

# RAZÓN CRÍTICA VERSUS RAZÓN INSTRUMENTAL: LA VALIDEZ DE LOS CONTRATOS GESTACIONALES A LA LUZ DE LOS DERECHOS HUMANOS CONSAGRADOS EN EL ORDEN PÚBLICO INTERNACIONAL\*

## CRITICAL REASON VERSUS INSTRUMENTAL REASON: THE VALIDITY OF GESTATIONAL CONTRACTS CONSIDERING THE RIGHTS ENSHRINED IN INTERNATIONAL PUBLIC ORDER

Fecha de recepción: 22 de diciembre de 20233 | Fecha de aceptación: 21 de febrero de 2024

Laura NUÑO GÓMEZ\*\* y Lara MARTÍNEZ DE ARAGÓN LÓPEZ\*\*\*

### Resumen

Hace más de un lustro la constitucionalista Ángela Figueruelo señalaba como la crisis del estado social y la globalización de los mercados estaban desplazando el valor axiológico de la razón crítica hacia una razón instrumental que atiende a los fines, la utilidad y el pragmatismo, alertando de la pérdida de valores y de la vulneración de la dignidad que podía suponer<sup>a</sup>. Durante las últimas décadas se ha puesto en marcha un neocolonialismo reproductivo basado en dicha razón instrumental que pretende someter la reproducción a la lógica productiva. En el ámbito internacional no existe regulación específica sobre la materia y no son pocas las voces que reclaman un marco jurídico de alcance mundial para una cuestión que tiene tales dimensiones. El presente artículo analiza la compatibilidad entre los fundamentos jurídicos sobre los que se asienta la pretensión de legalizar los contratos gestacionales y el orden público internacional. Examina los derechos involucrados, las implicaciones de la nueva razón instrumental y el alcance en términos de justicia o ética deontológica.

**Palabras clave:** derechos y libertades, contrato gestacional, razón instrumental, razón crítica, orden público internacional.

### Abstract

More than half a decade ago, constitutional scholar Ángela Figueruelo pointed out how the crisis of the social state and the globalization of markets were shifting the axiological value of critical reason toward an instrumental reason that focuses on ends, utility, and pragmatism, warning of the potential loss of values and violations of dignity this shift could entail. Over recent decades, a form of reproductive neocolonialism based on this instrumental reason has emerged, seeking to subject reproduction to a productive logic. Internationally, there is no specific regulation on the matter, and many voices are calling for a global legal framework for an issue of such magnitude. This article analyzes the compatibility between the legal foundations underlying the push to legalize gestational contracts and international public order. It examines the rights involved, the implications of the new instrumental reason, and the scope in terms of justice or deontological ethics.

**Keywords:** rights and freedoms, gestational contract, instrumental reason, international public order.

\* Este trabajo ha sido realizado de forma conjunta por ambas autoras en el marco del Grupo de Investigación de Alto Rendimiento en Género y Feminismo de la Universidad Rey Juan Carlos (GIAR FEMGEN V326- 00008/082).

\*\* Profesora de la Universidad Rey Juan Carlos.

\*\*\* Profesora de la Universidad Rey Juan Carlos.

<sup>a</sup> Ángela Figueruelo Burrieza, El tríptico liberal y la globalización, 20 Revista General de derecho público comparado, 1-22 (2017).

SUMARIO: I. Razón crítica, modernidad y sujeto político. II. La razón instrumental como fuente de subordinación y discriminación. III. Principales resultados: la pugna entre la razón crítica y la instrumental. IV. Conclusiones: las implicaciones de la razón instrumental en la protección internacional de los derechos humanos. V. Bibliografía.

## I. RAZÓN CRÍTICA, MODERNIDAD Y SUJETO POLÍTICO

Como es sabido, el racionalismo ilustrado desplazó la legitimidad tradicional precedente dando a paso a una legitimidad racional del poder y la autoridad. El siglo de las luces haría de la razón crítica el faro que debía iluminar el pensamiento y la acción humana. No obstante, pese a la innovación normativa que supuso conviene advertir que, ni la consolidación del humanismo renacentista, que rebajó la omnipresencia del teocentrismo medieval y las supersticiones, ni el contractualismo o el racionalismo ilustrado, modificaron los prejuicios existentes respecto a la naturaleza y esencia de las mujeres que bajo el Contrato Sexual, tematizado por Pateman<sup>1</sup>, quedaron fuera de la consideración de sujetos racionales, políticos o de derecho.

Hecha esta relevante precisión, el objetivo de la razón crítica o sustantiva sería la reflexión, comprensión y explicación de los fenómenos sociales desde un enfoque axiológico, contemplando los fines últimos y, por tanto, la defensa de determinados valores constituiría la piedra angular, el fin último. Sin embargo, a mediados del siglo pasado Max Horkheimer, en su *Crítica de la razón instrumental*<sup>2</sup>, expresaba su preocupación por las consecuencias de la paulatina invasión de la razón instrumental en la sociedad moderna, alertando del cambio que supone sustituir la razón ilustrada, entendida como principio liberador, por una lógica instrumental ajena a la justicia como horizonte regulativo.

Casi concluyendo el primer tercio del siglo XXI podemos afirmar que la razón crítica, propia de la modernidad, se está viendo suplantada por una razón instrumental de carácter individualista más preocupada por la búsqueda de la utilidad y la eficiencia desvinculada de la libertad y la justicia. Un paradigma que focaliza su interés en la obtención de resultados que está priorizando la producción, el consumo acrítico y la satisfacción de los deseos sobre consideraciones humanísticas o incluso medioambientales. Frente al cuestionamiento de la ideología dominante, de las relaciones de poder o los fines últimos de la acción

1 Carole Pateman, El contrato sexual (Anthropos, 1995) (1988).

2 Max Horkheimer, Crítica de la razón instrumental (Jacobo Muñoz trad., Trotta. 2013) (1947)

humana, propio de una razón crítica que se cuestiona el “por qué” o el “para qué”, la instrumental centraliza sus esfuerzos en un “cómo” alcanzar un objetivo subordinando la reflexión crítica y los objetivos de carácter ético, moral o político.

Así, como acertadamente señala Figueruelo, “asistimos inermes a un proceso en el que la política se ve sometida a las exigencias y los dictados de la razón tecnocrática e instrumental dándose la paradoja de que en un mundo donde se ensanchan y universalizan los espacios económicos y sociales de los seres humanos, al mismo tiempo se ven reducidos de forma evidente los espacios políticos”<sup>3</sup>.

En la actualidad, el sincretismo que supone la coexistencia de ambas racionalidades plantea una colisión de paradigmas con implicaciones ineludibles en términos axiológicos, políticos y jurídicos. Por ello, el encaje entre ambas lógicas y la prevalencia que una u otra tenga será determinante en la capacidad del sistema público internacional para liderar normas de convivencia justas, sostenibles y equitativas.

## II. LA RAZÓN INSTRUMENTAL COMO FUENTE DE SUBORDINACIÓN Y DISCRIMINACIÓN

Como señala Figueruelo, el proceso de globalización de los mercados, pero no de los derechos, “ha ocasionado la pérdida de los valores que son el núcleo axial de la dignidad de la persona”<sup>4</sup>. En este escenario se están extendiendo y diversificando las formas de explotación y apropiación del cuerpo o la vida de las mujeres. Así, la pugna entre la racionalidad crítica y la instrumental se expresa de forma pregnante en la consideración ética y jurídica de los contratos gestaciones. Y, en ese choque de paradigmas, la construcción de las mujeres como cuerpos subalternos ha jugado a favor de la ética teleológica y la razón instrumental<sup>5</sup>. Así, la tolerancia o el beneplácito ante la expropiación histórica de la sexualidad y la reproducción femenina<sup>6</sup>, ha encontrado un estratégico aliado en un discurso neoliberal, según el cual todo puede ser considerado mercancía, máxime si representa un lucrativo nicho de mercado.

La mundialización de los mercados, en el sentido apuntado por Figueruelo, y los avances en materia de ingeniería genética, han permitido que se produzca un avance en técnicas de reproducción humana asistida que ofrece la

3 Ángela Figueruelo Burrieza, *op. cit.*, 9.

4 *Ibidem*, 1.

5 Para un análisis en profundidad sobre dicha consideración ver Laura Nuño, La construcción de las mujeres como cuerpos subalternos, 25 (1) Revista Historia y Comunicación Social, 181-190 (2020).

6 Lara Martínez de Aragón López, *El tratamiento jurídico internacional de los derechos sexuales y reproductivos desde una perspectiva iusfeminista*, 2 Atlánticas: revista internacional de estudios feministas, 79-109 (2023).

posibilidad, no solo explotar la capacidad reproductiva de las mujeres, sino de mercantilizarla a demanda.

El actual modelo de crecimiento, que cabría calificar de *poswestfalista*<sup>7</sup>, promueve una deslocalización de la producción y la rentabilización de la geopolítica de la desigualdad como estrategia para abaratar costes. No en vano, la expansión del mercado gestacional no ha sido neutral en términos Norte-Sur o clase social. El turismo reproductivo es más frecuente en países con Estados débiles o con una deficiente protección de los derechos de las mujeres, en los que es más probable encontrar jóvenes fértiles que se sometan (o sean sometidas) a la práctica por precios más asequibles. Por el contrario, las donantes de óvulos proceden de contextos menos desfavorecidos. Se busca en ellas la existencia de determinadas características fenotípicas, raciales o, incluso, formativas. *Último requerimiento* que explica que las universidades, bajo el sugerente *slogan* de “dona vida”, se hayan convertido en un objetivo cada vez más frecuente en el mercado de óvulos.

Las agencias mediadoras gestionan el servicio completo. Un “todo incluido” donde se ofertan cómodos “paquetes” que incluyen el desplazamiento de las y los comitentes, servicios médicos, jurídicos o financieros, la posibilidad de reemplazar la lotería genética por la selección genética<sup>8</sup> eligiendo las características de la gestante (incluyendo raza, altura, profesión, incluso coeficiente intelectual), donde el supermercado genético<sup>9</sup> ofrece, si se precisa, ovocitos de “donantes bellas, sanas e inteligentes”<sup>10</sup>. Una reproducción humana deslocalizada según criterios de oferta y demanda, abaratamiento de costes, incremento de beneficios, satisfacción del cliente o incluso servicio postventa.

