

## **LA SUBJETIVIDAD POLÍTICO-JURÍDICA DE LAS MUJERES Y LA BIOTECNOLOGÍA COMO POLÍTICA DE REPRODUCCIÓN**

TERESA VICENTE GIMÉNEZ (COORDINADORA)

Profesora Titular de Filosofía del Derecho

Universidad de Murcia (España)

[teresavi@um.es](mailto:teresavi@um.es)

VALERIA MARZOCCO

Profesora de Filosofía del Derecho

Universidad Federico II de Nápoles (Italia)

[valeria.marzocco@unina.it](mailto:valeria.marzocco@unina.it)

SUSANNA POZZOLO

Profesora de Filosofía del Derecho

Universidad de Brescia (Italia)

[susanna.pozzolo@unibs.it](mailto:susanna.pozzolo@unibs.it)

ALESSIA FARANO

*Investigadora de Filosofía del Derecho*

*Universidad LUISS Guido Carli de Roma (Italia)*

[alefarano@hotmail.com](mailto:alefarano@hotmail.com)

**RESUMEN:** Las mujeres empezamos a tener derechos, a ser titulares de derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, en la segunda mitad del siglo XX. El sistema patriarcal sobre el que se asienta el modelo económico y tecnológico que ha dominado el mundo ha dificultado el reconocimiento efectivo de los derechos a las mujeres a lo largo de su historia y, con ello, su acceso al ámbito del Derecho y de la Política. Por ello, la lucha del movimiento feminista ha tenido como punto de partida cuestionar la complejidad del patriarcado y el sistema económico- tecnológico triunfante a nivel global.

La biotecnología como técnica de reproducción ha logrado mostrar la maternidad como una elección y no como una necesidad biológica, como se había determinado tradicionalmente por la ideología del patriarcado.

En el ámbito de los derechos sexuales y reproductivos, uno de los temas más controvertidos, es el de la maternidad subrogada, “los vientres de alquiler”, donde se enfrentan las argumentaciones en base al principio de libertad y la supuesta emancipación de la mujer, que puede elegir entre diferentes modos de ejercer la maternidad, y el principio de igualdad social, que pone de manifiesto la desigualdad de las partes, donde las mujeres más pobres ceden su útero y las mujeres con mayores recursos los demandan. También es un tema controvertido la identidad de género y los derechos sexuales de los LGTB.

La tecnología y su incidencia en la reproducción tiene repercusiones decisivas para las presentes y futuras generaciones. Cuando nuestras acciones afectan a otras personas, aunque no se encuentren en una relación de reciprocidad con nosotros, se hace necesaria una nueva reflexión sobre el principio de responsabilidad.

**PALABRAS CLAVE:** Mujeres, derechos subjetivos, biotecnología, derechos sexuales, técnicas de reproducción asistida, generaciones futuras.

**ABSTRACT:** In the second half of the twentieth century, women began to acquire the privileges to hold civil, political, economic, social and cultural rights. The patriarchal system, as a basis of the economic and technological model that dominates the world, has hampered the effective recognition of women rights throughout history and, thus, their access to the area of law and policy-making. Therefore, the struggle of the

feminist movement has had as a starting point to question the complexity of patriarchy and the technological-economic globally triumphant system.

Biotechnology as reproduction technique has succeeded in showing motherhood as a choice and not a biological necessity, as traditionally determined by the patriarchal ideology.

In the field of sexual and reproductive rights one of the most controversial issues is the surrogacy, "surrogates", where the arguments are based on the principle of freedom and the alleged emancipation of women, which can choose between different modes of exercising motherhood, and the principle of social equality, which highlights the inequality of the parties, where the poorest women give up their uterus to women with greater resources. It is also a controversial item the gender identity and sexual rights of LGBT.

Technology and its impact on reproduction have decisive implications for present and future generations. When our actions affect people, even they are not in a reciprocal relationship with us, a new reflection on the principle of responsibility is necessary.

**KEYWORDS:** Women, subjective rights, biotechnology, sexual rights, assisted reproduction techniques, future generations.

**SUMARIO:** **Capítulo I. El acceso de las mujeres al ámbito jurídico- político y la incidencia del avance científico-tecnológico en la Naturaleza y la especie Humana** (*Teresa Vicente Jiménez*). I. Los derechos subjetivos de las mujeres, los derechos sexuales y los derechos reproductivos. II. La repuesta de la comunidad internacional ante a la biotecnología, en el marco de la bioética. III. La respuesta jurídica a la incidencia del desarrollo tecnológico en la reproducción humana: la reproducción asistida y la gestación por sustitución en el derecho español. **Capítulo II. ¿Un Derecho sexuado? Procesos de subjetivación de género y trayectorias del feminismo contemporáneo** (*Valeria Marzocco*). I. Identidad de género y reconocimiento jurídico. Sobre el dilema de la igualdad. II. ¿Qué significa igual? Sobre igualdad y diferencia. III. ¿Homologar la diferencia? La identidad de género, más allá del dilema de la igualdad. **Capítulo III. Locatioventris** (*Susanna Pozzolo*). I. Biologyisnot a destiny. II. Más que encontrar las respuestas, lo difícil es hacerse las preguntas correctas. III. Paternalismo, cultura patriarcal, *empowerment* femenino. IV.

¿Ser un medio? ¿Para quién? V. ¿Es un fenómeno necesario? VI. Superar la sociedad patriarcal necesita un cambio de perspectiva. **Capítulo IV. Ingeniería genética y generaciones futuras. A propósito de una reciente sentencia de la Corte Constitucional italiana** (*Alessia Farano*). I. La ley italiana sobre la reproducción asistida al examen de la Corte Constitucional. II. Ingeniería genética y generaciones futuras en el debate filosófico. III. La regulación jurídica de la genética.

**Capítulo I. El acceso de las mujeres al ámbito político-jurídico  
y la incidencia del avance científico-tecnológico  
en la Naturaleza y en la especie Humana**  
(TERESA VICENTE JIMÉNEZ)

**I. LOS DERECHOS SUBJETIVOS DE LAS MUJERES, LOS DERECHOS SEXUALES  
Y LOS DERECHOS REPRODUCTIVOS**

Las mujeres empezamos a ser titulares de derechos subjetivos ya avanzado el siglo XX y, de una manera progresiva hasta nuestro días, hemos sido sujetos de derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales. Sin embargo, a pesar de las leyes promulgadas para la protección y el desarrollo individual, social, económico, y cultural de las mujeres, la violencia contra las mujeres no para de crecer en todo el mundo. El sistema patriarcal, sobre el que se ha construido el modelo económico tecnológico actual, se ha basado en la dominación y la exclusión del medio natural y de las mujeres, dificultando su acceso a los derechos lo largo de la historia. La violencia de género aparece, por tanto, como una manifestación más de la violencia estructural que engendra el sistema político, económico, y jurídico impuesto por el poder patriarcal que domina el mundo. Por ello, y aunque el patriarcado es el único sistema que no ha sido desafiado hasta ahora, la organización política de las mujeres y la lucha del movimiento feminista ha tenido como punto de partida cuestionar la complejidad del patriarcado<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> VICENTE GIMÉNEZ, T; RUBIO FERNÁNDEZ, E; PICAZO RAMIREZ, Y; ARMANIAN, N; POZA SEBASTIAN, A, “Los derechos de las mujeres frente a la violencia y la desigualdad”, *Anales de Derecho* nº 31, Murcia, 2013, págs. 56-120.

La violencia contra las mujeres hunde sus raíces en la ausencia de derechos que las mujeres han sufrido a lo largo de su historia, impuesto por el paradigma cultural del patriarcado. Aunque avanzado el siglo XX la mujer ha conseguido, por primera vez, ser titular de derechos, que le permiten la participación política, el disfrute de su libertad individual, y muy recientemente de los derechos sociales, sin embargo la garantía efectiva de los mismos aún no se ha alcanzado, ni siquiera en la pequeña parte del mundo que ha podido disfrutar del breve Estado del bienestar. A finales del siglo XX, el triunfo del sistema capitalista financiero internacional lleva consigo el deterioro de los derechos sociales y de los derechos ecológicos, y en este sentido el movimiento feminista critica al sistema económico financiero hegemónico, y plantea nuevas alternativas para un cambio radical del modelo económico dominante en el mundo, como las propuesta desde la *economía feminista* impulsadas por el *ecofeminismo*.

