

# Reproducción asistida, derecho de todos. ¿Y el registro del hijo? ¿Cómo proceder?

José Hiran da Silva Gallo<sup>1</sup>, Giselle Crosara Lettieri Gracindo<sup>2</sup>

## Resumen

Las técnicas de reproducción asistida (RA) aplicadas en Brasil, ante la falta de una legislación federal, se rigen sobre la base de las normas éticas desde 1992. Las partes involucradas – médico y paciente – en un proceso de procreación artificial cuentan con las resoluciones del Consejo Federal de Medicina (CFM). Recientemente hubo importantes innovaciones en el ámbito de aplicación con respecto a quién puede realizar la RA y en cuanto a las normas orientadoras, tales como la nueva Resolución CFM 2.121/2015 y las Disposiciones 21/2015-FPG-PE y CNJ 52/2016, sobre el registro de niños generados por RA. Esta última Disposición exige la identificación de los donantes del material genético. Por lo tanto, el objetivo de este trabajo es presentar los nuevos avances para atender al interés superior de los niños producidos por RA y de sus padres, y la igualdad entre los hijos en la emisión de la certificación del registro civil en Brasil, independientemente de acciones judiciales, señalando la violación del secreto médico y del derecho al anonimato del donante en la disposición nacional.

**Palabras clave:** Técnicas reproductivas asistidas. Responsabilidad parental-Conducta reproductiva. Planificación familiar. Familia. Registro de nacimiento. Confidencialidad. Transferencia de embrión-Fertilización in vitro.

## Resumo

### Reprodução assistida, direito de todos. E o registro do filho, como proceder?

Diante da falta de legislação federal, as técnicas reprodutivas assistidas (RA) aplicadas no Brasil são regidas desde 1992 por normas éticas, e as partes envolvidas – médico e paciente – em processo de procriação artificial contam com resoluções do Conselho Federal de Medicina (CFM). Recentemente houve importantes inovações quanto à abrangência de RA e quanto às normas orientadoras, a exemplo da nova Resolução CFM 2.121/2015 e dos Provimentos 21/2015-CGJ-PE e CNJ 52/2016 sobre o registro de crianças geradas por RA. Este último exige identificação dos doadores do material genético. Objetiva-se demonstrar avanços para atender ao melhor interesse das crianças havidas por RA e seus pais, e à igualdade entre filhos na emissão da certidão de registro civil em cartório no Brasil, independente de ação judicial, apontando violação do sigilo médico e do direito ao anonimato do doador no provimento nacional.

**Palavras-chave:** Técnicas reprodutivas assistidas. Poder familiar-Comportamento reprodutivo. Planejamento familiar. Família. Registro de nascimento. Confidencialidade. Transferência embrionária-Fertilização in vitro.

## Abstract

### Assisted reproduction: a right of all. How to proceed with the registration of the child?

The assisted reproductive techniques (ART) applied in Brazil, in face of the lack of federal legislation, are based on ethical standards since 1992. The parties involved – doctor and patient – in an artificial conception process count on resolutions of the Conselho Federal de Medicina – CFM (Brazilian Federal Council of Medicine). Recently there were important innovations in the scope regarding who can perform ART and regarding the guiding norms, such as the new CFM Resolution 2,121/2015, as well as Provisions 21/2015- CGJ PE and CNJ 52/2016 concerning the registration of children generated by ART. The latter Provision requires the identification of donors of genetic material. Therefore, the aim of this paper is to present improvements to attend to the best interests of children born through ART and that of their parents, and equality among children when issuing birth certificates in Brazil, regardless of any lawsuit pertaining to a violation of medical confidentiality and the right to donor anonymity, as per the national provision.

**Keywords:** Reproductive techniques, assisted. Parenting-Reproductive behavior. Family planning (Public health). Family. Birth registration. Confidentiality. Embryo transfer-Fertilization in vitro.

1. **Doutor** jhgallo@uol.com.br 2. **Doutoranda** gcwallace1@gmail.com – Universidade do Porto, Portugal.

## Correspondência

Giselle Crosara Lettieri Gracindo – SBN Quadra 2, Lote 712, Bloco F, salas 805/807, Edifício Via Capital CEP 70041-906. Brasília/DF, Brasil.

Declararam não haver conflito de interesse.

Las técnicas reproductivas asistidas (RA) se aplican hace décadas, pero muchos de sus aspectos no han alcanzado un consenso. Algunas situaciones generan discusiones, dado que no hay una unificación de la legislación, como el derecho de registro civil del nacimiento de los hijos generados por esa técnica. La ausencia de unificación se da tanto en el ámbito nacional como internacional. En Brasil, ni siquiera existen normas federales sobre este tema. Francia, en 2014 (es decir, recientemente) fue condenada por la Corte Europea de Derechos Humanos (CEDH) por no reconocer, para fines de registro de nacimiento civil, niños que, aunque sean hijos de matrimonios franceses, tuvieron ayuda de una madre sustituta (donadora temporal de útero) para ser gestados, procedimiento realizado en Estados Unidos (EUA)<sup>1</sup>.

El derecho de filiación implica otros derechos inherentes al ser humano, especialmente el derecho de dignidad, identidad, sucesión, derecho de seguridad social, de alimentos, vínculo familiar, entre otros. La CEDH basó su decisión en los principios del derecho de identidad y de herencia para justificar la aceptación de los Registros de Francia. En Brasil, desde la Constitución de 1988<sup>2</sup> está prohibido discriminar hijos por cualquier motivo, importando poco su legitimidad, la circunstancia de su concepción o si son adoptados o no. Esas distinciones que existían antes entre hijos fueron sustituidas por el principio de igualdad, pero permanece el uso del criterio biológico o no biológico<sup>3</sup>, una vez que se admite la filiación socioafectiva.

La gestación por sustitución con fines lucrativos no está prevista en las normas éticas que rigen la reproducción asistida y sus técnicas en Brasil. Lo que se admite es la donación temporal del útero, modalidad a partir de ahora considerada siempre que la gestación por sustitución sea mencionada en este artículo, excepto si es mencionada puntualmente de otra forma. Incluso las donadoras temporales de útero deben tener hasta un cuarto grado de parentesco de uno de los padres, con el fin de evitar la motivación financiera.