No existe normativa internacional específica sobre el tema. Nada está previsto ni respecto a la contraprestación económica de la gestante, que varía sustancialmente según el contexto territorial, ni en lo relativo a las condiciones contractuales<sup>11</sup>. La inexistencia de tal regulación está provocando constantes vaivenes de las legislaciones estatales y, con ello, de la protección de los

7 En la medida que la globalización y los intereses de las corporaciones transnacionales han puesto en cuestión el concepto de soberanía nacional o el Estado-nación como límite territorial de la acción política.

8 Francis Fukuyama, *Our Posthuman Future: Consequences of the Biotechnology Revolution* (Farrar, Straus and Giroux, 2002).

9 Según terminología de Robert Nozick, *Anarchy, State, and Utopia* (Basic Books, 1974).

10 Como reza el *slogan* de las subastas de óvulos de jóvenes modelos organizada por Ron Harris (productor de Playboy). La foto de las mujeres y sus características físicas se ofrecía a los compradores inscritos en la página web Ron’s Angels. La puja de los ovocitos de cada modelo se abría en 15.000 dólares y, en algunos casos, llegó a alcanzar cifras cercanas a los 150.000 dólares. La página obtuvo, desde el año 1999 al 2005, casi cuarenta millones de dólares de beneficios. Ver Peter Singer, *De compras por el supermercado genético*, 27 *Revista Isegoría*. 19-40 (2002).

11 Cuyas exigencias pueden llegar a contemplar un estado de servidumbre o semiesclavitud allí donde las mujeres soportan una mayor vulnerabilidad siendo, además, donde suele ser menor la remuneración.

derechos involucrados. Así, mientras que los repetidos abusos en países en los que la práctica era legal, como Camboya, India, Nepal o Tailandia, ha obligado a modificar sus respectivas legislaciones para prohibir o limitar la práctica, se suceden las presiones en otros contextos territoriales para avalar su legalización, como Grecia o Portugal<sup>12</sup>.

En un debate no exento de polémica las posiciones heredadas de una racionalidad crítica defienden que la práctica supone un trato inhumano y degradante. Que, por tanto, vulnera el artículo 5 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, el artículo 7 del Pacto Internacional de Derechos civiles y políticos, el artículo 5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (o Pacto de San José) y el artículo 5 de la Carta Africana sobre Derechos Humanos y de los Pueblos. Y con ello, el amplio elenco de derechos que son consecuencia del reconocimiento de la igual dignidad de todos los seres humanos, entre otros, el respeto a la integridad física y moral o la interdicción del tráfico o venta de menores. Y, en este sentido, promueven la urgente adopción de una norma internacional que, lejos de legitimar la mercantilización del cuerpo humano y de los contratos gestacionales, regule su interdicción. En este sentido, una de las iniciativas más solventes es la Convención mundial promovida por la Coalición Internacional para la Abolición de la Gestación por Sustitución (CIAMS)<sup>13</sup>.

Por el contrario, la industria gestacional y posiciones promotoras de una racionalidad instrumental postulan la pertinencia de una regulación internacional que permita ofrecer seguridad jurídica necesaria en todo el proceso. Se amparan en que, una regulación internacional permitiría garantizar algunos derechos que podrían verse involucrados como el interés superior del menor, el derecho a decidir de las mujeres, el derecho a la vida familiar, el derecho de filiación, el libre acceso a las técnicas de reproducción humana asistida, proponiendo, en algunos, la tutela estatal de la supuesta modalidad altruista. La transcendencia de los derechos involucrados obliga a un examen pormenorizado de las implicaciones de ambas racionalidades y, en concreto, de la verosimilitud de las tesis regulacionistas a la luz del orden público internacional.

12 Es el caso de Grecia en 2015 o Portugal, con tres leyes aprobadas durante el periodo 2016-2019, que dejó sin efecto el Tribunal Constitucional luso. Para un análisis del conflicto político-judicial consultar Itziar Gómez Fernández, *El Tribunal Constitucional portugués frente al «modelo portugués» de gestación subrogada*, 11 *Revista Aranzadi Doctrinal*, 1-8 (2018).

13 Propuesta, hecha pública el 9 octubre de 2020 que recoge en sus doce artículos medidas encaminadas a “prevenir y prohibir el uso de la gestación por sustitución y todas las acciones que implementen, promuevan, alienten, permitan o faciliten esta práctica”. Disponible en: <http://abolition-ms.org/es/noticias/convencion-internacional-para-la-abolicion-de-la-gestacion-por-sustitucion/>

### III. PRINCIPALES RESULTADOS: LA PUGNA ENTRE LA RAZÓN CRÍTICA Y LA INSTRUMENTAL

#### 1. El orden público como garante de la seguridad jurídica

El primer argumento en defensa de la regulación internacional de los contratos gestacionales es que, frente al “mal mayor” que supone la indefinición actual, una regulación internacional permitiría ofrecer la seguridad jurídica necesaria para garantizar que todas las partes implicadas estuvieran protegidas frente a conductas arbitrarias y pudieran predecir, con un grado razonable de certeza y confianza, las consecuencias jurídicas de sus actos. De forma tal que, un acuerdo internacional, permitiría garantizar los derechos y libertades de todas las partes implicadas, autorizar solo aquellas prácticas menos dañinas (como la modalidad altruista), discernir entre comportamientos lícitos e ilícitos y evitar que el *baby business* continúe beneficiándose del vacío legal existente en muchos territorios.

Un enfoque que sigue la senda iniciada por los adalides de la reglamentación del sistema prostitucional que defienden que, si bien es cierto que conlleva explotación y riesgos para la salud, no ocurre cosa distinta en otros muchos trabajos. Una regulación laboral permitiría garantizar una justicia predecible, estableciendo ciertas condiciones o garantías y limitando la explotación de lo que cabría denominar “trabajadoras reproductivas”. Según sus tesis, al igual que no existe objeción alguna para que personas externas se ocupen del cuidado de menores o dependientes por motivaciones económicas, no debería existir impedimento alguno para regular la gestación como un trabajo y, con ello, garantizar los derechos de todas las partes; impidiendo los posibles abusos que acarrea su desregularización.

La primera objeción a dicho planteamiento es que no es lo mismo trabajar con tu cuerpo que hacerlo en tu cuerpo o que este sea el objeto del contrato. Tampoco parece tenerse en cuenta que la principal ley del mercado es que la demanda determina la oferta, si alguien está dispuesto a comprar, alguien venderá. No es descabellado pronosticar que la legalización de la gestación comercial incrementará la demanda y, con ello, el número de gestantes que necesitará el mercado.

A su vez, conviene advertir que, en muchos países, como es el caso de España, la gestación por sustitución ya está regulada, representa un contrato nulo y la tutela de las o los menores es un deber institucional. Si, como parece ocurrir, dicha nulidad se soslaya, la lógica indica que convendría reforzar la diligencia debida de los poderes públicos en aras de evitar la actual impunidad. Desde una racionalidad crítica es insostenible defender que el mero hecho de que se produzca *de facto* debe conducir, irremediabilmente, a su legalización y, con ello, a su legitimación. Si esto fuera válido para los vientres de alquiler, también

lo sería para ilícitos penales como la trata, el tráfico de estupefacientes, el fraude fiscal o el abuso de menores, por poner solo algunos ejemplos.

En cualquier caso, en la medida que convierte a las mujeres en medios y a las o los menores en mercancías, sean cual fueren las condiciones, el contrato gestacional -incluso las cláusulas menos lesivas- vulnerarían su dignidad. Como recuerda María Luisa Balaguer, la defensa de la dignidad obliga a limitar lo que puede ser objeto del tráfico jurídico, “entre ellos, el respeto al cuerpo humano, que debe ser dejado fuera de su consideración como mercancía, y que no puede estar sujeto al tráfico comercial”<sup>14</sup>.

En este sentido, conviene recordar que desde mediados del siglo pasado la universalidad de la dignidad como atributo inherente a todo ser humano se encuentra en el orden público internacional desde que fuera reconocida en la Carta de las Naciones<sup>15</sup>. Aunque inicialmente su inclusión en el Preámbulo le otorgó un reconocimiento meramente declarativo, la Declaración Universal de los Derechos Humanos la recogería en su artículo primero estableciendo que “todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos”<sup>16</sup>. Desde entonces el sentido ontológico de la dignidad representa un elemento distintivo e inherente a toda persona humana, alejándose de la concepción previa que consideraba la misma según una acepción axiológica, meritocrática o conductual.

El nuevo imperativo de la universalidad del sentido ontológico de la dignidad obliga a la defensa de la inviolabilidad de los derechos humanos a través de los cuales se protege y se expresa la misma como fundamento del orden político y la paz social. Y, por ello, otorgar visos de legalidad y seguridad jurídica a los contratos gestaciones no sólo colisionaría con la defensa de la dignidad sino con el propio orden político internacional.

## 2. Filiación: ¿interés superior o garantía de la posesión de estado?

La inseguridad jurídica que provoca la prohibición o la indefinición legal de la práctica en los países donde se pretende filiar a las y los menores, está planteando reiterados conflictos a la hora de garantizar su inscripción en los respectivos registros civiles nacionales. Un contexto en el que puede no operar ni el *ius soli* ni el *ius sanguini* y, por tanto, carecer de tutela parental o nacionalidad<sup>17</sup>.

<sup>14</sup> María Luisa Balaguer, Hij@s del mercado. La maternidad subrogada en un Estado Social (Cátedra 2017).

<sup>15</sup> Aunque con otra proyección, el antecedente previo será la Declaración de Filadelfia sobre los objetivos y fines de la Organización Internacional del Trabajo de 1944.

<sup>16</sup> Desde la aprobación de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, la dignidad se contempla en la gran mayoría de los Preámbulos de las Declaraciones y Convenios internacionales en materia de Derechos Humanos y, a su vez, en la parte dispositiva de algunos instrumentos como la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (art. 1) o la Convención Americana sobre Derechos Humanos, más conocida como Pacto de San José (art. 5.2 y art. 11).