La *economía feminista* reconoce la amplitud del sistema ecológico y el avance de la igualdad social, como presupuestos para un nuevo modelo socio-ecológico integrador, que tiene en cuenta la posición de los seres humanos en el ecosistema. Y se opone al sistema económico basado en la acumulación de capital, y pone de manifiesto que la distribución de los recursos, de la energía y de los materiales que intercambiamos con el mundo físico, posibilitan no sólo la protección del medio ambiente, sino también a la integración y la participación efectiva de las mujeres en el ámbito jurídico y político. En este sentido, la economía feminista denuncia que, en la actualidad, la dependencia y la vulnerabilidad de las mujeres se resuelve en términos de desigualdad, al hacer recaer sobre las mujeres y los hogares la carga de la resolución de las necesidades que derivan de la vulnerabilidad vital, que no se asume como responsabilidad de conjunto, precisamente, porque tal resolución sería costosa para el proceso de acumulación del capital<sup>2</sup>.

El *movimiento ecofeminista* ha contribuido a la propuesta de un nuevo modelo de desarrollo social y ecológico, poniendo de manifiesto el paralelismo entre la violencia creciente que se ejerce contra las Mujeres y la violencia ejercida contra la Naturaleza, y poniendo también de manifiesto cómo el empobrecimiento del

---

<sup>2</sup> PÉREZ OROZCO, A; CARRASCO BENGUA, C; HERRERO, Y; VILLOTA GIL-ESCOIN, P; LARRAÑAGA, M; JUBETO, Y; GÁLVEZ MUÑOZ, L, "Con voz propia. La economía feminista como apuesta teórica y política", La Oveja Roja, Madrid, 2014.

ecosistema del planeta Tierra conlleva el empobrecimiento de las Mujeres de todo el mundo<sup>3</sup>.

La reivindicación del ecofeminismo cuestiona desde sus raíces el modelo patriarcal de crecimiento ilimitado, y propone otro modelo de desarrollo que ponga en el centro a la mujer y a las exigencias de sostenibilidad para el desarrollo de una democracia social y ecológica en un mundo globalizado. Como la propuesta de Vandana Shiva en su *Manifiesto para una Democracia viva de la Tierra*, donde se trata de reinventar la ciudadanía, el gobierno, las instituciones, el gobierno global y el tejido social<sup>4</sup>.

Es importante advertir de la crítica que el ecofeminismo despierta dentro del propio feminismo, por su esencialismo o revalorización de lo supuestamente femenino. A lo que habría que responder que la revalorización de lo ontológicamente femenino que realiza el ecofeminismo, la hace a partir de una crítica del patriarcado y, por tanto, reconoce la opresión y el sustrato reivindicativo de la acción del movimiento feminista.

Los nuevos planteamientos de una economía humanista, ética y ecológica, se conforman bajo el paradigma de una justicia de distribución, desde la que se desarrolla la justicia social y justicia ecológica, contraria a la acumulación capitalista del sistema económico actual. La manifiesta contradicción entre el sistema económico capitalista basado en la acumulación y el sistema ecológico, basado en la distribución y la sostenibilidad, tiene su núcleo en la ausencia de la ética en el sistema económico y en un enfoque analítico que opera sin tener en cuenta la degradación ecológica y social que provoca. Por ello, el nuevo método científico interdisciplinario deberá basarse en la idea de un sistema abierto, interdependiente y entrópico, propio del ecosistema, que contrasta y supera al enfoque analítico, antropocéntrico y androcéntrico del discurso y del sistema convencional.

El avance tecnológico, que asegura producir más y mejor, a día de hoy, es capaz de manipular y alterar para siempre el entramado de la vida. Primero, la ingeniería genética alcanza a la Tierra, con sus repercusiones en la producción de

---

<sup>3</sup> VICENTE GIMÉNEZ, T, "Propuestas integracionistas desde la idea de solidaridad humana e integridad ecológica: el movimiento ecofeminista", *Anales de Derecho*, Murcia, 2008, págs. 477-485.

<sup>4</sup> SHIVA, V, "Manifiesto para una Democracia viva de la Tierra", Paidós, Barcelona, 2006.

alimentos transgénicos, los biocombustibles, la apropiación y control de las semillas, o el extractivismo minero, teniendo graves repercusiones sociales y medioambientales, lo que ha sido objeto de críticas, debates y contradicciones. A continuación, la manipulación genética alcanza de pleno a la Humanidad, y pone a disposición el contingente genético que hasta ahora era el indisponible de la especie humana.

La biotecnología como política de reproducción tiene repercusiones radicales en la vida tal y como la hemos conocido hasta ahora, lo que hace necesaria una nueva reflexión ética para la era tecnológica actual. Se trata de un replanteamiento del *principio de responsabilidad para la civilización tecnológica*. Hoy es más necesario que nunca *el principio de responsabilidad*, porque tenemos el deber de la reconstrucción del planeta Tierra cuya degradación ha sido desencadenada por la acción humana y porque tenemos el deber para con el futuro de la humanidad. La propuesta desde *la ética de la responsabilidad* de Hans Jonas trata de poner freno al impulso del progreso tecnológico<sup>5</sup>.

En efecto, los avances de la tecnología y la ciencia permiten mejorar la salud, y las posibilidades de reproducción, y muestra nuevas posibilidades de crear un ser, dejando atrás el lugar que las mujeres han ocupado como únicas creadoras de seres humanos. Las técnicas de reproducción asistida y la investigación biomédica también posibilitan la manipulación de embriones, la manipulación de la línea germinal, y abre la posibilidad de que los vientres de las mujeres entren en el mercado. Todo ello plantea la cuestión de si caminamos hacia la libertad de todas las mujeres, o vamos hacia una eugenesia liberal en el sentido habermasiano.

Habermas advierte que se está produciendo un desplazamiento desde la eugenesia negativa -el deseo de evitar el desarrollo de enfermedades hereditarias graves bajo la premisa de que no debemos gravar a las siguientes generaciones si podemos evitarlo- hacia el predominio de una concepción liberal que somete a las exigencias del mercado las posibilidades de la eugenesia positiva. En este sentido, traspasar las débiles fronteras entre las intervenciones terapéuticas y las intervenciones perfeccionadoras, lleva a alterar, de manera definitiva, la actual comprensión de los seres vivos, de la autonomía de la voluntad, y del desarrollo de la igualdad. El peligro radica en el predominio de una concepción liberal en la dinámica

---

<sup>5</sup> JONAS, H, "Das Prinzip Verantwortung", InselVerlag, Frankfurt, 1979.

de la ciencia, la técnica y la economía, que somete a las exigencias del mercado las posibilidades biogenéticas<sup>6</sup>.

En relación a los derechos reproductivos y la emancipación de la mujer, las nuevas modalidades de reproducción asistida han logrado mostrar a la maternidad como una elección y no como un fin biológico natural, como hasta ahora se habían mostrado por parte de la tradición patriarcal. Lo interesante aquí es darse cuenta de los presupuestos ideológicos del patriarcado sobre los que se ha construido la estructura social y la configuración de los roles sociales, que se institucionalizan a través de las normas sociales, morales y jurídicas.

Uno de los temas más debatidos y que ha recibido una dura crítica social es el de la maternidad subrogada o los vientres de alquiler, sobre todo en relación a las pretensiones económicas del contrato de la maternidad por subrogación. El argumento liberal defiende la maternidad subrogada porque amplía la libertad de las mujeres, ya que es una nueva posibilidad para las mujeres de elegir que maternidad quieren tener. Desde una perspectiva reivindicativa feminista, la oposición a la maternidad de alquiler se basa en la desigualdad de punto de partida de ambas partes del contrato, las mujeres más pobres son las que alquilan sus úteros y las familias con más recursos son las que los demandan, por tanto, hay una explotación de la mujer detrás de la esta práctica, fruto de la ideología del libre mercado y de la estructura patriarcal que demanda perpetuar su patrimonio genético.

Desde el punto de vista de la teoría del derecho se trata de que la igualdad y la diferencia sean tenidas en cuenta en su interconexión, esto es, que la diferencia sea planteada como una parte de la igualdad y, de este modo, se reconocen los derechos individuales y la autonomía de la voluntad, pero considerando al individuo dentro de un colectivo. Se trata de reconocer el principio de la libertad individual junto al principio de la igualdad social y la equidad.