Debido a la falta de legislación federal y considerando las normas éticas sobre la reproducción asistida editadas por el Consejo Federal de Medicina (CFM), en 2015, y por recomendación del Consejo de Justicia Federal (CJF) y del Instituto Brasileño de Derecho de Familia (IBDFAM), surge la Disposición 21/2015<sup>4</sup> de la Inspección General de Justicia del Estado de Pernambuco. Publicado en noviembre de 2015, norma el procedimiento de registro de nacimiento civil de hijos provenientes de RA por

matrimonios hétero y homoafectivos, admitida, de esta forma, la multiparentalidad en ese Estado. Teniendo en cuenta la necesidad de estandarizar las nuevas reglas sobre la emisión de registro civil de nacimiento de hijos provenientes de RA de matrimonios heteroafectivos y homoafectivos en el territorio nacional, en marzo de 2016 la Inspección Nacional de Justicia (CNJ) editó la Disposición 52/2016<sup>5</sup>.

Así, considerando la garantía establecida por las normas éticas del registro civil de los hijos de padres genéticos en caso de gestación por sustitución en Brasil y las nuevas reglas introducidas para promover la filiación y el registro de nacimiento, se demostrará el avance normativo en beneficio de familias que necesiten técnicas de RA. Sin embargo, la disposición nacional pasa a llevar el secreto profesional del médico y el derecho de anonimato del donador del material genético.

### Multiparentalidad y reproducción asistida

El derecho vive en una mutación constante, teniendo como base los cambios continuos de la sociedad, la cual exige renovación de las ciencias jurídicas para hacer seguimiento de los actos y hechos sociales en movimiento. El derecho y concepto de familia también experimenta diversas transformaciones con el paso de los siglos, principalmente por el quiebre de paradigmas en relación con las formas de agruparse y de instituirse entidades familiares. La aceptación social de la separación conyugal dio paso a conceptos de familias con núcleos compuestos no solo por “padre, madre e hijos”, como prevaleció hasta el final del siglo XX. De esta forma, empiezan a aparecer diversos núcleos familiares constituidos en enlaces sucesivos de uno o dos padres o dos madres. En paralelo a eso, la unión homoafectiva también está ganando un espacio y, en la actualidad, se considera una entidad familiar, sin poder sufrir de discriminación por la opción sexual de los progenitores.

En el derecho brasileño, la Constitución de 1988<sup>2</sup> introdujo innovaciones sobre la familia, la cual se define como la base de la sociedad que cuenta con protección especial del Estado y reconoce una unión estable entre el hombre y la mujer como una entidad familiar. Conceptualizó como una entidad familiar a *la comunidad formada por cualquiera de los padres y sus descendientes*<sup>6</sup>, reconociendo otras formas de núcleos familiares además del matrimonio. Por otro lado, el artículo 226, § 5º igualó a los cónyuges en derechos y deberes en sociedad

conyugal. Posteriormente, en 2011, el Supremo Tribunal Federal (STF) reconoció la unión homoafectiva como una entidad familiar<sup>7</sup>.

Dada la contemporaneidad de los conceptos de entidad familiar, surge la multiparentalidad, la cual es la posibilidad jurídica de constar en el registro civil sobre una persona con más de un padre o madre. Anteriormente, la filiación consideraba lo que designaba como vínculo biológico y legítimo, es decir, solo a los hijos biológicos nacidos en el matrimonio. Sin embargo, el artículo 227, § 6º de la Constitución equiparó en derechos y calificaciones a todos los hijos biológicos o no, tenidos o no en matrimonio, prohibiendo cualquier discriminación.

Además de la previsión constitucional, el principio de igualdad del derecho a la afiliación también está previsto en el artículo 1.596 del Código Civil: *Los hijos, tenidos o no en matrimonio, o por adopción, tendrán los mismos derechos y calificaciones, se prohíbe cualquier designación discriminatoria relativa a la afiliación*<sup>8</sup>. Según Paulo Lobo<sup>9</sup>, *no se permite que la interpretación de las normas relativas a la afiliación pueda revelar cualquier residuo de desigualdad de tratamiento a los hijos, independientemente de su origen, desapareciendo los efectos jurídicos diferenciados en las relaciones personales y patrimoniales entre padres e hijos, entre los hermanos y en lo que concierne a los lazos de parentesco*. Es posible notar que tanto la Constitución<sup>2</sup> como el Código Civil<sup>8</sup> describen un concepto único de filiación, lo cual abandona conceptos como filiación legítima, ilegítima, adoptiva, adulterio y natural<sup>3</sup>.

La multiplicidad de entidades familiares admisibles posibilita la constitución de núcleos con más de una figura paterna o materna, no necesariamente biológica, pero sí afectiva. Ejemplifican esos tipos de familia aquellas que son formadas por personas que ya tengan hijos, junto a otras que tengan hijos o no (en relaciones homo o heteroafectivas), mujeres y hombres que tengan hijos solos por técnicas de RA, adopción o medios naturales, entre otras opciones. Ese vínculo puede generar en los involucrados el deseo de expresar afecto formalmente, es decir, registrando ese hijo con otros padres o madres, de ahí viene la multiparentalidad en la filiación.

Por lo tanto, *la filiación socioafectiva es aquella consistente en la relación entre padre e hijo, o entre madre e hijo, o entre padres e hijo, en que no existe vínculo sanguíneo entre ellos*<sup>10</sup>, nítidamente ligada al principio de la afectividad fundamentado constitucionalmente, conforme Paulo Luiz Netto Lobo, citado por Cristiano Cassettari<sup>11</sup>. Entonces, el desarrollo social sujeto al derecho de dignidad

humana, de igualdad, de constituir familia en la modalidad que le conviene, derecho a la afectividad reconocida y a la planificación familiar permite que personas, en el ejercicio de su autonomía, escojan entre las posibilidades existentes la forma, el momento y el medio de formar familiar, de tener hijos, sin ser reprimidas, de reconocer esos hijos legalmente, de pasarles su legado: legado de vida, de historia y hasta patrimonial.