<sup>17</sup> No en vano, a efectos de ofrecer cierta seguridad jurídica respecto a la situación del menor,

En los conflictos judiciales motivados por este hecho, es frecuente defender que la denegación de la filiación atenta contra la defensa de su interés superior, vulnera su derecho a la vida familiar y estigmatiza o daña moralmente a los seres humanos concebidos mediante un contrato gestacional.

Como es sabido, el interés superior del menor representa un principio que debe prevalecer sobre cualquier otro y su reconocimiento tiene alcance mundial desde que, en 1989, la Convención sobre los Derechos del Niño de Naciones Unidas (CDN) lo consagrara en su artículo 3.1, obligando a su prevalencia o prioridad tanto en las actuaciones de las instituciones públicas como en el ámbito de las organizaciones privadas.

Pero las cláusulas de los contratos gestacionales no protegen el interés superior del menor o la menor, sino los intereses de la clientela. De forma tal que la filiación permite garantizar la posesión de estado, la patria potestad o la propiedad de las criaturas acordadas. Acreditados órganos internacionales consideran la gestación comercial como una modalidad de venta y tráfico de niños/as que atenta, por tanto, contra su dignidad y su interés superior. Así, el artículo 2.a del Protocolo Facultativo de la CDN, aprobado en el año 2000, relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, definió la venta de niños/as como “todo acto o transacción en virtud del cual un niño es transferido por una persona o grupo de personas a otra a cambio de remuneración o de cualquier otra retribución”<sup>18</sup>; pudiéndose tipificar como tal, por tanto, los contratos gestacionales.

Una década después, el Comité de Derechos del Niño, en el informe emitido en relación con el cumplimiento del Protocolo en Estados Unidos<sup>19</sup>, consideró que “efectuar pagos antes del nacimiento y otros gastos a las madres biológicas, incluidas las madres sustitutas... impide la eliminación efectiva de la venta de niños con fines de adopción”. Y por ello, urgió al gobierno norteamericano para que “defina, reglamente, vigile y tipifique como delito la venta de niños, a nivel federal y en todos los Estados... incluidas cuestiones como la maternidad subrogada y los pagos antes del nacimiento”<sup>20</sup>.

---

algunos países donde la práctica es legal están exigiendo que el contrato de gestación cuente con el beneplácito de las disposiciones normativas vigentes en el país de destino. Y de ahí la urgente necesidad de su legalización.

18 Asamblea General. Resolución A/RES/54/263 del 25 de mayo de 2000. Ver también el artículo 35 de la Convención sobre los Derechos del Niño y el Informe de la Relatora Especial de Naciones Unidas sobre la venta y la explotación sexual de niños, de 15 de enero de 2018,

19 A diferencia de la CDN, dicho protocolo ha sido ratificado por Estados Unidos.

20 Comité de los Derechos del Niño, Observaciones finales sobre el segundo informe periódico de los Estados Unidos de América presentado de conformidad con el artículo 12 del Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, aprobadas por el Comité en su 62° período de sesiones (14 de enero a 1 de febrero de 2013), p.9.

Su consideración como venta o tráfico de niños/as ha sido también avalada por el Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas. En un informe emitido en marzo de 2018 denunció que “los contratos de maternidad subrogada constituyen venta de niños siempre que la madre de alquiler o un tercero reciban remuneración o cualquier otra retribución a cambio de trasladar al niño”<sup>21</sup>. Por tanto, y en la medida que tanto la legalización de la gestación comercial como la altruista contemplan la remuneración de la gestante, ambas, pueden ser consideradas como venta y tráfico de niños/as.

Por todo ello, regular los contratos gestacionales lejos de proteger a las y los menores vulneraría su interés superior, delegando *de facto* responsabilidades estatales indelegables como la valoración de la idoneidad de los comitentes para la concesión de la patria potestad que sí opera en el caso de las adopciones<sup>22</sup>. Es, precisamente, la defensa de su dignidad y su interés superior, lo que obliga a impedir un tratamiento que los mercantilice<sup>23</sup>.

Es más, su consideración en tanto producto o mercancía ha provocado casos de abandonos en destino cuando sus características no se ajustan a lo contratado o en supuesto en los que el diagnóstico genético preimplantacional no ha impedido evitar alguna enfermedad o diversidad funcional. Como fue el caso de Bridget, una niña prematura que nació con daños neurológicos y fue abandonada por el matrimonio norteamericano que había suscrito el contrato gestacional en Ucrania. La cesión de la filiación por parte de las gestantes ucranianas y la prohibición expresa prevista en su legislación para que la madre biológica adquiriera la filiación o custodia, condujo al internamiento de Bridget en un orfanato desde entonces hasta la fecha<sup>24</sup>.

No ha sido el único caso. En 2012 una pareja australiana contrató la gestación comercial fruto de la cual nacieron dos niños, uno con síndrome de Down. Aunque inicialmente optaron por abandonar al menor con la gestante, finalmente fue cedido en adopción a una tercera persona. El caso acabó en los juzgados al considerar que podía concurrir un ilícito penal por adopción ilegal, en el supuesto de no que no hubiera mediado contraprestación económica, o incluso compraventa de menores en el caso de haberse producido.

21 Naciones Unidas. Consejo de Derechos Humanos. Informe de la Relatora Especial sobre la venta y la explotación sexual de niños, incluidos la prostitución infantil, la utilización de niños en la pornografía y demás material que muestre abusos sexuales de niños. A/HRC/37/60136. Consejo de Derechos Humanos. 37º período de sesiones. 26 de febrero a 23 de marzo de 2018. Disponible en: <http://undocs.org/es/A/HRC/37/60>

22 Para un análisis más completo ver Javier Nanclares Valle, *El interés superior del menor en la gestación por sustitución*, 31 Revista general de derecho constitucional (2020).

23 Tribunal Supremo. Sala de lo Civil. Sentencia 835/2013, de 6 de febrero de 2014.

24 Para más información sobre bebés abandonados por la parte subrogante en ucrania, india o Tailandia se puede visionar el reportaje “Damaged Babies and Broken Hearts: Ukraine’s commercial surrogacy industry”. Disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=0euVSmfVcWc&feature=youtu.be>.

En agosto de 2019, un comitente norteamericano pidió consejo en la red social Reddit para “devolver” a un hijo concebido por este método. En concreto en su consulta rezaba: “Invertimos mucho dinero en una subrogación para tener a nuestro propio hijo juntos. La madre sustituta era una buena señora que cuidaba su cuerpo y nos llevábamos muy bien. Mi esposa y yo estuvimos tan emocionados tres días después de que diera a luz, pero una vez que vi al bebé supe que algo andaba mal. El bebé tenía rasgos asiáticos, cabello negro y ojos marrones cuando ambos somos personas rubias blancas con ojos azules. Inmediatamente mencionamos el problema con los médicos y pedimos una prueba de ADN. Yo no soy el padre (pero sí tiene el ADN de mi pareja). Los dos estamos realmente devastados por esto y contactamos con la empresa de subrogación... nos ofrecieron una compensación financiera siempre que no vayamos a los medios de comunicación o les demandemos... La madre sustituta también estaba desconsolada después de que le contáramos lo que sucedió, pero no puede permitirse el lujo de mantenerlo, ya que ella ya tiene cinco hijos. Necesitamos consejo, queremos emprender acciones legales contra la agencia y no quedarnos con el bebé”<sup>25</sup>. Si bien es cierto que estos casos pueden interpretarse como excepciones aisladas, lo cierto es que la falta de transparencia impide conocer el número y frecuencia de estas “devoluciones en caliente”.

Pero, por si todo ello no lesionara gravemente el interés superior del menor o de la menor, los contratos gestacionales vulneran el derecho de los menores a conocer sus orígenes e identidad<sup>26</sup> estipulado el artículo 7 y 8 de la Convención de los Derechos del Niño y tiene implicaciones severas en el proceso gestacional y la salud del feto. También incrementa la angustia materna prenatal, siendo mayor el número de partos prematuros y niños/as con bajo peso al nacer. Riesgos que, lógicamente, se incrementan en supuestos de embarazos múltiples, más frecuentes en los contratos de gestación.

Así las cosas, quizás convenga recordar que, en el mundo, millones de menores están institucionalizados en orfanatos. Aunque la ausencia de datos y registros en la gran mayoría de los países del mundo impide ofrecer una cifra cierta, según el último informe de Unicef, al menos 2,7 millones de niños y niñas están reclusos en instituciones infantiles y orfanatos; aunque la propia agencia estima que dicha cifra “es sólo la punta del iceberg”<sup>27</sup>. La proliferación

25 Fuente: Spanish Revolution, 15/08/2019 “Un matrimonio desecha a un bebé que compraron por gestación subrogada porque no tiene el ADN de uno de los compradores”. Disponible en: <https://spanishrevolution.org/un-matrimonio-desecha-a-un-bebe-que-compraron-por-gestacion-subrogada-porque-no-tiene-el-adn-de-uno-de-los-compradores/>.

26 Un proceso en el que pueden participar hasta cinco adultos/as que no están siempre debidamente identificados. En concreto, la gestante, los dos padres/madres intencionales y la mujer o el hombre que venden óvulo y esperma, respectivamente.

27 Europa Central y Oriental es el territorio que tiene una tasa más elevada con 666 niños por cada 100.000 habitantes frente al promedio mundial que cinco veces menor. Disponible en: Informe de UNICEF revela alarmante cifra de niños que viven en instituciones infantiles y orfanatos

y globalización de la industria gestacional, que permite solicitar criaturas a demanda, representa un futuro poco favorable para estas y estos menores. No en vano, las adopciones internacionales están decreciendo según se incrementa el recurso a los vientres de alquiler. Ante este preocupante panorama, llama poderosamente la atención que haya voces que justifiquen la legalización de la práctica apelando a la protección superior del menor pero que muestren un gélido desdén respecto a la situación de la ingente cantidad de menores institucionalizados o incluso ante el creciente incremento de la pobreza infantil en el planeta. Bien parece que, la demanda por el derecho a la filiación tiene más presente las expectativas de los y las compradoras y el cumplimiento de las cláusulas contractuales, garantizando con celeridad la posesión de estado, que un interés superior del menor.