En relación a los derechos sexuales y la identidad sexual, desde la perspectiva de género se vuelve a plantear la cuestión del reconocimiento de la diferencia en el ámbito de la igualdad. Se sostiene que la identidad sexual se ha normalizado sobre la estructura patriarcal según el modelo natural reproductivo, y que ahora se ha logrado

---

<sup>6</sup> HABERMAS, J, "El futuro de la naturaleza humana: ¿hacia una eugenesia liberal?", Paidós, Barcelona, 2002.

separar la identidad sexual de la identidad personal, lo que plantea el reconocimiento jurídico de nuevas formas de subjetivación. Desde los argumentos de las personas LGBTI (lesbianas, gays, bisexuales, trans –transgéneros y transexuales- e intersex) la reivindicación de los procesos de subjetivación de género no siempre se plantean en un contexto de igualdad, sino que hay una reivindicación desde la diferencia a ser normalizados, para poder acceder al ámbito jurídico y político. En este sentido, el objetivo no es la justicia social ni alcanzar el horizonte de universalidad real, sino el respeto y el reconocimiento de la diferencia dentro de la igualdad.

Las manifestaciones de diversidad sexual, la presencia en una sociedad de grupos con diferentes inclinaciones sexuales reivindica lograr transformar la heteronomía y reclama insertar la diversidad sexual en su dimensión social, política y colectiva. Se trata de la reivindicación de los derechos sexuales especialmente vinculados a la dignidad y al libre desarrollo de la personalidad de cada uno de los integrantes del colectivo LGBTI.

En el nivel prescriptivo, la dimensión normativa, el poder legislativo, es capaz de definir y sancionar moral y jurídicamente la diversidad sexual. En el continente americano, la Organización de los Estados Americanos OEA ha aprobado en 2015 el informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos donde se ha resaltado el dominio de las sociedades americanas por los principios de heteronormatividad, cisnormatividad, y los binarios de sexo y género, y ha subrayado la prevalencia de la violencia contra las personas lesbianas, gays, bisexuales, trans e intersex, y la amplia y generalizada intolerancia e irrespeto hacia las personas LGTBI o aquellas percibidas como tales (CIDH, *Violencia contra personas LGBTI*, 2015. [www.cidh.org](http://www.cidh.org)).

En la Argentina, el 9 de mayo de 2012 se aprobó el proyecto de la Ley de Identidad de Género, se trata de una ley sin precedentes y de un alto carácter innovador. A partir de entonces, aquellas personas que experimenten que su identidad personal y social no está representada por el documento de identidad o por su constitución física, puede requerir nueva documentación identificatoria o acceder, desde el punto de vista médico y farmacológico, a tratamientos para la adecuación del cuerpo con la identidad de género autopercebida sin atravesar previamente instancias judiciales, médicas y psiquiátrica de autorización, lo que significa un gran avance para

el disfrute de una “ciudadanía sexual” de la que carecía la Argentina influenciada por la iglesia católica y el Vaticano<sup>7</sup>.

En Europa la diversidad sexual no está perseguida y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos prohíbe la discriminación por orientación sexual. Se reconoce la eliminación de todas las formas de discriminación por motivos de orientación sexual en la Directiva 2000/43/CE relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato y la prohibición directa o indirecta por motivos de origen racial o étnico, de religión, edad, discapacidad y orientación sexual; en la Directiva 2004/113/CE por la que se aplica el principio de igualdad de trato y el principio de no discriminación entre hombres y mujeres al acceso de bienes y servicios y suministro; en la Directiva 2006/54/CE relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades y de igualdad de trato entre hombre y mujeres en asuntos de empleo y de educación; y en la Directiva 2010/41/UE que presentó la Comisión Europea el 2 de junio de 2008 y que fue informada favorablemente por el Parlamento Europeo, y que se encuentra en fase de negociación en el consejo de la Unión Europea (el último debate el 11/12/2014) y, por tanto, no ha sido adoptada todavía.

En España, la diversidad sexual ha sido reconocida en la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio, y de este modo, la orientación sexual sale del ámbito de lo privado al ámbito de lo público, poniendo fin a una larga trayectoria de discriminación basada en la orientación sexual. Se trata del reconocimiento de los derechos sexuales de aquellos que libremente adoptan por una opción sexual y afectiva por personas de su mismo sexo que, a partir de la ahora, pueden desarrollar su personalidad y sus derechos en condiciones de igualdad. Sin embargo el desarrollo de los derechos sexuales de lesbianas, gays, bisexuales, transexuales, transgénero e intersexuales en el territorio español es diferente, debido a que solo algunas comunidades autónomas desarrollan este ámbito: País Vasco Ley 14/2012, de 28 de junio, de no discriminación por motivos de identidad de género y de reconocimiento de los derechos de las personas transexuales; Galicia Ley 2/2014, de 14 de abril, por la igualdad de trato y por la no discriminación de lesbianas, gays, transexuales, bisexuales e intersexuales en Galicia; Cataluña Ley 11/2014, de 10 de octubre, para garantizar los derechos de

---

<sup>7</sup> MECCIA, E, “Catolicismo y ciudadanía sexual. Apuntes sobre la situación en Argentina”, Sociedad y Religión: Sociología, Antropología e Historia de la Religión en el Cono Sur, vol. XX, núm. 30-31, Buenos Aires, Argentina, 2008.

lesbianas, gays, transgéneros e intersexuales y para erradicar la homofobia, la bifobia y la transfobia; Extremadura Ley 12/2015, de 8 de abril, de igualdad social de lesbianas, gays, bisexuales, transexuales, transgénero e intersexuales y de políticas públicas contra la discriminación por orientación sexual e identidad de género en la Comunidad Autónoma de Extremadura; Murcia Ley 8/2016 de igualdad social de lesbianas, gays, bisexuales, transexuales, transgénero e intersexuales y de políticas públicas contra la discriminación por la orientación sexual e identidad de género.

## II. LA RESPUESTA DE LA COMUNIDAD INTERNACIONAL A LA BIOTECNOLOGÍA, EN EL MARCO DE LA BIOÉTICA

Los dilemas éticos suscitados por ciertas prácticas controvertidas de la ciencia y la biotecnología, han hecho necesario desarrollar la bioética, un saber específico sobre el estado del avance de las investigaciones científicas y las implicaciones de experiencias realizadas. Y, de este modo, lograr establecer un conjunto de normas para regular las prácticas científicas que implican al ser humano y al ecosistema. Sobre la base de esta nueva ética, la ética ecológica y la ética tecnológica, se tratan de presentar los principales textos jurídicos, para poder reflexionar sobre las normas bioéticas subyacentes.

El desarrollo de la civilización tecnológica ha aumentado desmesuradamente el poder del ser humano sobre la Naturaleza y la Humanidad en su conjunto. El término tecnología incluye la biotecnología, esto es, toda aplicación tecnológica que utilice sistemas biológicos y organismos vivos o sus derivados para la creación o modificación de productos o procesos para usos específicos.

Sí el desarrollo tecnológico provoca desigualdad y deterioro ecológico, con ello se produce una pérdida de racionalidad en el discurso científico, y se omite el bien común como idea que legitima la política y el derecho.

La ingeniería genética tiene resultados relevantes para las generaciones presentes y futuras, de ahí la responsabilidad de nuestras decisiones políticas y jurídicas, porque afectan a los que aún no están, a los que no pueden participar en nuestras decisiones. Aunque no existe una relación recíproca, las generaciones futuras no nos pueden dar nada a cambio ni siquiera interpelarnos, sin embargo, se ven igualmente afectados por nuestras decisiones y acciones. En este sentido, la

cautela y la prudencia deberán presidir tanto cualquier actividad que amenace las condiciones ecosistémicas que permiten a la humanidad vivir en la Tierra, como cualquier intervención que manipule la identidad biológica de la especie humana.

En un sentido ecológico, el desarrollo político y jurídico de la idea de sostenibilidad habrá de configurar el perfil de las normas que conforman la protección internacional del medio ambiente: Las Convenciones de Río como respuesta a los retos del desarrollo sostenible, y las principales Convenciones o Tratados internacionales, como la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre Cambio Climático y el Protocolo de Kioto, la Convención de Naciones Unidas contra la Desertificación como acción frente al avance de la desertificación, o la Convención sobre la Diversidad Biológica de 1992, sus Protocolos, y el Plan Estratégico para la Biodiversidad (2011-2020).

El *Convenio sobre la Diversidad Biológica* <https://www.cbd.int/doc/legal/cbd-es.pdf> afirma que la conservación de la biodiversidad es interés común de toda la humanidad, y responsabilidad del Estado y se declaran como prioridades básicas y fundamentales el desarrollo económico y social y la erradicación de la pobreza. Se reconoce la función decisiva que representa la mujer en la conservación y la utilización sostenible de la diversidad biológica, y la necesidad de su participación plena en todos los niveles.