### Nueva resolución CFM sobre reproducción asistida

A partir de 1992, el CFM comenzó a establecer normas éticas sobre RA. La primera resolución fue publicada casi una década después del nacimiento del primer bebé probeta brasileño<sup>12</sup>. Al editar la primera resolución sobre RA<sup>13</sup>, el CFM consideró que la infertilidad humana es un problema de salud y que las personas que experimentan esa situación están interesadas en solucionarla. Consideró también que la medicina proporcionó posibilidades de superación, incluso por medio de la técnica de RA, la cual, para ser aplicada, debe estar en sintonía con la bioética. Esa resolución estableció principios generales que determinaban que las técnicas de RA tenían un *papel auxiliar en la resolución de los problemas de infertilidad humana*<sup>13</sup>, con la intención de contribuir con el proceso de procreación, en caso de que otros métodos no tuvieran éxito.

Hubo cambios en la Resolución CFM 2.013/2013<sup>14</sup> como resultado de la Acción Directa de Inconstitucionalidad 4.277 (ADI 4.277) y Acusación de Incumplimiento de Precepto Fundamental 132 (ADPF 132), juzgadas por el STF<sup>7</sup> en 2011, cuando el pleno de esa Suprema Corte reconoció y calificó como entidad familiar la unión estable homoafectiva. Entre las novedades, aquella resolución permitía técnicas de RA en relaciones homoafectivas y para personas solteras, siempre que se respeta el derecho de objeción de conciencia del médico. Las técnicas de RA para parejas homoafectivas femeninas, además de otros puntos, dieron lugar a la nueva Resolución CFM 2.121/2015<sup>15</sup>.

Las normas éticas siempre tuvieron el cuidado de aclarar qué paciente podría someterse a las técnicas (*toda mujer capaz, después todas las personas capaces*), incluso en los casos de gestación compartida en unión homoafectiva femenina en que no existe infertilidad y su contenido actual resultó en un perfeccionamiento paulatino de los instrumentos normativos precedentes, culminando en

la Resolución CFM 2.121/2015<sup>15</sup>, la cual engloba a todas las personas capaces, ya sean solteras o si están en relaciones heteroafectivas u homoafectivas. Las parejas homosexuales tienen barreras naturales para reproducirse, por lo tanto, el papel de la ciencia es ayudarlos y posibilitar que tengan las mismas oportunidades de constituir una familia. También es función de la justicia proporcionar seguridad jurídica a esas parejas, garantizando que la formación de la familia no se dé solo por medio de la adopción de niños huérfanos (a pesar de que se trata de un gesto laudable), sino de que puedan tener hijos biológicos. En base a las normas éticas actuales sobre el tema, se nota una mayor inclusión de esas parejas en el uso de las técnicas.

La biparentalidad materna (bimaternalidad) ocurre exactamente cuando se permite que dos madres registren a una persona<sup>16</sup>. Al principio, las parejas homoafectivas femeninas que recurrían a la RA usaban material del donador masculino anónimo, pero eso cambió con la Resolución CFM 2.121/2015. Ahora, es posible usar material de una mujer e implantarlo en su pareja, lo cual viabilizaría, por lo tanto, el registro del hijo a nombre de dos madres, pues las dos compartieron el embarazo del niño<sup>15</sup>. Considerando esos cambios en relación a quienes se pueden beneficiar de las técnicas de RA y la jurisprudencia mayoritaria del STF sobre la entidad familiar, disminuyó la necesidad de regulación de los registros de niños nacidos por esas técnicas. Esa garantía de registro civil de los niños por parte de los padres genéticos está prevista en la resolución CFM actual.

### Derecho de filiación y registro civil de nacimiento

De acuerdo con el principio 3 de la *Declaración de los Derechos del Niño, desde el nacimiento, todo niño tendrá derecho a un nombre y a una nacionalidad*<sup>17</sup>. El Registro Civil de Nacimiento es un derecho fundamental y garantía del derecho de identidad, ya que la declaración de nacimiento es lo que formaliza legalmente la existencia de una persona. Además, es un documento esencial para la práctica de los actos de la vida civil. La gratuidad de su primera vía se garantiza en los términos del artículo 5º, inciso LXXVI, apartado "a" de la Constitución<sup>2</sup>. El plazo para registrar a un niño es de 15 días, *el cual será ampliado hasta tres meses para los lugares distantes a más de treinta kilómetros de la sede del registro*<sup>18</sup>.

Desde tiempos remotos, para que un individuo fuera registrado civilmente era necesaria una

pareja heterosexual para nombrarlo o, por lo menos, una madre. Por mucho tiempo, no se admitió en la sociedad una filiación homoparental. Sin embargo, esos preceptos se transformaron para adaptarse a nuevas realidades.

El derecho de filiación homoparental surge con el derecho de adopción. Sin embargo, no se trataba de derecho pleno, pues, según Cassettari<sup>19</sup>, esa adopción se daba de forma individual, solo por uno de los compañeros. Al final, considerando la existencia del prejuicio, cualquier intento de adopción compartida enfrentaría problemas para conseguir aprobación.

El Tribunal de Justicia de Rio Grande del Sur fue el primero en permitir la adopción conjunta de parejas homosexuales<sup>19</sup>, en 2006. A partir de ahí, surgen otras acciones de parejas homosexuales que requerían el derecho de filiación conjunta, porque esos niños han convivido con la pareja de su padre o madre adoptivo(a). Sin olvidar que filiación implica derechos y deberes de naturaleza alimenticia, seguridad social y herencia, además de relacionarse tácitamente con afecto, lo cual es el aspecto más importante.

En mayo de 2011, el STF<sup>7</sup> reconoció la unión estable de parejas del mismo sexo al juzgar la ADI 4.277 y ADPF 132. Fundamentado en el artículo 3º, inciso IV de la Constitución<sup>2</sup>, el entonces ministro Ayres Britto aclaró que cualquier tipo de *desigualdad jurídica* de persona en virtud del sexo, salvo se disponga lo contrario, afronta ese dispositivo y constituye un acto discriminatorio prohibido por la Constitución<sup>7</sup>.