### **3. La protección internacional del libre desarrollo de la personalidad y la autonomía de la voluntad**

También se argumenta que impedir la libre elección de las mujeres en decisiones que afectan a su propio cuerpo no respeta la autonomía de su voluntad, subestima su agencia y capacidad de obrar y, en última instancia, impide el libre desarrollo de su personalidad. Una lectura aocrítica que integra, por una parte, el utilitarismo propio del individualismo moral y la racionalidad instrumental y, por otro, la teoría del consentimiento característica del contractualismo y el liberalismo clásico. La unión de ambas perspectivas permite defender la validez de un acuerdo que se defiende como válido y ventajoso para todas las partes<sup>28</sup>.

De forma tal que los y las comitentes satisfacen su deseo de tener descendencia, las mujeres con menos recursos económicos pueden atender sus deudas o compromisos económicos intercambiando el excedente de su capacidad reproductiva en el mercado y los países deudores pueden incrementar su Producto Interior Bruto (PIB) gracias al incremento del flujo circular que genera el turismo reproductivo. Un acuerdo que se presenta tan ventajoso que incluso, instituciones como el Banco Mundial o el Fondo Monetario Internacional, aprueban tácitamente una práctica que cumple con el deber de las naciones deudoras de explotar y exportar “todos sus recursos naturales”<sup>29</sup>.

Una imagen que oportunamente desdibuja cómo, por qué se consiente y que ignora las consecuencias colectivas del acuerdo. Así, la teoría de la libre elección no sólo afecta a las partes sino a las normas de convivencia y al consenso social y

---

| Noticias ONU. Consultado el 30 de agosto de 2023.

28 Para un análisis sobre la perspectiva liberal, utilitarista y constitucional ver Jesús Zamora Bonilla, Úteros de alquiler, 18 Revista Isegoría, 205-212 (1998).

29 Ver Silvia Federici, Revolución en punto cero. Trabajo doméstico, reproducción y luchas feministas, 120 (Traficantes de sueños 2014).

político sobre lo que debe formar parte del tráfico jurídico. Aclarado dicho aspecto, tampoco es cierto que sólo comporte beneficios. El perjuicio más evidente es el que se deriva de los riesgos y las implicaciones que conlleva para la gestante un proceso mucho más invasivo, tanto en términos físicos como psicológicos, que un embarazo natural.

La gestación no se produce en máquinas, úteros mecánicos y placentas artificiales, como ensoñara Shulamith Firestone<sup>30</sup>, sino en mujeres de carne y hueso. Ellas son las que han de asumir los efectos secundarios de una hiperhormonación, una fecundación *in vitro* (en frecuentes ocasiones con transferencia embrionaria múltiple), una severa vigilancia médica y un parto, normalmente mediante cesárea, a efectos de evitar posibles complicaciones y programar con antelación la presencia de los comitentes.

Como se analizó en el apartado anterior, también tiene un impacto en la salud del niño/a y en sus derechos. La mercantilización del menor afecta a su dignidad y desprotege su interés superior, impidiendo el ejercicio de otros posibles derechos como el de conocer sus orígenes o su identidad, hurtándole la tutela institucional que le asistiría si fuera una adopción internacional.

Se ocultan, a su vez, externalidades negativas de tipo ético, como comercializar procesos biológicos o seres humanos, y de tipo penal, asociadas al incremento de mafias que se lucran con la trata de personas con fines de explotación reproductiva<sup>31</sup>. Como ocurre con el mercado prostitucional, no se puede ignorar que habilitar canales lícitos para el proxenetismo reproductivo, representa un reclamo para el ilícito. No en vano, la extensión de la gestación comercial ha provocado que, las redes criminales dedicadas a trata de seres humanos con fines de explotación sexual, amplíen su negocio incorporando los beneficios que conlleva la explotación reproductiva<sup>32</sup>.

Dicho lo cual, para que el consentimiento sea válido ha de ser un acto libre e informado y en la gestación comercial no se produce ni lo uno ni lo otro<sup>33</sup>. Requiere que la voluntad del acuerdo no esté condicionada por la supervivencia o la subordinación de una de las partes. En un contexto globalizado de feminización de la pobreza y rearme del neoliberalismo patriarcal, el consentimiento está

30 Shulamith Firestone, *La dialéctica del sexo* (Kairós1976) (1970).

31 Informe "All India Women's conference on surrogacy." Disponible en <http://www.womenlobby.org/All-India-Women-s-Conference-AIWC-on-surrogacy-a-violation-of-women-s-human?lang=en>.

32 Entre los fines de la trata de seres humanos, el marco internacional recoge prácticas deshumanizadoras tales como trabajos forzados, esclavitud, servidumbre, extracción de órganos o explotación sexual pero no la explotación reproductiva. No contemplándose, formalmente, ni el Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas que complementa la Convención de Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (Nueva York, noviembre de 2000), comúnmente conocido como Protocolo de Palermo, ni el Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra la trata de seres humanos de 2005 (Convenio de Varsovia).

33 Para un estudio sobre esta cuestión ver Geneviève Fraisse, *Del consentimiento* (Palinodia 2011).

viciado porque no se dan los requisitos éticos que garanticen la autonomía exigible a un contrato libre entre iguales.

Llama poderosamente la atención que la industria gestacional, inscrita en una bioética liberal ciega a los condicionantes de sexo y clase, que no se caracteriza por ser especialmente vindicativo con los derechos y libertades civiles en países donde la práctica es legal, defienda con tal vehemencia la libertad o la autonomía de las mujeres, precisamente, cuando se trata de explotar y mercantilizar su cuerpo. Incluso en el espejismo de la democracia norteamericana la desigualdad juega a favor del negocio, como ocurre en el mercado de la venta de sangre, prohibida en la mayoría de los países por cuestiones éticas, pero permitida en el paraíso neoliberal estadounidense.<sup>34</sup>

Visto el escenario, como denuncia Luisa Murano, es una frivolidad despreciar “el poder del dinero sobre quien tiene poco, ni en quien tiene mucho”<sup>35</sup>. Y, por ello, restringir el poder de las personas con capacidad económica sobre las mujeres fértiles en situación de vulnerabilidad social, como afirma Octavio Salazar, no supone “adoptar una posición paternalista por parte de los poderes públicos con respecto a ellas, sino más bien garantizar la debida protección de sus derechos fundamentales”<sup>36</sup>.

Ahora, cuando ya no es posible defender abiertamente la expropiación sexual y reproductiva de las mujeres ni la venta de seres humanos, el discurso de las sociedades de mercado pretende apelar a la libre elección de aquellas personas que menos elección suelen tener. Pero, la autonomía de la voluntad, incluso de ser cierta, no puede anteponerse a derechos fundamentales irrenunciables o indisponibles. El consentimiento en dicho caso sería irrelevante.

La elección que sí sería ética o políticamente relevante es la de una comunidad que tolere un *baby business* a costa de la explotación de la capacidad reproductiva de las mujeres, que permita que sus cuerpos sean tratados como fábricas

34 La crisis y la precariedad económica han provocado que las personas con menos recursos económicos vendan su sangre a grandes corporaciones que exportan la misma para tratamientos quirúrgicos, médicos o de belleza. De forma tal que, en la actualidad, Estados Unidos suministra el 70% de la sangre mundial. Como recogía un reciente artículo publicado bajo el título Cosechando la sangre de los pobres de Estados Unidos, “Casi la mitad de Estados Unidos está en bancarota, y el 58% del país vive de cheque en cheque, con ahorros de menos de mil dólares. 37 millones de estadounidenses se acuestan con hambre, incluyendo una sexta parte de los neoyorquinos y casi la mitad de los residentes en el sur del Bronx. Y más de medio millón de personas duermen en las calles cualquier noche, con muchos millones más en vehículos o dependiendo de amigos o familiares. Es en este contexto en el que millones de personas en números rojos han pasado a vender sangre para llegar a fin de mes. En un sentido muy real, entonces, estas corporaciones están extrañando la sangre de los pobres, literalmente chupándoles la vida”. Revista El Salto, 24/12/2019 “Cosechando la sangre de los pobres de Estados Unidos”. Disponible en: <https://www.elsaltodiario.com/capitalismo/cosechando-sangre-venta-plasma-pobres-estados-unidos-grifols>. Artículo original publicado en MPN News Disponible en: <https://www.mintpressnews.com/harvesting-blood-americas-poor-late-stage-capitalism/263175/> Traducción de Pilar Gurriarán.

35 Luisa Murano, El alma del cuerpo. Contra el útero de alquiler, 13 (Icaria 2016).

36 Octavio Salazar, *La gestación por sustitución desde una perspectiva jurídica*, 99 Revista de Derecho Político, 114 (2017).

reproductivas a demanda del libre mercado. Por ello, en un mundo atravesado por fuertes desigualdades en función del sexo, la clase social o el lugar de residencia, es preciso desmitificar y politizar un consentimiento que no hace sino ocultar y legitimar la explotación de las mujeres. Al menos se deberían afrontar con honestidad ciertas interrogantes como: ¿Es indiferente si el consentimiento representa un acto de voluntad o de cesión y opresión? ¿Se puede hablar de libre elección cuando las condiciones de esa libertad no son tales para una parte del acuerdo? En última instancia, como se pregunta Michael J. Sandel, ¿hasta qué punto somos libres cuando elegimos en el libre mercado?<sup>37</sup>

Pero si los condicionantes anteriormente expuestos no fueran tales, el consentimiento tampoco sería válido porque la supuesta libertad operaría, en el mejor de los casos, solo para aceptar el contrato. Suscrito el mismo, la gestante pierde toda capacidad para revocar el acuerdo o cambiar de opinión<sup>38</sup>. La supuesta libertad es, precisamente, para renunciar a la misma. En suma, un acuerdo nulo porque, como señala Stuart Mill, los pactos que anulan la libertad no pueden considerarse válidos.

A su vez, el consentimiento exige que sea un acto informado, que se conozcan todas las consecuencias de la decisión. Como ocurre con la falsa premisa de la libertad, la información no es tal porque las gestantes no pueden conocer con anterioridad los lazos afectivos que desarrollarán con sus criaturas durante o después del embarazo y, no en vano, este es el principal argumento al que apelan las gestantes arrepentidas<sup>39</sup>.