El acceso a los recursos genéticos y a las tecnologías, y la participación en esos recursos y tecnologías, tiene una importancia crítica para la conservación y la utilización sostenible de la diversidad biológica. Y, en este sentido, se resuelve conservar y utilizar de manera sostenible la diversidad biológica en beneficio de las generaciones presentes y futuras: Se acuerda como objetivos del presente convenio: “la conservación de la diversidad biológica, la utilización sostenible de sus componentes y la participación justa y equitativa en los beneficios que deriven de la utilización de los recursos genéticos, mediante, entre otras cosas, un acceso adecuado a esos recursos y una transferencia apropiada de las tecnologías pertinentes, teniendo en cuenta todos los derechos sobre esos recursos y a esas tecnologías, así como mediante financiación apropiada”.

De otro lado, en relación a la incidencia del desarrollo tecnológico en la reproducción humana y la respuesta de la comunidad internacional a esta incidencia, se trata de presentar las principales normas internacionales para la defensa de la

dignidad del ser humano, los derechos humanos, el genoma humano, los datos genéticos y la clonación humana, respecto a las aplicaciones de la biología, la medicina y la tecnología.

La *Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos*, UNESCO, 1997 [http://portal.unesco.org/es/ev.php-URL\\_ID=13177&URL\\_DO=DO\\_TOPIC&URL\\_SECTION=201.html](http://portal.unesco.org/es/ev.php-URL_ID=13177&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html), define el genoma humano como la unidad fundamental de todos los miembros de la familia humana y se declara que el genoma humano no puede ser objeto de beneficio económico alguno, y por tanto no puede entrar en el mercado. El genoma humano es patrimonio común de la humanidad.

Antepone el respeto a los derechos humanos sobre la investigación relativa al genoma humano y sus aplicaciones. Se reconocen los principios de consentimiento, debidamente informado, y la confidencialidad de los datos genéticos, respetando el derecho a decidir a que se le informe o no de los resultados de un examen genético y sus consecuencias. Se reconoce el derecho a la reparación equitativa por daños causados por una intervención en el genoma.

Prohíbe la clonación con fines de reproducción de seres humanos: “No deben permitirse las prácticas que sean contrarias a la dignidad humana, como la clonación con fines de reproducción de seres humanos”. Las aplicaciones de la investigación sobre el genoma humano, sobre todo en el campo de la biología, la genética y la medicina, deben orientarse a aliviar el sufrimiento y mejorar la salud del individuo y de toda la humanidad.

Fomenta la educación en bioética, invitando a los Estados a tomar las medidas adecuadas para la formación interdisciplinar, las políticas científicas y el fomento de otras formas de investigación, formación y difusión de la información, que permitan a los miembros de la sociedad tomar conciencia de sus responsabilidades, ante las cuestiones fundamentales relacionadas con la defensa de la dignidad humana que puedan plantear la investigación y su aplicación en biología, genética y medicina.

Establece que el Comité Internacional de Bioética de la Unesco contribuirá a difundir la presente Declaración, examinará su aplicación y la evolución de las tecnologías en cuestión, y prestará asesoramiento para el seguimiento de la

Declaración. También organizará consultas y presentará recomendaciones a la Conferencia General.

En el ámbito regional europeo del Consejo de Europa, el *Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina* 4 de abril de 1997 <http://www.bioeticanet.info/documentos/Oviedo1997.pdf>. La interpretación y seguimiento del Convenio corresponde al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, al Gobierno de una de las partes una vez informadas las demás partes, y al Comité Director para la Bioética (CDBI).

El Convenio de Oviedo tiene como objeto y finalidad proteger al ser humano en su dignidad y su identidad, y garantizar a toda persona el respeto a sus derechos y libertades fundamentales con respecto a las aplicaciones de la biología y la medicina. Subraya la primacía del ser humano: el interés y el bienestar del ser humano deberá prevalecer sobre el interés exclusivo de la sociedad o la ciencia.

En relación al Genoma Humano, sólo podrán hacerse pruebas predictivas de enfermedades genéticas con fines médicos o de investigación médica y con un asesoramiento genético apropiado. Únicamente podrá efectuarse una intervención que tenga por objeto modificar el genoma humano por razones preventivas, diagnósticas o terapéuticas y sólo cuando no tenga por finalidad la introducción de una modificación en el genoma de la trascendencia. No se admitirá la utilización de técnicas de asistencia médica a la procreación para elegir el sexo de la persona que va a nacer, salvo caso de enfermedad hereditaria grave.

Cualquiera intervención en el ámbito de la sanidad sólo podrá efectuarse después de que la persona afectada haya dado su libre e inequívoco consentimiento. El consentimiento deberá ser libre y explícitamente otorgado, bien por escrito o ante una autoridad.

*La Declaración Internacional sobre los Datos Genéticos Humanos*, UNESCO, 2003 [http://www.ub.edu/rceue/archivos/Unesco\\_Datos\\_Gen.pdf](http://www.ub.edu/rceue/archivos/Unesco_Datos_Gen.pdf) tiene como objetivo velar por el respeto de la dignidad humana y la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la recolección, el tratamiento, la utilización y la conservación de los datos genéticos humanos, los datos proteómicos humanos y las muestras biológicas. Excepto en los casos de que se trate de la investigación, el

descubrimiento y el enjuiciamiento de los delitos penales o de pruebas de determinación de parentesco, que estará sujeto a la legislación interna compatible con el derecho internacional relativo a los derechos humanos.

En relación a la identidad de la persona, aunque reconoce que cada individuo tiene una configuración genética característica (los datos genéticos son singulares), sin embargo afirma que la identidad de una persona no debe reducirse a sus rasgos genéticos, porque en ella influyen otros factores, como los educativos, ambientales y personales, y los lazos afectivos espirituales, culturales y sociales, y conlleva además una dimensión de libertad.

Los datos genéticos humanos y los datos proteómicos humanos podrán ser recolectados, tratados, utilizados y conservados solamente para los fines de diagnóstico y asistencia sanitaria, investigación biomédica y otras formas de investigación científica, medicina forense y procedimientos civiles o penales, y cualquier otro fin compatible con la Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos y el derecho internacional relativo a los derechos humanos. Todo ello previo consentimiento: Para recolectar datos genéticos humanos, datos proteómicos humanos o muestras biológicas, sea o no invasivo el procedimiento utilizado, y para su ulterior tratamiento, utilización o conservación, se necesita el consentimiento previo, libre informado y expreso de la persona interesada.

Las muestras biológicas conservadas extraídas con otros fines, podrán utilizarse para obtener datos genéticos humanos o datos proteómicos humanos si cuenta con el consentimiento previo, libre, informado y expreso de la persona interesada.

Subraya la confidencialidad de los datos genéticos y protege la privacidad de las personas. Los beneficios resultantes de la utilización de datos genéticos humanos, datos proteómicos humanos o muestras biológicas obtenidos con fines de investigación médica y científica deberían ser compartidos con la sociedad en su conjunto.

Establece las funciones del Comité Internacional de Bioética (CIB), un órgano creado en 1993 compuesto por 36 expertos independientes designados por el Director General de la UNESCO, y del Comité Intergubernamental de Bioética (CIGB), creado en 1998 compuesto por 36 Estados Miembros elegidos por la Conferencia General de

la UNESCO. Los cuales deberán contribuir a la aplicación y la difusión de los principios contenidos en esta Declaración, emitir informes, efectuar propuestas y formular recomendaciones a la Conferencia General.

La *Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos*, UNESCO, 2005  
<http://unesdoc.unesco.org/images/0014/001461/146180S.pdf>

En este texto se contienen los principios fundamentales de la bioética. La Declaración inscribe la bioética en el marco de los derechos humanos internacionales, y de este modo reconoce la interrelación existente entre la ética y los derechos humanos en el terreno concreto de la bioética. La Declaración trata de las cuestiones éticas relacionadas con la medicina, las ciencias de la vida y las tecnologías conexas aplicadas a los seres humanos, teniendo en cuenta sus dimensiones sociales, jurídicas y ambientales.