La necesidad del uso de la gestación por sustitución común en técnicas de RA es un factor importante para la interrogante del derecho de filiación y del registro del niño que está por nacer. Para evitar que la donadora temporal del útero o su cónyuge/pareja exija cualquier derecho de filiación del niño, las resoluciones conllevan una serie de exigencias. Dentro de estas se encuentran las siguientes: Parentesco entre donadora y uno de los padres genéticos, con el fin de evitar un carácter lucrativo o comercial, firma del término de consentimiento informado, estableciendo la filiación del niño y, en caso de que la donadora esté casada o en unión estable, la aprobación del cónyuge o pareja en relación a la donación temporal del útero, reconociendo la inexistencia de cualquier derecho sobre el niño. La garantía del registro civil del niño por parte de los padres genéticos debe estar expresamente documentada durante el embarazo, considerando la donación temporal del útero en la gestación por sustitución.

Entre los documentos necesarios se encuentran las debidas identificaciones y autorizaciones de los donadores y de los receptores, las cuales deberán mantenerse bajo secreto médico por las clínicas, centros o servicios que emplean la donación. El Código Civil<sup>8</sup> no enseñó la RA de forma exhaustiva, pero, conforme a la interpretación de los artículos 1.593 y 1.597, además de reconocer el parentesco natural y civil derivado de la consanguinidad o de otro origen en relación con la filiación, considera a los hijos concebidos por RA bajo matrimonio.

Conforme a lo expuesto, en Brasil la gestación por sustitución se permite por normas éticas, siempre que no tenga fines lucrativos o comerciales y se excluye cualquier derecho de filiación de la donadora sobre el niño<sup>15</sup>. Sin embargo, esto es un asunto bastante divergente. En Francia, por ejemplo, se prohíbe la donación temporal del útero, lo cual se considera un acto peligroso que atenta contra el orden público. El Código Civil francés, con fundamento en la Ley de Bioética interna, considera como nulo cualquier tipo de acuerdo o convención de gestación por sustitución<sup>20</sup>. En base a esa prohibición, Francia no reconoce como derecho de filiación de niños nacidos de gestación por sustitución realizada en otros países, con el objetivo de desestimular esa práctica por parte de la población francesa. Sin embargo, una pareja francesa decidió recurrir a las técnicas de RA utilizando la gestación por sustitución en California, siguiendo todos los procedimientos legales locales, y tuvieron dos niñas. Una vez de vuelta en su país, reivindicaron los registros civiles de sus hijas, los cuales fueron negados<sup>20</sup>. La pareja apeló a la decisión y el juicio se dividió en dos tesis: 1) *violación del respeto por la vida familiar*, en la cual se deliberó la ausencia de violación por parte de Francia; 2) *violación al respeto del derecho a la vida privada de los niños*. En atención al interés superior y al derecho de identidad de los niños, el Estado tuvo que reconocer su filiación. Sin embargo, es importante destacar que tal decisión no alteró la legislación francesa sobre este tema, lo cual podrá generar nuevos procesos judiciales<sup>1</sup>.

En Brasil, con la resolución actual del CFM<sup>15</sup>, surgieron dudas sobre cómo se otorgaría el Registro de Nacimiento de los hijos de parejas homoafectivas, si sería necesaria la intervención judicial o si podría realizarse directamente en el registro competente. Cuando se trataba de parejas homoafectivas femeninas, los registros inscribían al niño concebido por RA en nombre de la madre que lo engendró, lo cual le dejaba a la otra persona tener que realizar el proceso de adopción del niño. En el caso de parejas

homoafectivas masculinas, ambos padres deberían realizar la adopción. Eso significaba judicializar la RA y el derecho de afiliación.

Oportunamente, considerando las innovaciones de la resolución del CFM<sup>15</sup>, el Consejo de Justicia Federal promovió la VII Jornada de Derecho Civil y aprobó el Enunciado 608, el cual expone: *Es posible el registro de nacimiento de los hijos de personas del mismo sexo originarios de reproducción asistida, directamente en el Registro Civil, siendo dispensable la presentación de acción judicial, en los términos de la regulación de la Inspección local. Parte de la legislación: arts. 1.593 y 1.596 del Código Civil, Libro IV*<sup>21</sup>. De la misma forma, el X Congreso Brasileño de Derecho de Familia, organizado por el IBDFAM y realizado en octubre de 2015, emitió el Enunciado 12: *es posible el registro de nacimiento de los hijos de parejas homoafectivas, por reproducción asistida, directamente en el Registro Civil*<sup>22</sup>. Posteriormente, surgieron disposiciones que orientan el registro.

### Disposiciones sobre filiación en casos de reproducción asistida

Incluso antes de considerar para los padres, de cualquier naturaleza o clasificación, el derecho de registrar a sus hijos, es inherente a todo niño el derecho de origen, nombre, nacionalidad, identidad, registro civil, filiación e igualdad y no se admite ninguna forma de discriminación. También es su derecho gozar de protección especial para su desarrollo completo, con acceso a las condiciones de libertad y dignidad. Las naciones tienen el deber de establecer leyes, normas y otros medios suficientes para asegurar tales derechos, en atención al interés superior del niño<sup>17</sup>. Es de responsabilidad de toda la sociedad, incluyendo al Estado y a la familia, la protección de los derechos de los niños (y adolescentes).

De acuerdo con la *Convención sobre los Derechos de los Niños*<sup>23</sup>, en su artículo 3, inciso 1, *todas las acciones relativas a los niños, llevadas a su efecto por instituciones públicas o privadas de bienestar social, tribunales, autoridades administrativas u órganos legislativos, deben considerar, primordialmente, el mejor interés del niño*. De esa forma, considerando la multiplicidad de entidades familiares admisibles en la sociedad brasileña, siempre son necesarios ajustes en la legislación y normas éticas.