Un acuerdo informado que, como colofón, se materializa, en muchas ocasiones con la firma de un extenso contrato en lenguaje jurídico y lengua inglesa. En algunos países donde la práctica es legal las gestantes ni saben leer, ni hablan inglés, por lo que acreditan haber sido informadas estampando su huella digital en el contrato<sup>40</sup>. Ese es el consentimiento informado: un documento que no entienden en una lengua que desconocen.

Por último, cuestionar la verosimilitud del consentimiento o adoptar un enfoque situado, contextualizado o victimocéntrico en el tratamiento de la explotación reproductiva de las gestantes, lejos de restar agencia, capacidad de interlocución o desempoderar a las mujeres, permite denunciar abusos y reclamar un estatuto de víctima que protege y otorga derechos. Defender la dignidad de las mujeres

37 Michael Sandel, *Justicia ¿hacemos lo que debemos?*, 120 (Debate 2011).

38 El consentimiento, como recuerda M.ª José Guerra, "es un proceso, no un resultado". María José Guerra Palmero, *Contra la llamada gestación subrogada. Derechos humanos y justicia global versus bioética neoliberal*, 31(6) *Gaceta Sanitaria*, 535 (2017).

39 Además de casos como Kane y *Baby M* (referidos con anterioridad), la campaña internacional "Stop Surrogacy Now" denuncia, precisamente, el desconocimiento previo del impacto psicológico o emocional y las implicaciones personales que se derivan de la decisión. ([www.stopsurrogacynow.com](http://www.stopsurrogacynow.com)).

40 En muchos casos, el contrato gestacional exige autorización expresa del padre o marido.

o relativizar el margen de libertad en un mundo clasista, sexista y etnocéntrico, no supone un acto de machismo o paternalismo. Como no lo es respecto a las relaciones laborales cuestionar la libertad de la clase trabajadora frente al poder de la patronal. No en vano, el sindicalismo y el derecho laboral han desconfiado siempre del consentimiento individualmente otorgado por las y los asalariados; una prudente cautela, que está muy lejos de infantilizar a la clase trabajadora.

La realidad es que el argumento de la libre elección es una auténtica coartada del patriarcado. No sólo porque falsea la teoría del consentimiento, sino porque, en la medida que individualiza la decisión, la despolitiza. Recurrir al mantra de la voluntad cuando median relaciones de poder no sólo elude el contexto de dominación, sino que responsabiliza a las víctimas de su propia explotación y libera de cualquier responsabilidad a los victimarios.

#### 4. El derecho a la paternidad o la maternidad

También se sostiene que la inexistencia de un marco legal consensuado en el ámbito internacional impide que algunas personas puedan ser padres o madres, contribuyendo con ello a su discriminación y estigmatización. Como es el caso de aquellos varones que no cuentan con la aquiescencia de una contraparte femenina fértil, de las mujeres infértiles o de aquellas en las que el proceso gestacional pudiera poner en riesgo su salud. Una regulación internacional permitiría equiparar derechos individuales y distintos modelos familiares<sup>41</sup>; no solo respecto al supuesto derecho a la maternidad/paternidad, sino en lo relativo a la cobertura sanitaria del embarazo y las prestaciones o permisos laborales derivados del cuidado.

Pero la nulidad de la práctica en algunos estados o la inexistencia de una regulación internacional no discrimina por razón de sexo u orientación sexual en la medida que no está contemplado para nadie<sup>42</sup>. Por el contrario, la integración de la revolución del genoma en el mercado gestacional, que permite seleccionar la carga genética en aras de perfeccionar la estirpe, promovería una brecha genética en función del nivel de renta y una ciudadanía censitaria difícilmente compatible con sistemas pretendidamente democráticos.

Así las cosas, no parece sensato ni proporcionado vulnerar la dignidad de gestantes y menores apelando a un supuesto derecho a la maternidad o

<sup>41</sup> Conviene tener en cuenta que el deseo de tener descendencia propia no representa solo un acto consciente de carácter individual, responde, a su vez, a un orden simbólico de raíces culturales que se proyecta como expectativa colectiva sobre cualquier pareja. Por ello, como señala Ana Marrades, “en la emergencia del deseo de un hijo biológico (en la pareja) destaca la existencia de un potente ideal cultural acerca de maternidad y paternidad, que presiona como mandato ideológico”. Ana Marrades Puig, *El debate sobre la gestación subrogada en España: entre el deseo, la dignidad y los derechos*, 30 Revista Europea de Derechos Fundamentales, 157 (2017).

<sup>42</sup> Como así lo estimó el Tribunal Supremo español (Sentencia de 6 de febrero de 2014).

paternidad que no se encuentra consagrado como tal en texto legal alguno. De ser así, por ejemplo, las mujeres tendrían que contar con el aval del varón procreador en caso de interrupción voluntaria del embarazo porque vulneraría su supuesto derecho a la paternidad.

Tampoco es la única fórmula para tener descendencia, las adopciones y los acogimientos pueden cumplir tal expectativa. Parece sensato, pues, que antes de abrazar el libre mercado prometeico de encargar hijos/as a la carta, se revise el sistema de adopciones o acogimiento familiar de millones de menores institucionalizados en los diferentes orfanatos en aras de salvaguardar su interés superior. La realidad es que, frente al complejo sistema de adopciones, la industria gestacional solo ofrece facilidades: la elección del sexo, el genotipo o la raza de la criatura, atención individualizada, exhaustivos controles médicos para garantizar la salud del gameto, financiación personalizada, la posibilidad de tener una criatura “a estrenar” desde el primer día de su nacimiento sin experiencias biográficas previas y, como colofón, permite sortear las pruebas de idoneidad obligatorias en el sistema de adopciones internacional. Todo ello, sumado al abaratamiento de los costes de la gestación comercial, está provocando que -de forma acrítica- se recurra a los vientres de alquiler desplazando o desechando la posibilidad de adoptar.

En Europa, una quinta parte de las parejas heterosexuales tiene dificultades para concebir, proporción que se eleva a una de cada tres cuando las mujeres superan los 35 años de edad. Un retraso en la primera maternidad que no es ajeno al impacto que tiene el cuidado y la división sexual del trabajo en el empleo de las mujeres y que ha provocado la conocida como *huelga de vientres*, con las implicaciones que se derivan en términos de tasas de natalidad y reemplazo generacional. Habida cuenta que el 80% de las personas que recurren a esta práctica son parejas heterosexuales<sup>43</sup> y que la maternidad tardía es el principal motivo de infertilidad, convendría valorar en qué medida el retraso viene mediado por el contexto anteriormente expuesto y repensar las políticas laborales, del cuidado, de conciliación y de adopción o acogimiento<sup>44</sup>.

## 5. El derecho a la vida familiar

### A. Menores y comitentes: derechos involucrados

El orden público internacional reconoce la importancia de la familia como unidad fundamental de la sociedad<sup>45</sup>, la obligación estatal de garantizar y proteger

43 Layla Martínez *op. cit.*, pág. 41.

44 Para un análisis sobre la cuestión ver Laura Nuño Gómez, *Hacia la constitucionalización del deber y el derecho al cuidado en el estado social*, en *El reconocimiento de los derechos del cuidado*, 50-67 (Ana I. Marrades Puig coord., Tirant Humanidades, 2023).

45 Como el artículo 16.3 de la Declaración Universal de Derechos Humanos

el derecho a la vida familiar y a disfrutar de una vida privada sin interferencias<sup>46</sup>; incluyendo las decisiones reproductivas<sup>47</sup>. A su vez, la Convención sobre los Derechos del Niño establece en sus artículos noveno y décimo que las y los menores no deben ser “separados de sus padres en contra de la voluntad de estos” y que las solicitudes de reunificación familiar “deben ser tratadas de manera positiva, humana y expedita”. En virtud de estos compromisos internacionales las posiciones promotoras de la regularización de los vientres de alquiler exigen un acuerdo internacional que ofrezca cobertura legal a la industria gestacional.

Pero conviene aclarar, en primer lugar, la protección de la vida familiar se extiende a las ya existentes, no se proyecta sobre el deseo o la intención futura. Sin embargo, amparándose en el derecho a la vida familiar y en la posesión de estado de la tutela del menor o la menor que permite la inscripción registral y los derechos de filiación adquiridos si existe aportación genética de la parte comitente, se reclama el reconocimiento mutuo de las sentencias judiciales y de filiación de los menores entre países.

La segunda cuestión que habría que tener en cuenta es que la protección de la familia recogida en los documentos internacionales es respecto a la interferencia institucional ilegítima en la vida familiar, pero no cuando existe vulneración del interés superior del menor o de la legislación nacional. Sin ir más lejos, el artículo 9.1 de la CDN, si bien prevé la protección de la vida familiar, establece que las autoridades competentes pueden decidir que “la separación es necesaria en el interés superior del niño” y en su artículo 11.1 prevé que “Los Estados Parte adoptarán medidas para luchar contra los traslados ilícitos de niños al extranjero”.

A su vez, el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) si bien recoge en el numeral primero de su artículo octavo que “Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia”, establece en el segundo que:

“no podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y

---

según el cual “La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado” o el artículo 23.1 del El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) que reconoce que “la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado”.

<sup>46</sup> Contemplado en el artículo 17 del PIDCP que establece que se “Prohíbe la injerencia arbitraria o ilegal en la vida privada, la familia, el hogar o la correspondencia de una persona”. A su vez, en el ámbito europeo, el artículo 8 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, más conocida Convenio Europeo de Derechos Humanos, establece el derecho al respeto de la vida privada y familiar, prohibiendo la interferencia de las autoridades públicas en el ejercicio del mismo.

<sup>47</sup> Para un análisis sobre la cuestión ver Yolanda Gómez Sánchez, El derecho a la reproducción humana, 48-56 (Marcial Pons, 1994).

constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la ... la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás”<sup>48</sup>

En suma, el orden público internacional proscribe la injerencia cuando es ilegítima, no cuando la misma está motivada.

En tercer lugar, en contra de la conocida expresión latina “*mater semper certa est*”, también se defiende que la gestación nada tiene que ver con la maternidad, máxime si quien asume el primer proceso no aporta el material genético. Según esta peculiar consideración la gestante es una anfitriona que, simplemente, ofrece hospedaje a la criatura de otras personas. La separación entre la gestante y la criatura engendrada, aseguran, no daña su vida familiar ni comporta daño emocional alguno porque no comparte vínculos genéticos y conoce con antelación su destino.