Los principios enunciados en la Declaración son: Respetar plenamente la dignidad humana, los derechos humanos y las libertades fundamentales. Potenciar al máximo los beneficios directos e indirectos para los pacientes los participantes y otras personas concernidas, y reducir al máximo los posibles efectos nocivos para dichas personas. Respetar la autonomía de la persona para la toma de decisiones y asumir la responsabilidad de éstas. El consentimiento libre e informado de la persona interesada deberá llevarse a cabo antes de realizar cualquier intervención médica preventiva, diagnóstica y terapéutica. A las personas que carecen de la capacidad para dar su consentimiento, se les habrá de conceder protección especial. Respeto de la vulnerabilidad humana y la integridad personal. Privacidad y confidencialidad. Igualdad, justicia y equidad. No discriminación y no estigmatización. Respeto de la diversidad cultural y del pluralismo. Solidaridad y Cooperación. Responsabilidad social y salud. Aprovechamiento compartido de los beneficios resultantes de toda investigación científica y sus aplicaciones. Protección de las generaciones futuras. Protección del medio ambiente, la biosfera y la biodiversidad. Se reconoce la interconexión entre los seres humanos y las demás formas de vida, la importancia de un acceso apropiado a los recursos biológicos y genéticos y su utilización, y el papel de los seres humanos en la protección del medio ambiente, la biosfera y la biodiversidad (ética ecológica).

Junto a la Declaración, la Conferencia General de la UNESCO aprobó una resolución en la que instaba a los Estados Miembros a poner en práctica los principios

enunciados en la Declaración y adoptar medidas para la aplicación del texto, y una difusión lo más amplia posible. De forma que todo ser humano dondequiera que se encuentre, pueda beneficiarse de los progresos de la ciencia y la tecnología dentro del respeto de los derechos y las libertades fundamentales de la persona.

Se promueve y apoya la creación de Comités de ética, al nivel que corresponda, independientes, pluridisciplinarios y pluralistas. Y en relación a las actividades de seguimiento de la UNESCO dice que solicitará ayuda y promoverá la colaboración entre sus dos órganos estatutarios en materia de bioética: el Comité Internacional de Bioética (CIB), y el Comité Intergubernamental de Bioética (CIGB).

La *Declaración de las Naciones Unidas sobre Clonación Humana*, ONU, 2005:

- a) “a) Los Estados Miembros habrán de adoptar las medidas necesarias para proteger adecuadamente la vida humana en la aplicación de las ciencias biológicas;
- b) Los Estados Miembros habrán de prohibir todas las formas de clonación humana en la medida en que sea incompatible con la dignidad humana y la protección de la vida humana;
- c) Los Estados Miembros habrán de adoptar además las medidas necesarias a fin de prohibir la aplicación de las técnicas de ingeniería genética que pueda ser contraria a la dignidad humana;
- d) Los Estados Miembros habrán de adoptar medidas para impedir la explotación de la mujer en la aplicación de las ciencias biológicas;
- e) Los Estados Miembros habrán también de promulgar y aplicar sin demora legislación nacional para poner en práctica los apartados a) a d);
- f) Los Estados Miembros habrán además de tener en cuenta, en su financiación de la investigación médica, incluidas las ciencias biológicas, cuestiones acuciantes de alcance mundial como el VIH/SIDA, la tuberculosis y la malaria, que afectan particularmente a los países en desarrollo.”

<http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/pdf/DerechoInternacional/6/pim/pim36.pdf>

### III. LA RESPUESTA JURÍDICA A LA INCIDENCIA DEL DESARROLLO TECNOLÓGICO EN LA REPRODUCCIÓN HUMANA: LA REPRODUCCIÓN ASISTIDA Y LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN EN EL DERECHO ESPAÑOL

En relación a la respuesta jurídica a la incidencia del desarrollo tecnológico en la reproducción humana, se trata de abordar su regulación teniendo en cuenta que nuestras decisiones o acciones afectan a las generaciones presentes y futuras. Y de ahí surge la necesidad de justificar o legitimar las decisiones normativas y políticas, para adecuar el proceso científico- tecnológico actual a los valores éticos que todos compartimos.

La aplicación de las técnicas de reproducción asistida en la década de los setenta como solución a problemas de esterilidad determinó la necesidad de abordar su regulación jurídica. En España, en relación a las técnicas de reproducción humana asistida y la gestación por sustitución, hay que señalar tres leyes importantes:

Ley 41/2002, de 14 de noviembre, reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica [http://www.boe.es/diario\\_boe/txt.php?id=BOE-A-2002-22188](http://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2002-22188); la Ley 4/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida [http://www.boe.es/diario\\_boe/txt.php?id=BOE-A-2006-9292](http://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2006-9292); y La ley 14/2007, de 3 de julio, de investigación biomédica [http://www.isciii.es/ISCIII/es/contenidos/fd\\_investigacion/Ley\\_Investigacion\\_Biomedica.pdf](http://www.isciii.es/ISCIII/es/contenidos/fd_investigacion/Ley_Investigacion_Biomedica.pdf)

Una de las técnicas de reproducción asistida que plantea mayores debates y problemas éticos y jurídicos es la *gestación por sustitución* (también llamada *maternidad subrogada*, *maternidad portadora*, o *alquileres de útero*). Se trata de que una persona o una pareja sin posibilidad de tener hijos biológicos puedan, mediante las nuevas técnicas, ser padres o madres legales de hijos nacidos de una mujer distinta, quien se encarga de gestarlos y parirlos.

Puede ser que la madre subrogada sea también la madre genética: ella es quien aporta el material genético para la gestación (*maternidad subrogada tradicional*), o puede ser que la madre gestante no aporte el material genético, y que no sea la madre genética (*maternidad subrogada gestacional*). Por tanto hay diferentes modalidades de *maternidad subrogada*: a) que la pareja comitente aporte su material

genético, tanto el óvulo como el espermatozoide. b) que la mujer comitente aporte el óvulo fecundado, no por el padre comitente, sino por un donante anónimo c) que la madre gestante aporte el material genético, y este óvulo sea fecundado con el espermatozoide del padre comitente, o por la donación anónima de un tercero; d) que el material genético no es aportado ni por los padres comitentes ni por la madre gestante, sino que es aportado por terceras personas, y la madre gestante cede su útero para gestar y parir.

El Derecho comparado nos muestra que existen países donde es legal esta técnica de reproducción asistida o maternidad subrogada, y que tienen una admisión amplia, como Ucrania, Rusia, India, o en muchos estados de los Estados Unidos de América. En otros países se admite sólo cuando es altruista y bajo ciertos requisitos como en Grecia, o el Reino Unido; y en otros es una práctica prohibida, como el caso de España, o Italia.

En España, está prohibida la “gestación por sustitución”, y se establece que la madre legal es la mujer que da a luz, y que cualquier tipo de acuerdo en que la madre gestante renuncie a la filiación a favor de un tercero será nulo. La Ley 4/2006, de 26 de mayo sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida (LTRHA), en su art. 10.1 dice: “Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero”.

La prohibición de la gestación por sustitución en España, determina una sanción impuesta ante la práctica de esta práctica ilegal en nuestro país. En el ámbito administrativo, los artículos 24 y 26 de la LTRHA sancionan este tipo de prácticas, previo expediente, sin perjuicio de que puedan concurrir las responsabilidades civiles, penales o de otro orden. En el ámbito penal, el código penal sanciona con una pena de prisión, y en el Código civil se declara nulo el contrato por ilícito.

A pesar de que en España el convenio de gestación por sustitución es nulo de pleno derecho, en determinados países sí se permite esta práctica, por lo que pueden llegar a España niños nacidos por gestación por sustitución, lo que plantea nuevos problemas jurídicos en materia de filiación, como la inscripción en el Registro Civil Español. Con la nueva normativa de la Dirección General de los Registros y del Notariado (Instrucción de 5 de octubre de 2010 de la DGRN), se permite la inscripción

de los nacidos de la gestación por sustitución en el Registro Civil, con determinados requisitos.

La Instrucción de 5 de octubre de 2010 de la DGRN sobre “régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución”, establece como condición para el acceso al Registro Civil español de los nacidos en el extranjero mediante esta técnica de reproducción asistida que uno de los progenitores tenga la nacionalidad española. Para garantizar el principio del interés superior del niño, la protección de la madre gestante, y evitar encubrir supuestos de tráfico internacional, ésta instrucción exige también, como requisito previo a la inscripción en el Registro Civil Español, presentar ante el encargado del Registro Civil una resolución dictada por el Tribunal competente del país de origen, haciendo constar que hubo consentimiento de la gestante. Este documento extranjero, considerado documento público que tiene fuerza probatoria en juicio, debe satisfacer determinadas exigencias legales que permitan el control de legalidad, como demostrar la plena capacidad jurídica y de obrar de la mujer gestante, no haber incurrido en error sobre las circunstancias y alcance de la práctica, ni haber sido sometida a engaño, violencia, o coacción.