A partir del reconocimiento de la unión homoafectiva como entidad familiar en 2011<sup>7</sup>, fueron necesarios muchos cambios en las normativas sobre asuntos correlacionados, como fue el caso de las

normas éticas de RA y la inminente necesidad de regulación de los registros de nacimiento. En 2014 surgió la Disposición 54/2014<sup>24</sup> de la Inspección General de Justicia del estado de Mato Grosso, lo cual regula el registro de nacimiento homoparental en dicho estado. Consideró preceptos constitucionales de igualdad entre hijos y el concepto amplio de familia, además del principio de la afectividad y de la dignidad de la persona. Además, propuso, entre otros fundamentos que corroboran el derecho de filiación homoparental, que la duplicidad de madre o padre no es un impedimento para el registro. Determinó, por lo tanto, que

*el certificado de nacimiento derivado de la homoparentalidad biológica o por adopción será inscrito en el Libro A, observada la legislación vigente, en lo que sea pertinente, con la adecuación para que consten los nombres de los padres o de las madres, así también como de sus respectivos abuelos, sin distinción de paternos o maternos, sin descuidar los siguientes documentos fundamentales: I – declaración del nacido vivo – DNV; II - certeza de matrimonio, de conversión de unión estable en matrimonio o escritura pública de unión estable<sup>24</sup>.*

Se destacó también que *en la homoparentalidad biológica también será exigido: I – término de consentimiento, por instrumento público o particular con firma reconocida; II – declaración del centro de reproducción humana. Además, cuando se trate de homoparentalidad por adopción, se exigirá también el mandado judicial que determina la alteración del registro de nacimiento<sup>24</sup>. Conforme a eso, la Resolución CFM 2.121/2015<sup>15</sup> permitió la gestación compartida en unión homoafectiva femenina en que no exista infertilidad. En base a eso, la Inspección General de Justicia de Pernambuco se manifestó favorablemente al recurso contra la decisión de primera instancia, al publicar la Disposición 21/2015 que *regula el procedimiento de registro de nacimiento de hijos por reproducción asistida, por parejas heteroafectivas u homoafectivas, admitida la multiparentalidad, en el ámbito del estado de Pernambuco y da otras medidas<sup>25</sup>.**

*La provisión instituye medidas desburocratizadas al registro civil y sirve, con originalidad, para la reducción de la jurisdicción de las hipótesis de reproducción asistida, cuando para los fines de registro era exigible la intervención judicial, designada frente a innumerables casos de gestación por sustitución (gestación por otros) o de proyectos parentales de parejas homoafectivas<sup>26</sup>.*

Esa provisión<sup>25</sup> destaca en su artículo 1º la multiparentalidad, pues permite la duplicidad

parental y la paternidad o maternidad por personas del mismo sexo, teniendo en cuenta que la Ley 6.015/1973<sup>18</sup> no prohíbe dos padres o dos madres en el registro del niño. Además, considera *la cláusula “otro origen” para el parentesco civil, consagrado por la socioafectividad parental, como se dispone en el art. 1.593, parte final, del Código Civil<sup>25</sup>.* En relación a la documentación para la redacción del certificado de nacimiento, el artículo 2º de esa provisión exige:

*Declaración de Nacido Vivo – DNV; Declaración de la clínica, del centro o del servicio médico de reproducción humana, firmada por su director y/o por el médico responsable, con firma reconocida, que haya aplicado las técnicas de reproducción asistida, con indicación del uso de las técnicas de RMA y sus beneficiarios; Certificado de nacimiento original o copia autenticada, bajo la hipótesis de padres y madres solteros, junto con un documento de identificación civil con la foto del(os) declarante(s); Certificado de matrimonio, original o con copia autenticada, actualizado en un periodo no inferior a 90 días o Certificado de conversión de unión estable en matrimonio, actualizado en el mismo plazo o, incluso, escritura pública de unión estable<sup>25</sup>.*

Como se observa, la provisión también consideró el registro de nacimiento cuando se trata de gestación por sustitución e informa que una declaración de los profesionales responsables de la aplicación de las técnicas de reproducción asistida, conforme a su artículo 2º, párrafo 1º, deberá registrar el hecho. Además, debe indicar que la persona que da a luz es donadora temporal del útero, presentando incluso un documento que compruebe la autorización de su cónyuge o pareja para la realización del procedimiento<sup>25</sup>.

La provisión aclara que en el caso de un nacimiento por RA *post-mortem*, además de los criterios ya establecidos, también es necesario que se presente, con firma reconocida en el registro, la declaración o término de autorización de uso del material biológico del fallecido. En caso de duda sobre cómo proceder, el Juez Registral es competente para resolverlas, oído el Órgano Ministerial, en un plazo de hasta diez días<sup>25</sup>. Esa provisión tenía como objetivo el orientar oficios de registro civil para que promuevan registros de nacimientos provenientes de RA, lo cual propone *más seguridad, celeridad y eficiencia para el acto registral y busca contribuir, jurídicamente, a la evolución científica de los derechos de reproducción<sup>26</sup>.*

Considerando que las provisiones citadas regulan un registro solamente en sus propios estados,

La Inspección Nacional de Justicia, del Consejo Nacional de Justicia (CNJ), editó la Disposición 52<sup>5</sup>, del 14 de marzo de 2016, uniformizando en todo el territorio nacional el registro de nacimiento y la emisión de la respectiva certificación para los hijos de parejas heteroafectivas y homoafectivas tenidos por medio de técnicas de RA. La Inspección Nacional de Justicia y el órgano del CNJ que velan por el buen funcionamiento de los servicios judiciales, con poder de fiscalizar servicios prestados por los notarios de los Estados Miembros. La Disposición CNJ 52/2016<sup>5</sup> establece que el certificado de nacimiento de los hijos tenidos por técnicas de RA, de parejas heteroafectivas u homoafectivas, no dependen de una autorización judicial previa, una vez que se observa la legislación en vigor, y la documentación exigida en esa disposición es requisito para el registro. En el caso de los hijos de parejas homoafectivas, el registro *deberá ser adecuado para que consten los nombres de los ascendentes, sin que haya ninguna distinción en cuanto a la ascendencia paterna o materna*<sup>5</sup>.