Como afirma Eleonora Lamm, “las gestantes son advertidas por las respectivas agencias de gestación por sustitución para asegurarse de que entienden de quién es el niño que están gestando y pariendo. Consecuentemente, las gestantes no se permiten a sí mismas aferrarse al feto, o al niño después del parto”<sup>49</sup>. Pero si el reconocimiento de la maternidad o paternidad viniera condicionado por la mera aportación genética, ¿qué ocurre con las mujeres que recurren a la ovodonación? ¿Y con aquellas personas que donan? ¿es que desarrollan un vínculo emocional mayor que las gestantes? Parece obvio que no. Los testimonios de las propias gestantes apuntan a que no es así.

### **B. Las gestantes: hechos probados**

Son pocas las mujeres que hacen pública su experiencia o su pasado como gestantes de alquiler. El estigma familiar y social que rodea la práctica y la opacidad del negocio dificulta conocer o acceder a sus relatos. Sin embargo, como evidencian algunos testimonios, la impresión o afirmación de Lamm no parece ser cierta. Como cabe apreciar, por ejemplo, de las declaraciones de S Sumathi, gestante de 38 años y madre de cuatro hijos, que declaraba conmovida:

“Nunca he conocido a los verdaderos padres y no tengo idea de quiénes son. Todavía estaba sedada cuando me sacaron al bebé. Nunca lo vi. No tengo idea si es blanco o negro, indio o extranjero, ni siquiera supe si era niño o niña... Pero quiero saber sobre el bebé. Quiero saber dónde está, que está estudiando. Durante tres meses después del parto no pude

48 Ver, entre otras, las Sentencias de 19 de enero de 2017 y de 24 de enero de 2017 del TEDH.

49 Eleonora Lamm, *Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*, 235 (Universidad de Barcelona, 2014).

dormir. Me daba dolor de cabeza pensar en el bebé y tuve que tomar medicamentos para calmarme. Cada año, el 4 de noviembre, que es el día que nació, nuestra familia celebra su cumpleaños. Hago todos los rituales que hago para mis otros hijos... También visito el templo para pedir por el bienestar del bebé y que tenga una larga vida. Siempre me he preguntado si es como cualquiera de mis otros hijos. Lo echo de menos y daría cualquier cosa por verlo una vez”<sup>50</sup>.

El malestar por la pérdida del vínculo no solo lo experimentan las gestantes indias, en parecidos términos se manifiestan las camboyanas. Por contextualizar el fenómeno, conviene recordar que, en octubre de 2015, la supresión de la denominada política del hijo único en China permitió que millones familias pudieran optar por tener un segundo hijo/a. Pero, en muchas ocasiones, la edad y problemas asociados a la fertilidad impedían tal opción. Camboya se convirtió entonces en un destino preferente de la gestación comercial. Aunque la práctica se ilegalizó en el país al año siguiente (2016), la pobreza endémica y el lucro asociado a la industria gestacional provocó que, pese a la prohibición, siguiera recibiendo un copioso turismo reproductivo procedente de su vecino asiático.

Ilegalizada la práctica se detuvieron y encarcelaron en Camboya más de 60 mujeres acusadas de gestar para otros/as<sup>51</sup>. Ante las presiones internacionales el gobierno camboyano optó por decretar su libertad provisional bajo fianza, siempre que se comprometieran a llevar el embarazo a término y a criar a los niños/as como descendencia propia<sup>52</sup>. El testimonio de algunas de las gestantes, forzadas por las autoridades a quedarse con los niños/as es, de nuevo, extremadamente revelador. Sreyoun, nombre ficticio de una gestante que dio a luz tras ser inseminada con los óvulos de una mujer china, explicaba: “hemos pasado mucho juntos... Antes de dar a luz no esperaba que me iba a sentir tan unida a él. Pero realmente le quiero como a un hijo, siento mucha lástima por él”<sup>53</sup>.

50 BBC, 20/08/2016. El verdadero precio de alquilar el vientre por US\$3.000. Disponible en: <https://www.bbc.com/mundo/noticias-37085231>

51 En la actualidad, debido a los conflictos con las autoridades camboyanas, los comitentes chinos/as están optando por Vietnam como nuevo destino reproductivo.

52 Decisión que recabaría una reprobación del Comité CEDAW. Así, en sus Observaciones sobre Camboya recomendó que pusiera “fin a la práctica de recluir a las madres subrogantes y supeditar su puesta en libertad a la obligación de llevar a término el embarazo y criar a los hijos como propios” y que abordara “las causas fundamentales por las que las mujeres se deciden a ser madres subrogantes, como la pobreza y el endeudamiento, velando por que las mujeres en situación de pobreza tengan acceso a beneficios socioeconómicos, a préstamos en condiciones favorables y a oportunidades de generar ingresos decentes”. Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer. Observaciones finales sobre el sexto informe periódico de Camboya, aprobadas por el Comité en su 74º período de sesiones (21 de octubre a 8 de noviembre de 2019). Disponible en: [https://tbinternet.ohchr.org/\\_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CEDAW/C/KHM/CO/6&Lang=Sp](https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CEDAW/C/KHM/CO/6&Lang=Sp).

53 El País. 13/07/2019. *op. cit.*

La sensación de desarraigo no es característica sólo de las gestantes indias o camboyanas, en el paraíso californiano encontramos relatos similares. A efectos de rebajar la crudeza del intercambio comercial es práctica habitual que la industria californiana justifique (o incluso se vivencie) la gestación como un acto de amor o empatía. Incluso que, durante el embarazo, se construya y mistifique una relación a cuatro (padres/madres intencionales, gameto y gestante); que pasa a ser de tres en cuanto llega a término el embarazo, nace la criatura y, con ello, la gestante carece de papel desde una racionalidad instrumental.

Kajsa Ekis Ekman recoge algunos testimonios sumamente reveladores, Como el de Sherrie, gestante altruista de una hermana con problemas de fertilidad, que manifiesta la sensación de pérdida con la siguiente confesión: “no puedo describir la profunda tristeza que me embargó cuando llegué a casa sin el niño que amé, llevé dentro de mí y parí. Era como si el niño hubiese nacido muerto... No podía dejar de amar a ese niño como si no fuera mío, porque lo era”<sup>54</sup>. Ekis Ekamn también recoge otros testimonios de gestación comercial, como el de Elizabeth Kane, el primer caso público de maternidad de alquiler que, inicialmente, participó activamente defendiendo la teoría de la empatía y la irrelevancia emocional de perder el contacto con su hijo en programas televisivos y reportajes varios.

Con el transcurso de los años, Kane confesaría:

“El tiempo perdió todo el sentido desde junio de 1981. No puedo decir honestamente cuánto tiempo duró mi depresión... Me obsesioné con la ausencia de Justin. Sabía dónde estaba, pero no podía ir en su busca. Perteneecía a otra mujer... Ahora creo que la maternidad de alquiler no es más que la transferencia del dolor de una mujer a otra. Una mujer está angustiada porque no puede ser madre y otra sufrirá por el resto de su vida porque no puede conocer al niño que dio a luz para otra”<sup>55</sup>

Elizabeth Kane crearía, junto a casi una veintena de gestantes arrepentidas, la Asociación Nacional contra la Subrogación, organización que se sumaría con posterioridad a la campaña internacional “*Stop Surrogacy Now*”, liderada, también, por ex gestantes norteamericanas<sup>56</sup>.

54 <http://www.fertilitystories.com/sherrie.htm>, citado en Kajsa Ekis Ekman, *El ser y la mercancía* 230 (Bellaterra 2017).

55 Elizabeth Kane, *Birth Mother: The story of America´s first legal surrogate mother*, 275 y 277 (Houghton Mifflin Harcourt, 1988).

56 Para más información: [www.stopsurrogacynow.com](http://www.stopsurrogacynow.com)

## 6. Esencialización y vulneración de la integridad moral

Como parece apreciarse la inexistencia de vínculo afectivo entre las mujeres y las criaturas que gestan es, cuanto menos, cuestionable. Sin embargo, las posiciones promotoras de la legalización del comercio gestacional mantienen que defender que las mujeres desarrollan un vínculo emocional supone una identificación con la naturaleza y una renaturalización que ignora los siglos de lucha feminista para trascenderla y que daña su integridad moral<sup>57</sup>. Pero, en paralelo, sostienen que disfrutan del estado de buena esperanza en la medida que hay cambios corporales, hormonales y una liberación espontánea de oxitocina que produce bienestar<sup>58</sup>.

Quizás convenga aclarar que la lucha por romper la identificación de las mujeres con la naturaleza, lo que interpela es el cuestionamiento de sus logros y de su condición de sujetos racionales o que, en tanto mujeres, la biología sea destino<sup>59</sup>. Esa inmanencia infligida, según conceptualización de Simone de Beauvoir, es, precisamente, lo que provoca un daño moral. A su vez, vindicar la legítima presencia en el sacrosanto espacio de la razón y la condición de sujeto, no implica renunciar a las emociones, sino oponerse a la esencialización identitaria en tanto mera naturaleza o *genos* carente de *logos*<sup>60</sup>.

El argumento, por tanto, es sumamente contradictorio porque el objetivo es legitimar el uso de las mujeres como un medio gestacional para proveer a terceros/as de descendencia. En suma, se reivindica el feminismo para convertir a las mujeres en medios y para hacer que, en efecto, la biología sea destino para las mujeres con menos recursos económicos.

Pero también se mantiene una posición y su contraria en la consideración de las implicaciones del proceso biológico. A saber, se defiende que no se proyectan lazos emocionales en el tiempo porque eso significaría apelar a la naturaleza, pero se esgrime que los cambios hormonales provocan que las mujeres disfruten del proceso. Al margen de que cada embarazo y cada mujer es única, y desde luego no siempre es un proceso físico y emocional tan idílico como lo pintan, resulta francamente paradójico despreciar o apelar a la naturaleza según se tercie y preconizar que las gestantes son capaces de inhibir racionalmente unos sentimientos que se definen como instintivos, naturales e incontrolables en cualquier embarazo.

57 Laura Purdy, *Another look at contract pregnancy*, en *Issues in reproductive technology: An anthology*, 309-311 (Helen B. Holmes ed., Garland Publishing, 1992).