En España se regulan por primera vez en la Ley 35/1988, de 22 de noviembre. El avance científico en los últimos años, el desarrollo de nuevas técnicas de reproducción, el aumento del potencial investigador y la necesidad de dar respuesta al destino de los preembriones supernumerarios hicieron necesaria una reforma de la Ley. La Ley 35/1988 sobre técnicas de reproducción asistida no permitía la investigación con embriones congelados sobrantes (el cese de su conservación), y esto motivó en gran medida su reforma con la Ley 45/2003.

La Ley 45/2003 (que modifica la Ley 35/1988) autorizó la utilización, con fines de investigación, de los preembriones que se encontraban criopreservados con anterioridad al 21 de noviembre, fecha de su entrada en vigor. Y, a su vez, establecía la limitación de producir un máximo de tres ovocitos en cada ciclo reproductivo, esto es, estableció que se fecundará un máximo de tres ovocitos que puedan ser transferidos a la mujer en el mismo ciclo, lo que de modo correlativo dio lugar a la previsión según la cual sólo se autoriza la transferencia de un máximo de tres preembriones a una mujer en cada ciclo. Con ello se pretendía que no hubiera embriones sobrantes como consecuencia de la utilización de técnicas de reproducción in vitro. Y se establecía una cláusula según la cual en el caso de que los

preembrionescrioconservados no les fueran transferidos en el plazo previsto, sean donados con fines reproductivos como única alternativa. Pero estas limitaciones dificultaban la práctica ordinaria de la técnicas de reproducción asistida, que se aplican sobretodo en el ámbito privado.

La Comisión Nacional de Reproducción Asistida se mostró crítica con este aspecto, por lo que finalmente se modificó la Ley 45/2003 con la actual Ley 14/2006 sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida (LTRHA), que derogó la primera Ley 35/1988. La actual Ley elimina los límites que se establecieron en la Ley 45/2003, para la generación de ovocitos en cada ciclo reproductivo, límites que deberán derivar de manera exclusiva de las indicaciones clínicas que existan en cada caso. Por último, para corregir los problemas suscitados por la legislación precedente, la Ley elimina las diferencias en la consideración de los preembriones que se encontrasen crioconservados con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 45/2003, de 21 de noviembre, y los que pudieran generarse posteriormente, en cuanto a sus destinos posibles, siempre supeditados a la voluntad de los progenitores, y en el caso de la investigación, sujeto a determinadas condiciones.

Actualmente, en virtud de la Ley 14/2006 de TRHA se permite la utilización de gametos con fines de investigación (artc.14), y la investigación o experimentación con preembriones sobrantes procedentes de la aplicación de las técnicas de reproducción asistida, atendiendo a determinados requisitos (artc.15). Y también, al amparo de la Ley 14/2007 de Investigación biomédica, se permite la investigación con embriones somáticos o producidos mediante transferencia nuclear.

Las técnicas de reproducción asistida a las que se refiere la Ley son: 1. Inseminación artificial. 2. Fecundación in vitro e inyección intracitoplásmica de espermatozoides procedentes de eyaculado, con gametos propios o de donante y con transferencia de preembriones. 3. Transferencia intratubárica de gametos. Además, la autoridad sanitaria podrá autorizar la utilización de otras técnicas según el estado de la ciencia.

Además, se puede utilizar esta técnica para otras finalidades, con autorización expresa de la autoridad sanitaria, siempre que haya consentimiento debidamente informado de los progenitores, que se trate de patologías graves con posibilidades de mejora o curación, que no se modifiquen caracteres hereditarios no patológicos ni se busque la selección de los individuos o razas, y que se realice en centros autorizados.

En este sentido en el capítulo V se establecen los centros sanitarios y equipos biomédicos, en el VI la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida y en el VII se regulan los Registros nacionales de reproducción asistida.

En la ley española, de modo progresivo ha ido liberalizando la intervención tecnológica en la vida humana, siguiendo una concepción utilitarista, en la que se anteponen los efectos beneficiosos potenciales de las investigaciones con células madres embrionarias a la protección de los embriones humanos, ya sean gaméticos o somáticos.

Se ha producido una evolución notable en la utilización y aplicación de la técnicas de reproducción asistida. Estas técnicas se utilizan para solucionar problemas de esterilidad, y también se ha extendido su ámbito de actuación al desarrollo de otras complementarias, como el diagnóstico genético preimplantacional (DGP), para la detección de enfermedades genética y evitar en ciertos casos su aparición, y para seleccionar preembriones para que puedan servir de ayuda a la curación de terceros, esto es, personas nacidas que carecen de tratamiento.

En el caso de la fecundación in vitro y técnicas afines, la ley actual (artc.3) no limita el número de ovocitos a fecundar en cada ciclo reproductivo, pero autoriza la transferencia de un máximo de tres preembriones en cada mujer en cada ciclo reproductivo. La ley define el concepto de preembrión como aquel embrión in vitro constituido por el grupo de células resultantes de la división progresiva del ovocito desde que es fecundado hasta 14 días más tarde. El embrión puede ser objeto de investigación y manipulación, si bien se prohíbe la clonación con seres humanos con fines reproductivos, y no se permite otro tipo de selección genética racial, de sexo, o de determinados rasgos, que no sea la indicada por diagnóstico preimplantacional.

Los preembriones sobrantes de la aplicación de las técnicas de fecundación in vitro que no sean transferidos en un ciclo reproductivo podrán ser crioconservados en los bancos autorizados para ello, aunque corresponde a la mujer o a los progenitores (en el caso de una mujer casada con un hombre también por el marido) decidir el destino que debe darse a los preembriones entre los que establece la ley (artc.11): a) su utilización por la propia mujer o su cónyuge; b) la donación con fines reproductivos; c) la donación con fines de investigación; d) el cese de su conservación sin otra utilización. Se necesita siempre el consentimiento escrito de los progenitores para cualquiera de los fines señalados: la utilización de los preembriones o, en su caso, del

semen, los ovocitos o el tejido ovárico crioconservado requerirá el consentimiento informado correspondiente debidamente acreditado.

La Ley contempla los donantes y los contratos de donación (artc.5) como participantes en las técnicas de reproducción asistida. La donación, tanto de gametos masculinos y femeninos como de preembriones, se regula como un contrato gratuito, formal y confidencial. En efecto, no puede tener carácter lucrativo, pero se compensarán los gastos y molestias físicas que se puedan derivar de la donación. La ley regula los requisitos que deben cumplir los donantes y el número de hijos nacidos con gametos de un mismo donante, que no puede ser superior a seis (creando para su control un Registro Nacional). La donación será anónima y se garantiza la confidencialidad de los datos de los donantes, y ni las mujeres receptoras ni los hijos pueden obtener información general, salvo casos extremos que comporten, riesgos graves de salud, peligro para la vida, o por causas penales.

En relación a la determinación legal de la filiación de los hijos nacidos de las técnicas de reproducción asistida humana:

La filiación materna la determina el hecho del parto, no el hecho del material genético, como afirma el artc. 10.2 LTRHA: “La filiación de los nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto”, lo que significa que se considera madre legal a la mujer que gesta y que da a luz a una criatura, independientemente de que sea o no la madre biológica, es decir, que haya donado su óvulo o no. Por tanto, no diferencia la gestación con óvulo de la madre gestante (similar a la adopción), de la gestación con óvulo de la madre comitente (ya que ese acuerdo se considera nulo).

En la filiación paterna, se establece la presunción de paternidad del marido de la usuaria de las TRHA, incluso cuando se utilice contribución de donante, siempre que haya prestado su consentimiento a la técnica. En el caso de que el hombre no esté casado, la filiación no se presume, sino que el consentimiento del compañero, o pareja de hecho, es requisito para iniciar un expediente de determinación de filiación en el Registro Civil, y en tal caso el consentimiento equivale a la asunción de la paternidad cuando no sean los progenitores genéticos. Según el artc.8.2, cuando el donante sea un varón no casado y haya prestado consentimiento a la fecundación con su esperma: “Se considera escrito indubitado a los efectos previstos en el artículo 49 de la Ley del Registro Civil el documento extendido ante el centro o servicio autorizado en el que se refleje el consentimiento a la fecundación con contribución de donante

prestado por varón no casado con anterioridad a la utilización de las técnicas. Queda a salvo la reclamación judicial de paternidad". En todo caso, la determinación de la paternidad podrá reclamarse cuando el varón sea el titular del material genético, según el art. 10.3: "Queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales".