Incluso según esa disposición, conforme dispone su artículo 1º, § 1º, en el registro del niño pueden comparecer ambos padres o solamente uno de ellos, siempre que los padres estén casados o convivan en unión estable, ya sea una pareja heteroafectiva u homoafectiva. Su artículo 2º determina:

*Es indispensable, para fines de registro y de la emisión del certificado de nacimiento, la presentación de los siguientes documentos:*

*I – declaración del nacido vivo – DNV;*

*II - declaración, con firma reconocida, del director técnico de la clínica, centro o servicio de reproducción humana en que se realizó la reproducción asistida, indicando la técnica adoptada, el nombre del donador o de la donadora, con registro de sus datos clínicos de carácter general y características fenotípicas, así como el nombre de sus beneficiarios;*

*III – certificado de matrimonio, certificado de conversión de unión estable, escritura pública de unión estable o sentencia en que fue reconocida la unión estable de la pareja.*

*§ 1º En las hipótesis de donación voluntaria de gametos o de gestación por sustitución, deberán también presentarse:*

*I – término de consentimiento previo, por instrumento público, del donador o donadora, autorizando, expresamente, que el registro de nacimiento del niño a ser concebido se dé en nombre de otro;*

*II – término de aprobación previa, por instrumento*

*público, del cónyuge o de quien convive en unión estable con el donador o donadora, autorizando, expresamente, la realización del procedimiento de reproducción asistida.*

*III – término de consentimiento, por instrumento público, del cónyuge o de la pareja de la beneficiaria o receptora de la reproducción asistida, autorizando expresamente la realización del procedimiento.*

*§ 2º En la hipótesis de gestación por sustitución, no constará del registro el nombre de quien da a luz, informado en la declaración del nacido vivo –DNV<sup>5</sup>.*

En relación con la RA *post-mortem*, esa disposición establece la documentación exigida arriba en un *término de autorización previa específica del fallecido o fallecida para uso del material biológico preservado, establecido por instrumento público*. También se destaca que el *conocimiento de la ascendencia biológica no importará en el reconocimiento de vínculo de parentesco y de los respectivos efectos jurídicos entre el donador o la donadora y el ser generado por medio de la reproducción asistida*<sup>5</sup>. Se observa que no hay gran divergencia entre los textos de las disposiciones de Pernambuco y las nacionales, pero además de regularizar el registro de nacimiento para todos los registros del país, prohíbe la negación de la emisión de los registros. Otro punto diferencial es que la disposición nacional no habla expresamente de multiparentalidad (duplicidad parental), sino que se refiere al tema de forma genérica, disponiendo del registro para hijos por técnicas de RA de parejas heteroafectivas y homoafectivas.

De esta forma, desde marzo de 2016, la emisión de registro de niños tenidos por técnicas de RA por parejas heteroafectivas u homoafectivas deja de ser un problema para los padres en todos los registros del país. Además de tranquilizar a los padres, se elimina la necesidad de buscar decisiones judiciales que autoricen los registros de esos niños. Por consiguiente, la norma entrega un avance relevante en el derecho de filiación y en el ejercicio de los principios de la igualdad, afectividad, de la planificación familiar, de la dignidad de la persona, mejor interés del niño y, principalmente, del reconocimiento de las diversas formas de familias previstas constitucionalmente.

### Certificado de nacimiento de los hijos tenidos por RA

A pesar de destacar las ventajas reconocidas propuestas por la Disposición CNJ 52/2016, la norma

no resguardó el secreto entre médico y donador. Al exigir como documento indispensable, en el inciso II del artículo 2º, una declaración del *director técnico de la clínica, centro o servicio de reproducción humana en que se realizó la reproducción asistida, indicando la técnica adoptada, el nombre del donador o de la donadora*<sup>5</sup>, se rompen los principios de la confidencialidad y secreto inherentes al ejercicio de la medicina. El secreto de la relación médico-paciente no es prerrogativa reciente, pues a lo largo de la historia esa relación fue marcada por discreción entre las partes. Según el juramento de Hipócrates, *aquellos que en el ejercicio o fuera del ejercicio de la profesión y en la convivencia de la sociedad, yo haya visto u oído, que no sea necesario divulgar, conservaré completamente secreto*<sup>27</sup>.

En todas las resoluciones del CFM sobre RA, se resguarda la identidad civil de los donadores de gametos y embriones, así también como de los receptores, salvo que, en casos excepcionales, estas informaciones sean proporcionadas y mantenidas bajo el secreto profesional de los médicos<sup>15</sup>. El secreto profesional se resguarda en el artículo 154 del Código Penal, el cual decreta pena de detención al profesional, guardián de secreto ajeno, que sin justo motivo venga a revelarlo, pudiendo causar daño a su titular<sup>28</sup>. Se destaca que, en la relación médico-paciente, el secreto es un derecho del paciente, vinculado a su intimidad, integridad y honra. Para el médico resta la obligación de no violarlo sin consentimiento<sup>29</sup>, pues, conforme el Código de Ética Médica (CEM), en su artículo 73, se le impide al profesional *revelar un hecho del que tenga conocimiento en virtud del ejercicio de su profesión, salvo que sea por motivo justo, deber legal o consentimiento, por escrito, del paciente*<sup>30</sup>.

Brauner, citada por Morales, afirma que *la identidad del donador solo puede revelarse en casos de criterios médicos de emergencias, como, por ejemplo, en las situaciones en que la persona tenga necesidad de obtener informaciones genéticas indispensables a su salud o en la utilización de gametos con carga genética defectuosa*<sup>31</sup>. Por lo tanto, la Disposición CNJ 52/2016<sup>5</sup>, cuando exige, en su artículo 2º, apartado II, el nombre de los donadores(as), viola el derecho del donador anónimo, de aquel que no quiere dar identidad genética al material donado en el caso de RA heteróloga. Al mismo tiempo, coloca al médico en una situación delicada, pues al cumplir lo determinado en la disposición, pasará a llevar al CEM<sup>30</sup> y las propias recomendaciones de la resolución sobre RA vigente.

La disposición no justificó la necesidad de revelación del nombre de los donadores(as) de material

genético para efectuación del registro, una vez que la filiación deberá ser registrada por los padres del niño, independiente del origen del material genético. Para Francia, *se admite por justa causa interés de orden moral o social que justifique o no el cumplimiento de la norma, siempre que los motivos presentados sean, de hecho, capaces de legitimar tal violación*<sup>32</sup>. No es posible observar en la disposición justa causa para sustentar la exigencia. La defensa jurisprudencial por la identidad genética se funda en el...

*principio fundamental de la dignidad de la persona, establecido en el art. 1º, inc. III, de la CF/88 como uno de los fundamentos de la República Federal de Brasil y contempla el derecho a la identidad biológica y personal. Es violación al principio de la dignidad de la persona cercenar el derecho de conocimiento del origen genético, respetándose, por consiguiente, la necesidad psicológica de conocer la verdad biológica*<sup>33</sup>.