58 Para un estudio sobre la cuestión Ibone Olza, *Los aspectos médicos de la gestación subrogada desde una perspectiva de salud mental, holística y feminista*, 28 *Revista Dilemata*, 1-12 (2018). Recientemente un grupo de investigación vinculado al Hospital Gregorio Marañón han demostrado los cambios que se producen en el cerebro femenino durante el embarazo. Un resumen de las conclusiones del estudio se puede encontrar en Cadena Ser, 06/02/2020 "El mecanismo instintivo del amor o cómo las madres se enamoran de sus hijos". Disponible en: [https://cadenaser.com/emisora/2020/02/06/radio\\_madrid/1580992457\\_440584.html](https://cadenaser.com/emisora/2020/02/06/radio_madrid/1580992457_440584.html).

59 Simone De Beauvoir, *El segundo sexo* (Cátedra 2011) (1949).

60 Celia Amorós, *Salomón no era sabio* (Fundamentos 2014).

## 7. La interdicción de la mercantilización del cuerpo humano

Aunque la expropiación sexual y reproductiva ha sido una máxima patriarcal admitida de forma normalizada, no ocurre lo mismo respecto a la pretensión de comercializar la gestación. Y, si bien es cierto que el mercado prostitucional lleva siglos de tradición, la mercantilización del embarazo todavía colisiona con valores comúnmente compartidos. De hecho, resulta difícil conciliar el sincretismo que supone considerar, por una parte, la maternidad como esencia de la identidad femenina y la descendencia como símbolo del compromiso afectivo y, por otra, las mujeres como “máquinas reproductivas”, las hijas e hijos como mercancía y la gestación como una actividad laboral cualquiera. La contradicción que representa proyectar sobre la gestante, instinto de amor maternal incondicional hacia la criatura si pretende asumir su custodia o indiferente desafección si va a ser objeto del tráfico jurídico, por fortuna, no acaba de convencer. Legalizar y legitimar un mercado de compra de criaturas a demanda, tampoco

Con objeto de reducir la previsible oposición que pudiera generar la mercantilización del embarazo o de seres humanos, algunas posiciones han puesto sobre la mesa la posibilidad de legalizar los contratos gestacionales entre personas desconocidas siempre que tengan un carácter altruista. La consideración de la acción como filantrópica, permite anular la imagen de una venta de bebés a encargo para la que, por fortuna, no están preparadas nuestras sociedades. Como señala Kajsa Ekis Ekman, “que las mujeres no lo hagan por dinero humaniza un poco más la maternidad subrogada... La industria adopta un rostro humano; puede presentarse incluso como un movimiento benéfico idealista integrado por almas caritativas”<sup>61</sup>.

Y así, en una hipérbole del deber de abnegación femenina, típicamente patriarcal, y de la defensa de la autonomía de las mujeres, propia del feminismo, se les atribuye una suerte de mística procreadora y un voluntario imperativo moral de solidaridad con los deseos de terceras personas en el que se excluyen unas motivaciones económicas que pondrían en tela de juicio la epopeya de la empatía y visibilizarían la explotación que comporta<sup>62</sup>. Se defiende, a su vez, que el abaratamiento del coste que supondría la asunción de la gestación por parte del sistema público de salud acabaría con la elitización de un procedimiento al que solo pueden acceder aquellas personas con elevado poder adquisitivo y evita una posible explotación de la situación de necesidad de la gestante. Sin embargo, la contraprestación económica no es lo que define el abuso, sino utilizar a alguien

61 Kajsa Ekis Ekman, *op. cit.*, 220.

62 Imaginario fundamentalmente asociado a la mística estadounidense de la gestación comercial. Para un análisis más detallado ver Janice G Raymond, *The international traffic in women: women used in systems of surrogacy and reproduction*, 2 (1) Reproductive and Genitc Engineering, 51-57 (1989).

como un medio para provecho propio y, la ausencia de remuneración, de ser cierta, no elimina la posibilidad de hacerlo.

Pero, pongamos que, efectivamente, se consigue un sistema altruista y garantista. Entonces la oferta de gestantes será insuficiente para atender la demanda y la parte subrogante se encontrará legitimada para buscar fuera de sus fronteras lo que es incapaz de encontrar dentro de las suyas. La experiencia de regulaciones altruistas en algunos países refleja como legalizar dicha modalidad es una coartada que en realidad promueve un incremento de una gestación comercial encubierta.

En Reino Unido, por ejemplo, la práctica habitual es que se recurra, de forma mayoritaria, a países donde hay gestantes disponibles, la regulación es menos restrictiva y tienen garantizada, además, la cesión de la patria potestad del nacido. Por ello, si la aprobación de la versión altruista tiene entre sus finalidades evitar el abuso, puede predecirse que tal pretensión está condenada al fracaso. Como se puede corroborar a raíz del caso británico, tras la legalización de los vientres de alquiler, el turismo gestacional con destino a la India superó las 12.000 personas al año<sup>63</sup>.

La segunda cuestión que cabría objetar es que el vínculo materno, la socialización y la esencialización de la identidad femenina en torno a la maternidad tiene secuelas psicológicas o emocionales en las gestantes que operan, pese al supuesto altruismo. Pero, a su vez, la gestación para terceras personas no deja de representar una actualización de la construcción identitaria de “la mujer” como “ser para otros”<sup>64</sup> que ignora que el cuerpo es un elemento central en la constitución de la subjetividad. No es algo que se posee sin más, es donde somos.

Se ha de tener en cuenta, además, que en el negocio de los vientres de alquiler el paciente es el no nacido y, por tanto, puede existir un conflicto de intereses entre la salud de la gestante y el embrión. Como ocurre con las denominadas ovodonaciones, donde se hiperestimula a las jóvenes, a efectos de conseguir el mayor número de ovocitos, la prioridad no es la salud de la gestante. Así, como alerta el Comité bioética español relativo a la cuestión,

“Los intereses de cada parte son distintos y, por lo general, antagónicos. Los comitentes desean un niño sano y que la gestante contribuya a lograrlo como ellos consideren mejor. Por el contrario, compromete su vida durante nueve meses, y entraña riesgos adicionales a las gestaciones resultantes de una relación sexual (será hiperestimulada y fertilizada con uno o más embriones, en una o en varias ocasiones hasta lograr el embarazo) ... Ignorar este conflicto de intereses, la dificultad para resolverlo, y el riesgo de que sea la gestante quien salga peor parada es dar la espalda a la realidad”<sup>65</sup>

63 Público, 14/02/2017, *op. cit.*

64 Elisabeth Beck-Gernsheim, La reinención de la familia. En busca de nuevas formas de convivencia, 140 (Paidós 2003).

65 Informe del Comité de Bioética de España sobre los aspectos éticos y jurídicos de la ma-

Tampoco es posible cuantificar en términos económicos, las molestias o el lucro cesante en términos laborales que supone someterse a una inseminación, un embarazo y un parto; el coste físico, emocional o en términos de salud<sup>66</sup> es tan ambiguo e impredecible que resulta imposible cuantificarlo en términos monetarios. De hecho, si la indemnización por las molestias queda al albur de las partes en función de una estimación individualizada por esas molestias sería, *de facto*, una subrogación comercial encubierta.

Pero, incluso si se delimita un tope en la contraprestación, como en el caso griego, o se establece una remuneración predeterminada no existe forma alguna de controlar el pago de cantidades adicionales que excedan las legalmente previstas y, por tanto, se estaría permitiendo, *de facto*, la mercantilización del embarazo. Ningún tipo de regulación puede garantizar que, incluso con la fórmula más restrictiva, la contraprestación económica no encubra una gestación comercial como ya ocurre en el supermercado genético existente en la venta de óvulos (eufemísticamente denominada “donación”)<sup>67</sup>.

Honestamente, es un espejismo considerar que la solidaridad de las mujeres va a mantener una industria en constante expansión. Por ello, quizás convenga preguntarnos sobre los condicionantes que avocan a una mujer a hormonarse, inseminarse, gestar, parir y entregar, sin más, las criaturas concebidas a una persona desconocida. Y, si no es paradójico que sean, precisamente, las rentables comercializadoras de los vientres de alquiler las que defiendan una práctica no lucrativa. Eso sí, altruismo que sólo reservan para las gestantes porque las propuestas supuestamente altruistas no contemplan la misma ni para el funcionamiento de las agencias intermediarias<sup>68</sup>, ni para el personal sanitario, ni recogen limitación alguna en lo relativo a la ganancia o margen de beneficio.

El examen de las cláusulas contractuales entre las denominadas propuestas altruistas revela un llamativo desequilibrio entre los requisitos económicos, de conducta o de salud que se exigen a la gestante y los que se prevén para la parte beneficiada del altruismo que, como colofón, será la responsable de la tutela de un o una menor de edad. Ellas ponen en riesgo su salud, su integridad física y renuncian a la confidencialidad de sus datos médicos, sus derechos como paciente y su libertad deambulatoria, mientras que para la parte comitente no se contemplan, ni siquiera, pruebas de idoneidad, obligaciones preadoptivas o tras la adopción.

---

ternidad subrogada, pág. 27 y 28. Disponible en: [http://assets.comitedebioetica.es/files/documentacion/es/informe\\_comite\\_bioetica\\_aspectos\\_eticos\\_juridicos\\_maternidad\\_subrogada.pdf](http://assets.comitedebioetica.es/files/documentacion/es/informe_comite_bioetica_aspectos_eticos_juridicos_maternidad_subrogada.pdf).

66 De hecho, existe tal consenso respecto al coste físico del proceso que todas incluyen la obligación de contratar un seguro, a favor de la gestante, que contemple una indemnización en supuestos de invalidez, secuelas físicas o fallecimiento derivadas del tratamiento, el embarazo o el parto.

67 Conviene recordar que, aunque en España la venta de óvulos está prohibida, sólo se permite la cesión de carácter altruista, son habituales las campañas promocionales que invitan a nuestras jóvenes a hiperhormonarse y vender sus óvulos a cambio de una contraprestación económica, sin que exista un control sanitario público que vele ni informe de los riesgos que conlleva para su salud.