La doble filiación se plantea a partir de la ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil para legalizar el matrimonio homosexual, con lo que se extendió la posibilidad de adopción a las parejas homosexuales casadas. En el contexto de la filiación derivada de la reproducción asistida, se establece la posibilidad de establecer la doble filiación materna, a favor de la madre gestacional y de otra mujer. En el caso de una pareja de mujeres, no necesitan recurrir a un contrato de gestación, ya que cualquiera de ellas se puede someter a estas técnicas con ayuda de un donante: cuando la mujer está casada con otra mujer, ésta última puede manifestar ante el encargado del Registro Civil del domicilio conyugal, que consiente que cuando nazca el hijo de su cónyuge, se determine a su favor la filiación del nacido. En el caso de una pareja de hombres, aunque el contrato de filiación se considera nulo, pueden reclamar la filiación biológica paterna, ya que a diferencia de las mujeres, la filiación se determina por el dato biológico. No está admitida la doble filiación paterna.

En la Ley TRHA (art.9) también se contempla la fecundación en caso de premoriencia del marido o pareja de hecho, siempre que conste el consentimiento mediante documento fehaciente, reconociendo los mismo efectos legales a la filiación, como en los casos en que estuviese vivo el marido o pareja de hecho.

La Ley 14/2007, de 3 de julio de Investigación Biomédica autoriza la investigación con gametos y preembriones humanos sobrantes procedentes de la aplicación de las técnicas de reproducción asistida, atendiendo a determinados requisitos. También permite la utilización de cualquier técnica de obtención de células troncales humanas con fines terapéuticos o de investigación, incluida la activación de ovocitos mediante transferencia nuclear, siempre que no comporte la creación de un preembrión o un embrión en los términos definidos en la ley. Actualmente, por tanto, se permite la investigación con embriones congelados de las técnicas de reproducción asistida, en virtud de la Ley 14/2006de TRHA, o con embriones somáticos o producidos por la activación de ovocitos mediante transferencia nuclear, al amparo de la Ley 14/2007 de Investigación biomédica.

En relación a la donación de embriones, la Ley contempla la donación de embriones y fetos humanos para la investigación biomédica (artículos 28 y ss). Uno de los requisitos para la donación de material genético es que no tenga un carácter comercial o lucrativo, sin embargo al igual que en la LTRA (artc.5) sí se reconoce una compensación económica por los gastos y molestias.

En definitiva, la legislación anterior era más respetuosa con el embrión humano que la actual. La producción de los embriones estrictamente necesarios, y que no podían ser objeto de investigación, parece más acorde con el Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina, de 4 de abril de 1997, del Consejo de Europa (Convenio de Oviedo), y con la Declaración universal sobre la Bioética y Derechos humanos, de 19 de octubre de 2005, de la Organización de las Naciones Unidas, para la Educación, la Ciencia y la Cultura.

Un pilar fundamental de la legislación española es el principio de autonomía de la voluntad, sobre el que sostiene la teoría del consentimiento informado, y en este sentido ha sido de gran importancia la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, donde se reconocen los principios de la bioética contenidos en la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos.

## **Capítulo II. ¿Un derecho sexuado?**

### **Procesos de subjetivación de género y trayectorias del feminismo contemporáneo**

(VALERIA MARZOCCO)

#### **I. IDENTIDAD DE GÉNERO Y RECONOCIMIENTO JURÍDICO. SOBRE EL DILEMA DE LA IGUALDAD**

Los procesos de subjetivación provenientes de las identidades de género ocupan el centro de la reflexión de una teoría del derecho que vuelve a interrogarse sobre las dinámicas de reconocimiento de la diferencia en el marco del principio de

igualdad. En el escenario plural que caracteriza la sociedad contemporánea, las reivindicaciones de género siguen pretendiendo un reconocimiento de identidad que, implicando las nuevas estrategias puestas en marcha por la tutela de las razones que se dan en el espacio público, termina con la problemática en el sentido más radical del asunto, incidiendo sobre la estructura patriarcal y heterosexual en la que se reconoce la historia de la sociedad occidental. De aquí nace una complejidad que implica al discurso jurídico, en consideración de una estrategia reconstructiva de la diferencia, emancipada de su faceta en clave biológica – anclada en la diferencia sexual entre hombre y mujer- que se confronta con procesos de subjetivación que tienen que ver con la identidad personal de cada uno, en los que sexualidad biológica e identidad de género nacen de una condición de reciprocidad<sup>8</sup>. La identidad de género, al separar la dimensión sexual de la identidad personal, demuestra la pretensión de reconocimiento que nos lleva definitivamente al plano de la construcción y de las vivencias de cada uno, más allá de su propio cuerpo o de su identidad sexual<sup>9</sup>.

---

<sup>8</sup> La Corte Constitucional italiana se mueve en este sentido, censurando los artículos 2 y 4 de la ley 164/1982 concernientes al “divorcio impuesto”, o disolución automática del matrimonio, en caso de modificación del registro civil de uno de los cónyuges (170/2014). Llamando al pronunciamiento 138/2010, no en referencia a la “no superación del paradigma heterosexual” del matrimonio como sostiene la Abogacía del Estado, sino en la parte juzgada más pertinente respecto al caso de examen, o también haciendo referencia al artículo 2 Cost. y a la noción de “formación social” en la que, como se dijo en 2010 “ hay que considerar también la unión homosexual, entendida como convivencia estable entre dos personas del mismo sexo, a los que les corresponde el derecho fundamental de vivir libremente en condición de pareja, obteniendo- en el tiempo, en los modos y en los límites establecidos por la ley- el reconocimiento jurídico con sus correspondientes derechos y deberes”, la Corte prevé declarar la ilegitimidad constitucional, tanto de los mencionados artículos 2 y 4 164/182 “en la parte en la que no se prevé que la sentencia de ratificación de la atribución de sexo de uno de los cónyuges (...) consienta, de todos modos, donde ambos los soliciten, mantener en vida la relación de pareja jurídicamente regulada con otra forma de convivencia registrada”, y por las mismas razones, del artículo 31, párrafo 6, del decreto legislativo 1 septiembre 2011, n150.

<sup>9</sup> En particular en el caso de la transexualidad, se pone el problema de la justificación, tanto en el plano científico como jurídico, del anclamiento de la autorización a la rectificación del registro a la previa modificación del carácter sexual del sujeto solicitante, respecto a la cual, podría prospectarse, de manera interpretativa, una configuración en términos de mera eventualidad (PATTI, S., *Mutamento di sesso e «costringimento al bisturi »: ilTribunale di Roma e il contesto europeo*, en *Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 2015, 39 ss.) El punto se refiere, específicamente, el marco que deriva de las dos principales intervenciones del legislador italiano en la materia: según el artículo 1 de la ley 164/1982 “la rectificación se hace mediante una sentencia del tribunal que atribuye a una persona un sexo diferente al anunciado en el acto de nacimiento después de haberse sometido a una intervención para modificar su caracteres sexuales”, por el contrario, el artículo 1 de la ley 14.04.1982 n 164, establece que tal medida se

La interlocutora principal de estas formas de subjetivación y de la petición de reconocimiento jurídico que de ella deriva, es la jurisprudencia que en los tribunales está desempeñando con atención a una función de progresiva erosión del marco legislativo vigente, en el sentido de una interpretación constitucionalmente orientada que, bajo el perfil teórico, pone a prueba la elasticidad del principio jurídico de la igualdad.

Hay que decir, sin embargo, que justo en el ámbito de estas dinámicas, estas peticiones, que son peticiones de reconocimiento y de acceso a los derechos, vuelven a temas sobre los cuales, no de manera pacífica, se ha reflexionado sobre la relación entre igualdad y diferencia. Argumentos sobre los que probablemente es oportuno volver, no solo porque siguen vigentes -basta pensar en el “paradigma heterosexual del matrimonio” recientemente anunciado y todavía verdaderamente no superado en la reciente sentencia de la Corte Constitucional italiana de 2014<sup>10</sup>- sino porque son teóricamente dirimentes, en relación a la definición del perfil jurídico del principio de igualdad que se cuestiona en el marco de estos temas.

En el marco de las relaciones entre el principio de igualdad y las dinámicas de reconocimiento de la diferencia, existe el riesgo, en otros términos, de encontrar todavía activos en el plano teórico algunos de los argumentos con los que una parte del feminismo teórico asoció, durante los 70, su pretensión de que las mujeres accedieran a los derechos, por el carácter históricamente conceptual y sexuado del lenguaje y de la lógica a los que se pedía legitimización, ambos atraídos por la sola pretensión de universalidad.

