencia de La Haya de 2013, en la que se trató la gestación subrogada con casos de interés para el Derecho internacional privado.

La cuestión es de suma importancia porque, como sostienen Squeff y Martins (2020):

As dificuldades enfrentadas para regular a gestação por substituição no país, assim, contrastam com países que já têm um posicionamento consolidado, mesmo que não haja harmonização em nível internacional. Essas divergências estimulam pessoas interessadas no uso da técnica a buscarem países cuja legislação seja mais permissiva, provocando o chamado “turismo reprodutivo”, o qual pode trazer inúmeras consequências para o Direito Internacional Privado.

En este sentido, existe una clara necesidad de establecer una legislación en Brasil que fomente debates dirigidos a promover el desarrollo del pensamiento crítico, con el fin de proporcionar una visión de la cuestión que abarque desde los derechos básicos hasta cuestiones complejas que podrían convertirse en objeto de casos de derecho internacional.

Del mismo modo, según Inciarte et al. (2018), es de suma importancia establecer regulaciones para Argentina, ya que no existe una norma vigente en el país, y la autorización judicial previa no es una buena alternativa debido a la demora y la limitada infraestructura del sistema judicial.

El proceso de gestación subrogada puede influir en la dinámica familiar, especialmente si existen desacuerdos entre los padres biológicos y los padres de acogida sobre el papel y los derechos de cada parte en la vida del niño.

Como analizan Sánchez y Perkumiene (2021), la regulación de la gestación subrogada es muy variada en todo el mundo, ya que en algunos países no existe ningún tipo de normalización, en otros las cuestiones o contratos celebrados y relacionados están recogidos en una legislación específica que permite y protege la gestación subrogada y también hay países que prohíben expresamente la gestación subrogada. Debido a la complejidad y repercusión en la vida de los implicados, es de suma importancia que exista una normativa que proporcione seguridad jurídica incluso en los casos en los que está prohibida. Y en los países que la definen o la definen como práctica permitida, es necesario establecer las condiciones para que pueda llevarse a cabo adecuadamente.

En el contexto procesal, los litigios familiares relacionados con la gestación subrogada pueden implicar disputas sobre la custodia, la patria potestad e incluso la anulación de acuerdos de gestación subrogada. La falta de una regulación clara y exhaustiva puede complicar la resolución de estos litigios, y el sistema jurídico debe encontrar la manera de equilibrar los intereses de las partes implicadas y proteger el bienestar del menor.

En definitiva, la maternidad subrogada presenta retos complejos que van más allá de las cuestiones médicas y jurídicas, teniendo un impacto directo en el desarrollo emocional del niño

y desafiantes implicaciones que requieren un enfoque cuidadoso y ponderado, abarcando el dominio de varias ramas del derecho, incluyendo constitucional, penal, procesal penal, el estatuto de la infancia y la adolescencia y muchos otros dependiendo de la cuestión de que se trate, y es un tema con especial potencial para el estudio y el trabajo.

Se trata, por tanto, de un asunto que requiere atención urgente por sus implicaciones en la vida cotidiana de las personas.

V. CONCLUSIÓN

Las transformaciones que se han producido en la sociedad a lo largo del tiempo han aportado cambios importantes a las configuraciones tradicionales en cuanto al género y a los papeles sociales desempeñados.

Además, las posibilidades de formar una familia han cambiado, sobre todo al reconocer la importancia del afecto. En otras palabras, al centrarse en lo que es realmente importante, han surgido nuevas formas de familia, como la maternidad subrogada, respaldada por los avances científicos en el ámbito de la reproducción humana.

Por lo tanto, es posible entender que los más pequeños cambios en la vida de la sociedad tienen un impacto en varios segmentos, y es necesario monitorear y buscar buenos modelos para construir regulaciones serias y amplias, especialmente como se ve aquí con respecto al modelo de maternidad subrogada.

VI . REFERENCIAS

Brasil. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.**

<<https://www.jusbrasil.com.br/topicos/10644799/paragrafo-8-artigo-226-da-constituicao-federal-de-1988>> Acesso em: 21 de agosto de 2023.

Brasil. **Lei nº 8.069/90.** <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm> Acesso 21 ago. 2023.

Candelato, N. S. S. & Pinheiro, R. T. **O afeto, novas famílias e o direito: efeitos jurídicos reconhecidos às novas entidades familiares.** Instituto Brasileiro de Direito de Família. Abril, 2017.

<https://ibdfam.org.br/artigos/1206/O+afeto,+novas+fam%C3%ADlias+e+o+direito:+efeito+s+jur%C3%ADdicos+reconhecidos+%C3%A0s+novas+entidades+familiares>. Acesso em: 21 de agosto de 2023.

Conselho Federal de Medicina. (2021). **Resolução n.º 2.294/2021.** Diário oficial da União Edição 110, 1 (Junho): 60. <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/resolucao-cfm-n-2.294-de-27-de-maio-de-2021-325671317>. Acesso em 18 ago.2023.

- Golombok, S. & Imrie, S. **El Impacto de las Nuevas Formas de Família em la Crianza y el Desarrollo Infantil.** <<https://redlara.com/images/arquivo/Golombok.pdf>> Acesso 19 ago. 2023.
- Inciarte, F.; Quaini, F.; Martínez, P.; Urquiza, F.; Piscicelli, C.; Pasqualini, R., & Pasqualini, S. (2018). Subrogación uterina. Una realidad en la Argentina. **Revista Reproducción**, 33, 27-35.
- Lima, R. S. S. **A Masculinidade na Clínica.** <<https://www.maxwell.vrac.pucrio.br/colecao.php?strSecao=resultado&nrSeq=9704@1>> Acesso 16 ago. 2023.
- Lôbo, P. L. N. (2002). **Entidades Familiares Constitucionalizadas: pra além do numerus clausus.** Belo horizonte: Del Rey.
- Machado, L. Z. (2000). **Perspectivas em confronto: relações de gênero ou patriarcado contemporâneo?** Série Antropologia, n. 284.
- Martins, E. S. **Os Papéis sociais na formação do cenário social e da identidade.** <<https://www.marilia.unesp.br/Home/RevistasEletronicas/Kinesis/Ospapeissociaisnaformacao.pdf>> Acesso 16 ago. 2023.
- Nações Unidas no Brasil. (2017). **Igualdade de Gênero: Alcançar a Igualdade de Gênero e Empoderar todas as Mulheres e Meninas.** Nações Unidas no Brasil. Documentos Temáticos, Brasília: ONU, 2017. p. 1-18. <https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2017/06/Documento-Tem%C3%A1tico-ODS-5-Igualdade-de-Genero-editorado_11junho2017.pdf.> Acesso 19 ago. 2023.
- Sarlet, G. B. S., & de Andrade, D. A. (2020). **A parentalidade corresponsável e a maternidade por sub-rogação: uma análise a partir do enfoque jurídico dos sistemas normativos brasileiro e português.**
- Silva Sánchez, A., & Perkumiene, D. (2021). Relevant aspects of the legal regulation of subrogated gestation within the framework of comparative law. **Derecho global. Estudios sobre derecho y justicia**, 7(19), 143-165.
- Squeff, T.A.F.R.C; Martins, F.R. **Maternidade por substituição: perspectivas da Conferência da Haia e suas potenciais influências no regramento brasileiro.** <<https://uniceub.emnuvens.com.br/rdi/article/viewFile/6976/pdf>>. Revista de Direito Internacional, vol. 17, N3, 2020, 539-557. Acesso em 01 set. 2023.