68 Salvo en el caso canadiense.

Resulta francamente inverosímil defender la existencia de altruismo en tales condiciones o una preocupación real por el interés superior del menor o la menor. Lo que parece factible, incluso previsible, es que la legalización de dicha modalidad permitiera blanquear o disfrazar la modalidad comercial. Porque ningún tipo de regulación puede garantizar que, incluso con la fórmula más restrictiva, la contraprestación económica no encubra de facto una gestación comercial ni tampoco atenuaría la vulneración de la dignidad o de la integridad física y moral que supone convertir a las mujeres en medios para fines ajenos.

#### **IV. CONCLUSIONES: LAS IMPLICACIONES DE LA RAZÓN INSTRUMENTAL EN LA PROTECCIÓN INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS**

La dialéctica contemporánea ha provocado que la hegemonía de la razón crítica haya sido paulatinamente desplazada por una razón instrumental, más preocupada por la utilidad y el pragmatismo, inscrita en una ética teleológica que prioriza los medios para lograr determinados objetivos sin atender a su validez ética o moral.

Esta nueva racionalidad ha permitido la consolidación de un neoliberalismo que, a diferencia del capitalismo, no remite sólo a un modelo económico, sino también a una racionalidad que entroniza el individualismo y el libre acuerdo. Así, las economías de mercado se han transformado en unas sociedades de mercado donde la lógica instrumental determina, no sólo las transacciones comerciales, sino el comportamiento individual y las relaciones humanas. Un nuevo paradigma, según el cual, el tráfico comercial debe regularse por la lógica del contrato, de tal manera que es legítimo comprar todo lo que se encuentre en venta si media acuerdo, es legal y se tiene capacidad económica para sufragar su coste.

Desde esta perspectiva, la gestación comercial o los vientres de alquiler se presentan como una solución eficiente y pragmática que evita o reduce las limitaciones que pudieran derivarse de la infertilidad estructural o incluso los inconvenientes de las secuelas del embarazo y el parto. La creciente hegemonía de esta racionalidad instrumental propugna la urgente necesidad de contar con un marco normativo global para un comercio que alcanza tales dimensiones que ofrezca seguridad jurídica a la industria y las partes.

Pero los derechos humanos involucrados impiden asumir tal demanda desde un debate apresurado. Es preciso analizar la práctica desde una razón crítica y la *ética deontológica* que examine las implicaciones ético-políticas de su legalización, una reflexión comparada que evalúe qué está pasando allí donde la práctica es legal en cualquiera de sus modalidades. Precisa examinar las reglas de convivencia más convenientes, qué consensuamos como lícito o ilícito y sus implicaciones en términos de igualdad y justicia. La propuesta ha de pasar,

necesariamente, por valorar cuán de legítima es la pretensión desde la razón crítica, qué implicaciones tiene y, en consecuencia, determinar si es compatible con un orden público internacional que parte del axioma fundacional de la universalización de la intangibilidad de la dignidad.

No es difícil empatizar con aquellas personas que tienen el anhelo de tener hijos/as. Que ante las fotos de pequeñas criaturas sonrosadas que ilustran las páginas *webs* y los carteles de las empresas comercializadoras de los contratos gestacionales la reacción sea la de una espontánea oleada de ternura. Pero legalizar la gestación comercial tiene serias implicaciones éticas. Entre otras, permitir que cualquier persona con capacidad económica suficiente pueda encargarse de la gestación del número de menores que pueda costear, convirtiendo a estos últimos en mercancías y a las gestantes en medios. También deriva hacia las mujeres más vulnerables, las secuelas físicas y psicológicas que comporta un embarazo y establece una ciudadanía censitaria, según la cual, solo las personas con recursos económicos podrán tener garantizada descendencia a demanda a costa de la fuerza reproductiva de las mujeres en situación de mayor vulnerabilidad. Pero, a su vez, desplaza el proceso de gestación de la lógica sanitaria a la del mercado.

La intangibilidad de la dignidad representa un principio y un bien jurídico que es el soporte del orden público internacional y el pilar sobre el que se asientan los derechos humanos. La integridad física y moral de las mujeres o el derecho de los menores a contar con tutela estatal, a su vez, son derechos reconocidos por cualquier sistema que se pretenda democrático. Por el contrario, por mucho que se anhele, no existe el derecho a ser padre o madre.

Por ello, el debate sobre la legalización de la gestación comercial requiere desmitificar y politizar la libre elección individual. Precisa tener en cuenta que la legislación regula las normas de convivencia, avala determinadas prácticas y tiene una innegable capacidad propedéutica. De lo contrario, se puede iniciar una peligrosa senda en la que los deseos individuales o el mercado terminen por trivializar la reificación y mercantilización de los seres humanos. Porque, como alerta Figueruelo, la globalización de los mercados no ha sido secundada por un proceso de mundialización de los derechos, de forma tal que la dignidad y los derechos:

“no han ganado nada en este mundo globalizado y sí han perdido en gran medida la defensa de los valores y principios que deben acompañar al hombre y la mujer desde la cuna hasta la tumba. Esto ha hecho que en los últimos años sean muchas las voces que se levantan contra la globalización y sus efectos devastadores en el ámbito de lo político y de los derechos humanos”<sup>69</sup>.

69 Ángela Figueruelo Burrieza, *op. cit.*, 16.

Lejos de ello, la razón crítica y la ética deontológica están sufriendo un preocupante retroceso frente a la ética teleológica y *la razón instrumental*. Un escenario que inevitablemente socavará, de forma insoslayable, la deontología de lo público y el marco ético de convivencia. Por todo ello, constituiría no sólo un lamentable retroceso histórico-jurídico sino, a su vez, una erosión democrática y política que la innovación normativa que supuso la consolidación de un marco internacional destinado a la universalización de principios jurídicos tales como la justicia, la dignidad y la igualdad abandonará la ética deontológica constitutiva para sucumbir ante el hedonismo y la teleología inherente a la nueva hegemonía de la razón instrumental.

## V. BIBLIOGRAFÍA

- Ana Marrades Puig, *El debate sobre la gestación subrogada en España: entre el deseo, la dignidad y los derechos*, 30 *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, 153-177 (2017).
- Ángela Figueruelo Burrieza, *El tríptico liberal y la globalización*, 20 *Revista general de derecho público comparado*, 1-23 (2017).
- Carole Pateman, *El Contrato sexual* (Anthropos 1995).
- Celia Amorós, *Salomón no era sabio* (Fundamentos 2014).
- Comité de Bioética de España, *Informe del sobre los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada* (2017).
- Eleonora Lamm, *Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres* (Universidad de Barcelona 2014).
- Elisabeth Beck-Gernsheim, *La reinención de la familia. En busca de nuevas formas de convivencia* (Paidós 2003).
- Elizabeth Kane, *Birth Mother: The story of America´s first legal surrogate mother* (Houghton Mifflin Harcourt, 1988).
- Francis Fukuyama, *Our Posthuman Future: Consequences of the Biotechnology Revolution* (Farrar, Straus and Giroux 2002).
- Geneviève Fraisse, *Del consentimiento* (Palinodia 2011).
- Ibone Olza, *Los aspectos médicos de la gestación subrogada desde una perspectiva de salud mental, holística y feminista*, 28 *Revista Dilemata*, 1-12 (2018).
- Itziar Gómez Fernández, *El Tribunal Constitucional portugués frente al «modelo portugués» de gestación subrogada*, 11 *Revista Aranzadi Doctrinal*, 1-8 (2018).
- Janice G Raymond, *The international traffic in women: women used in systems of surrogacy and reproduction*, 2 (1) *Reproductive and Genitc Engineering*, 51-57(1989).
- Javier Nanclares Valle, *El interés superior del menor en la gestación por sustitución*, 31 *Revista general de derecho constitucional* (2020).
- Jesús Zamora Bonilla, *Úteros de alquiler*, 18 *Revista Isegoría*, 205-212 (1998).

- Kajsa Ekis Ekman, *El ser y la mercancía* (Bellaterra 2017).
- Katrine Marçal, *¿Quién le hacía la cena a Adam Smith? Una historia de las mujeres y la economía* (Debate 2016).
- Lara Martínez de Aragón López, *El tratamiento jurídico internacional de los derechos sexuales y reproductivos desde una perspectiva iusfeminista Atlánticas*, 8 (2), 79-109 (2023).
- Laura Nuño Gómez, *Hacia la constitucionalización del deber y el derecho al cuidado en el estado social*, en *El reconocimiento de los derechos del cuidado*, 50-67 (Ana I. Marrades Puig coord., Tirant Humanidades, 2023).
- , *La construcción de las mujeres como cuerpos subalternos*, *Revista Historia y Comunicación Social*, 25 (1), 181-190 (2020).
- Laura Purdy, *Another look at contract pregnancy*, en *Issues in reproductive technology: An anthology*, 309-311 (Helen B. Holmes ed., Garland Publishing, 1992).
- Layla Martínez, *Gestación subrogada. Capitalismo, mercado y poder* (Pepitas, 2019).
- Luisa Murano, *El alma del cuerpo. Contra el útero de alquiler* (Icaria, 2016).
- María José Guerra Palmero, *Contra la llamada gestación subrogada. Derechos humanos y justicia global versus bioética neoliberal*. 31(6) *Gaceta Sanitaria*, 535- 538 (2017).
- María Luisa Balaguer, *Hij@s del mercado. La maternidad subrogada en un Estado Social* (Cátedra 2017).
- Max Horkheimer, *Crítica de la razón instrumental* (Jacobo Muñoz trad., Trotta. 2013) (1947).
- Michael Sandel, *Justicia ¿hacemos lo que debemos?* (Debate 2011).
- Octavio Salazar, *La gestación por sustitución desde una perspectiva jurídica*, 99 *Revista de Derecho Político*, 79-120 (2017).
- Peter Singer, *De compras por el supermercado genético*, 27 *Revista Isegoría*. 19-40 (2002).
- Robert Nozick, *Anarchy, State, and Utopia* (Basic Books 1974).
- Shulamith Firestone, *La dialéctica del sexo* (Kairós1976) (1970).
- Silvia Federici, *Revolución en punto cero. Trabajo doméstico, reproducción y luchas feministas* (Traficantes de sueños 2014).
- Simone De Beauvoir, *El segundo sexo* (Cátedra 2011) (1949).
- Yolanda Gómez Sánchez, *El derecho a la reproducción humana* (Marcial Pons 1994).