Otro principio que fundamenta el derecho a la identidad genética es el derecho de personalidad, el cual *es la sede de todos los derechos, tales como: dignidad de la persona, vida, salud, libertad, igualdad, afectividad e inviabilidad de la intimidad*<sup>34</sup>.

Por otro lado, antes de presentar el contrapunto a la disposición, se destaca que este trabajo no tiene como objetivo discutir si la persona de origen genético por medio de donador anónimo por RA heteróloga tiene o no el derecho de conocer dicho origen, pues para eso se deben considerar una serie de situaciones. La discusión atañe la exigencia efectuada por la disposición del nombre del donador para el registro del niño tenido por RA, así como la violación al secreto médico y a la intimidad del donador. Tanto las normas éticas como la legislación federal establecen penas para el que no respeta la obligación del guardián de secreto en razón de la profesión. De acuerdo con el principio bioético de la autoestima del paciente, la decisión del paciente debe respetarse y es tarea del médico considerarla y resguardarla hasta que su titular permita la divulgación.

El derecho a la intimidad, el cual integra el derecho de la personalidad, está previsto en la Constitución en su artículo 5º, apartado X, y determina que *son inviolables la intimidad, la vida privada, la honra y la imagen de las personas, asegurado el derecho a la indemnización por el daño material o moral debido a su violación*<sup>2</sup>. En el Código Civil vigente, se declara en el artículo 21 que *la vida privada de la persona natural es inviolable y el juez, como requerimiento del interesado, adoptará las providencias necesarias para impedir o hacer cesar el acto contrario a esta norma*<sup>8</sup>.



La obligación impuesta por la disposición de declaración que revele la identidad de donador del material genético del niño tenido por RA viola la garantía constitucional del donador anónimo, el cual podrá pedir una reparación civil a los responsables del rompimiento del anonimato. Por otro lado, el rompimiento del secreto profesional, además de la inseguridad jurídica en la relación médico-paciente también es una pena disciplinaria y penal. El donador realiza la donación del material genético de forma espontánea y generosa para ayudar a familias con problemas para procrear, solicitando a cambio solo discreción en relación a su identidad. Tal medida importará un retroceso a la RA heteróloga, pues restringe al donador que no desea ser identificado.

### Consideraciones finales

La filiación es derecho inherente a la persona, así como el derecho al origen, nacionalidad e identidad. Es el primer paso en la dimensión jurídica para que las personas sean identificadas como sujetos constituidos de derechos y deberes y reconocidos socialmente. El principio de la planificación familiar permite que familias se formen libres de cualquier coacción o imposición de modelos.

Conforme a lo demostrado en este trabajo, actualmente existe diversidad en los modelos familiares y el deseo de tener hijos puede ser común para todos ellos. De esta forma, las naciones deben providenciar medios que aseguren el mejor interés

del niño y, aun cuando hay divergencias normativas o prohibiciones del uso de ciertas técnicas para la reproducción, es necesario considerar ese interés.

La evolución de la ciencia exige constante actualización jurídica, ética y moral de la sociedad, como ilustran las normas y leyes orientadas a la regulación de las técnicas de RA, cuya importancia es creciente en la constitución de las familias contemporáneas. En tales circunstancias, en las cuales la RA gana expresión en la sociedad brasileña, las normas de ética médica han desempeñado un papel fundamental frente a la ausencia de legislación federal sobre RA en Brasil.

De la misma forma, el Disposición 52/2016<sup>5</sup> de la Inspección Nacional de Justicia busca desburocratizar y reducir la jurisdicción del registro de hijos tenidos por RA de parejas heterosexuales y homosexuales, buscando librarlos principalmente de demandas judiciales largas y desgastantes para registrar a sus hijos. Presenta reglas claras e inclusivas, facilitadoras de la emisión del registro civil. Sin embargo, no sustituye la legislación federal sobre RA.

Por lo tanto, a partir de lo expuesto, se considera que es tarea del Poder Legislativo elaborar normas sobre la materia, la cual actualmente se volvió primordial a la formación de familias brasileñas que recurren a las técnicas de RA. Se resalta que, incluso en el caso de que esa disposición sirva de base para la consolidación de la legislación nacional, la exigencia de revelar la identidad de los donadores para fines del registro civil merece revisión, ya que amenaza concomitantemente el secreto profesional y la intimidad del donador, garantizados constitucionalmente.

### Referências

1. Cour Européene des Droits de L'homme. *Affaire Mennesson c. France*: requête nº 65192/11. [Internet]. 26 set 2014 [acesso 16 jun 2016]. Disponível: <http://bit.ly/28Kz3Uu>
2. Brasil. Presidência da República. *Constituição da República Federativa do Brasil*, de 5 de outubro de 1988. [Internet]. *Diário Oficial da União*. Brasília; 5 out 1988 [acesso 3 dez 2015]. Seção 1. Disponível: <http://bit.ly/1bIJ9XW>
3. Lôbo P. *Direito civil: famílias*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva; 2014. p. 198.
4. Pernambuco. Corregedoria Geral da Justiça. *Provimento nº 21*, de 29 de outubro de 2015. Regulamenta o procedimento de registro de nascimento de filhos havidos de reprodução assistida, por casais heteroafetivos ou homoafetivos, admitida a multiparentalidade, no âmbito do Estado de Pernambuco, e dá outras providências. [Internet]. *Diário de Justiça Eletrônico*. Recife; 4 nov 2015 [acesso 13 dez 2015]. Disponível: <http://bit.ly/1sJZUI>
5. Brasil. Conselho Nacional de Justiça. *Provimento nº 52*, de 14 de março de 2016. Dispõe sobre o registro de nascimento e emissão da respectiva certidão dos filhos havidos por reprodução assistida. [Internet]. Brasília; 14 mar 2016 [acesso 7 abr 2016]. Disponível: <http://bit.ly/23pzzDu>
6. Brasil. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Op. cit. Art. 226, § 4º.
7. Brasil. *Lei nº 10.406*, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. [Internet]. *Diário Oficial da União*. Brasília; 11 jan 2002 [acesso 3 dez 2015]. Seção 1. Disponível: <http://bit.ly/1hBawae>
8. Lôbo P. Op. cit. p. 199.
9. Maluf ACRFD. *Direito das famílias: amor e bioética*. Rio de Janeiro: Elsevier; 2012. p. 18.
10. Fujita JS. *Filiação*. 2ª ed. São Paulo: Atlas; 2011. p. 71.
11. Cassettari C. *Multiparentalidade e parentalidade socioafetiva: efeitos jurídicos*. 2ª ed. São Paulo: Atlas; 2015. p. 11.

12. Brasil. Conselho Federal de Medicina. Resolução CFM nº 1.358, de 11 de novembro de 1992. Adota normas éticas para utilização das técnicas de reprodução assistida. [Internet]. Diário Oficial da União. Brasília; 19 nov 1992 [acesso 19 nov 2015]. Seção 1. Disponível: <http://bit.ly/1PysKr4>
13. Brasil. Conselho Federal de Medicina. Resolução CFM nº 2.013, de 16 de abril de 2013. Adota as normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida, anexas à presente resolução, como dispositivo deontológico a ser seguido pelos médicos e revoga a Resolução CFM nº 1.957/2010. [Internet]. Diário Oficial da União. Brasília; 9 maio 2013 [acesso 13 dez 2015]. Seção 1. Disponível: <http://bit.ly/1dtVHVJ>
14. Brasil. Supremo Tribunal Federal. Supremo reconhece união homoafetiva. [Internet]. 5 maio 2011 [acesso 17 nov 2015]. Disponível: <http://bit.ly/1NJ1pCp>
15. Brasil. Conselho Federal de Medicina. Resolução CFM nº 2.121, de 16 de julho de 2015. Adota as normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida... [Internet]. Diário Oficial da União. Brasília; 24 set 2015 [acesso 7 abr 2016]. Seção 1. Disponível: <http://bit.ly/1NW9tTQ>
16. Cassettari C. Op. cit. p. 160.
17. Universidade de São Paulo. Biblioteca Virtual de Direitos Humanos. Declaração dos Direitos da Criança. Adotada pela Assembleia das Nações Unidas de 20 de novembro de 1959 e ratificada pelo Brasil. [Internet]. 1959 [acesso 14 jun 2016]. Disponível: <http://bit.ly/1Ughze2>
18. Brasil. Lei nº 6.015, de dezembro de 1973. Dispõe sobre os registros públicos, e dá outras providências. [Internet]. Diário Oficial da União. Brasília; 31 dez 1973 [acesso 7 abr 2016]. Disponível: <http://bit.ly/21qQwLU>
19. Cassettari C. Op. cit. p. 157.
20. Guimarães CMRN. Homologação de sentença estrangeira: gestão de substituição transnacional, o caso Mennesson e a Ordem Pública no Brasil. [Internet]. 2014 [acesso 15 jun 2016]. Disponível: <http://bit.ly/1rtuEDi>
21. Brasil. Conselho da Justiça Federal. VII Jornada de Direito Civil. [Internet]. [acesso 12 jun 2016]. Disponível: <http://bit.ly/295p5rV>
22. Instituto Brasileiro de Direito de Família. IBDFAM aprova enunciados. [Internet]. 27 out 2015. [acesso 17 nov 2015]. Disponível: <http://bit.ly/1UdHYDX>
23. Fundo das Nações Unidas para a Infância. Convenção sobre os direitos da criança. [Internet]. Unicef; 20 nov 1989 [acesso 16 jun 2016]. Disponível: <http://uni.cf/1neQger>
24. Mato Grosso. Corregedoria Geral de Justiça. Provimento nº 54, de 24 de julho de 2014. [Internet]. Diário da Justiça Eletrônico. Cuiabá; 28 jul 2014 [acesso 7 abr 2016]. Disponível: <http://bit.ly/1ZWGMsu>
25. Pernambuco. Corregedoria Geral de Justiça. Op. cit. p. 161.
26. Alves JF. Reprodução assistida ganha provimento. Migalhas. [Internet]. 10 nov 2015 [acesso 17 nov 2015]. Disponível: <http://bit.ly/28KMGCS>
27. Conselho Regional de Medicina de São Paulo. Missão, visão e valores. [Internet]. [s. d.] [acesso 21 maio 2016]. Disponível: <http://bit.ly/1rtuTOU>
28. Brasil. Presidência da República. Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. [Internet]. Diário Oficial da União. Brasília; 31 dez 1940 [acesso 21 maio 2016]. Disponível: <http://bit.ly/1UAXwkj>
29. Silva SQGE. Da violação do sigilo médico sob a perspectiva do Código de ética médica. [Internet]. 25 abr 2012 [acesso 17 maio 2016]. Disponível: <http://bit.ly/21qTe4d>
30. Brasil. Conselho Federal de Medicina. Resolução CFM nº 1.931, de 17 de setembro de 2009. Código de ética médica. [Internet]. Diário Oficial da União. Brasília; 24 set 2009 [acesso 20 maio 2016]. Seção 1. Disponível: <http://bit.ly/1ljiIN7>
31. Morales PC. O direito à identidade genética *versus* o direito ao anonimato do doador do material genético na reprodução assistida. [Internet]. [s. d.] [acesso 20 maio 2016]. Disponível: <http://bit.ly/261Ko3t>
32. França GV. Comentários ao Código de ética médica. 5ª ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan; 2005. p. 168-9.
33. Brasil. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial nº 833.712 RS (2006/0070609-4): Inteiro Teor. [Internet]. Relatora Ministra Nancy Andrighi. Brasília; 17 maio 2007 [acesso 20 mai 2016]. Disponível: <http://bit.ly/1tAH6TR>
34. Silva JM. Inseminação heteróloga: direito a identidade genética x direito ao sigilo do doador. Juris Way. [Internet]. 24 abr 2014 [acesso 19 mai 2016]. Disponível: <http://bit.ly/1WRxdwU>

#### Participación de los autores

Ambos autores participaron en la concepción y delineamiento del estudio, así también como de la revisión de la bibliografía. La redacción del artículo le corresponde a Giselle Crosara Lettieri Gracindo y José Hiran da Silva Gallo realizó la revisión crítica.

Recebido: 17.12.2015

Revisado: 13. 6.2016

Aprovado: 16. 6.2016