En este sentido, los interrogantes puestos por la identidad de género a la teoría del derecho llegan al corazón de la reflexión teórica y crítica sobre el principio jurídico de la igualdad, al cual estos se dirigen tanto bajo el perfil de las cuestiones de jurisprudencia en acto, como, sobre todo, con la exigencia igualmente importante, de

---

adopte “cuando sea necesaria”, siendo este punto, evidenciado como expresión de una disciplina “nublosa y genérica” (Trib.Messina 4.11.2014), considerándose la discusión doctrinal, y sobre todo: LORENZETTI, A., *Diritti in transito. La condizione giuridica delle persone transessuali*, Milano 2013, 59 ss.

<sup>10</sup> La sentencia en cuestión (cfr. supra. nt 1) no en vano hace hincapié en argumentar los perfiles de su censura al tema de “divorcio impuesto” de los artículos 2 y 4 de la ley 164/1982, sobre el reconocimiento de “forma de convivencia registrada”, guardándose de abrir o modificar el orden de la pronunciación del 2010. (C.C 138/2010).

encuadrar las condiciones para una inteligencia crítica de estos procesos de subjetivación y de las cuestiones de política del derecho que de estas depende. Es justo en estos términos en los que hay que volver a la aportación a la que el feminismo teórico ha confiado un argumento importante de su lectura de la modernidad político jurídica occidental, la crítica al principio de igualdad, que ha sido objeto de una crítica radical, lo que ha terminado por marcar distancias con la reflexión sobre el derecho: la idea de que hubiera una matriz sexuada tanto de su lógica como del lenguaje jurídico, asumidos ambos como expresiones del dominio de lo masculino y horizonte de inteligencia y de normalización de la realidad<sup>11</sup>.

En este contexto, los procesos de subjetivación de género se brindan a una reconstrucción ambigua en sí misma, teóricamente contradictoria, ya que si de un lado las identidades que se abren en el espectro del género -con el mismo procedimiento por el que se emancipan los trazos corporales y biológicos de la identidad sexual- rompen la lógica de sexualización de la diferencia, colocándose en el camino para llegar al principal horizonte crítico del feminismo de la diferencia, por otro, esa rotura se desgastaría a través de los canales de reconocimiento y de acceso a los derechos. Aquí, más específicamente, se trataría del argumento de la normalización, por la pretensión de acceder a un lenguaje de los derechos entendido como la consecuencia histórica y conceptual del patriarcado. Esto significa, en otros términos, que si la matriz cultural y no biológica que sostiene la identidad de género se encuentra, de por sí, debilitando la estructura sobre la que se había fundado en la modernidad la construcción de los confines entre público y privado, en una vertiente inmediatamente política de la diferencia que normalizaba según el modelo reproductivo -por lo tanto

---

<sup>11</sup> Particularmente significativa, aunque sin posibilidad de ser tratada en profundidad en este texto, es la propuesta que en los 70 se hizo desde el *ecofeminismo*, centrada en la individuación en el *sexismo* de la categoría paradigmática de análisis de la lógica de dominio y aprovechamiento, en grado de tener en un mismo horizonte la crítica de las sociedades occidentales y de sostener una única tensión deconstructiva basada en la conexión entre condición femenina y naturaleza. Sobre este asunto, una recopilación antológica y una interesante contribución a la introducción teórica del movimiento en, cfr. ANDREOZZI, M., FARALLI, C., TIENGO, A. (dir.), *Donne, ambiente, animali-non umani. Riflessionibioetiche al femminile*, Milano 2014.

natural- la esfera de la sexualidad<sup>12</sup>, el dilema de la igualdad no terminaría por resolverse.

## II. ¿QUÉ SIGNIFICA IGUAL? SOBRE IGUALDAD Y DIFERENCIA

En los argumentos de una parte de la literatura LGBT, el proceso de reivindicación de los derechos a los que apela la subjetividad de género no siempre viene entendido en términos de un pretendido tratamiento de igualdad. En cualquier caso, se trataría fundamentalmente de una concesión a ser normalizados: constituidos en términos de una reivindicación llevada al plano de la representación política y del reconocimiento jurídico, estos procesos serían candidatos para proponer de nuevo la estructural y no resuelta tensión entre igualdad y diferencia, definiendo así formas de subjetivación política que se abren a la normalización, en línea con una trayectoria de tipo neoliberal del gobierno de la vida que penetra en la existencia individual, activando la principal llave de control: la afirmación pública de lo que era privado<sup>13</sup>.

En este horizonte crítico -que recorre todos los temas que la identidad de género plantea a la teoría del derecho, desde la libertad procreativa a la redefinición del modelo de familia y de matrimonio, al reconocimiento de los derechos civiles y sociales que les acompañan- el punto crucial sería, en otros términos, otra vez el principio de igualdad, y la dimensión ambigua del don de la legitimación. Así, en la dialéctica, sobre todo semántica, entre “legítimo” e “ilegítimo”, sería necesario excluir

---

<sup>12</sup> La construcción sexualizada de la dicotomía público/privado es un argumento ampliamente tratado en la modernidad, sobre todo para el pensamiento político occidental, haciendo hincapié en un horizonte verdadero de referencia encontrado en la explicación biológica y por lo tanto innata, natural, inmutable, de la diferencia, al que el patriarcado ha otorgado la legitimación de su discurso de dominio: “ la mujer-escribió Aristóteles- es más pequeña, tiene una voz más débil y más aguda, la naturaleza femenina es por naturaleza una menomación (*De generatione animalium* 775a 15-16)” [El varón, sigue Aristóteles es más adecuado para mandar sobre la mujer, con algunas excepciones, contra natura” (Política, I)]

<sup>13</sup> En este pasaje, como reconstruye Michel Foucault, también a través de la confesión y después de la psiquiatría, no está en cuestión un proceso de racionalización del sexo, sino más bien su transformación en el orden del discurso: “Una cierta inclinación nos ha llevado, desde hace algunos siglos, a hacerle al sexo la pregunta: ¿quiénes somos? Y no tanto al sexo-naturaleza (elemento del sistema vivo, objeto de una biología) sino al sexo-historia, al sexo-significado, al sexo-discurso (FOUCAULT, M., *La voluntad de saber*, Paris, 1976; tr.it. *La volontà di sapere. Storiadellasesualità* 1, Milano<sup>10</sup> 2004, p. 70).

del campo todo lo que excede a dicha distinción.<sup>14</sup> En la petición de reconocimiento que insta sobre la relación de parentesco y sobre el matrimonio, esto implicaría una labor de disciplina y la reducción del dominio dedicado al sexo, que vendría circunscrito principalmente al matrimonio, como término para adquirir legitimidad y condición, y al contrario, a la “ilegibilidad” de otras formas que se dan a través de la sexualidad<sup>15</sup>.

Si se considera esta perspectiva, tanto los procesos de subjetivación de género, como los de subjetivación femenina que les han precedido, insisten teóricamente en el mismo punto, y piden, otra vez, la problematización de las condiciones de las que sea posible un reconocimiento de las diferencias que no recaiga en la doble vía legítimo/ilegítimo, según lo que las clases dominantes determinen lo que es más o menos deseable. El discurso sobre las pluralidades identitarias enlaza así, necesariamente, con algunas de las cuestiones sobre las que el feminismo teórico, a partir de los años setenta, se ha cuestionado ampliamente, en un momento en el que la emancipación de la diferencia femenina del dominio biológico había abierto a una proyección inmediatamente política del género como categoría capaz de originar procesos de subjetivación imprevistos y desestabilizadores dentro del orden del discurso patriarcal.

Una vez conquistada la lucha por los derechos civiles y políticos en el contexto de los países occidentales, guiada por la reivindicación del derecho *sex-blind*, se encontraba legitimando de hecho -o mejor dicho por el propio hecho del acceso a la reivindicación- la lógica de inclusión/exclusión que había construido el espacio público per *differentiam* del privado -sexualizando la polis como dominio de lo masculino y el

---

<sup>14</sup> Como dice Judith Butler, ser legitimados por el Estado “significa entrar a formar parte de los términos de la legitimación ofrecida y descubrir que la percepción de sí mismo en cuanto persona, pública y reconocible, depende esencialmente del léxico de tal legitimación” BUTLER, J., *Undoinggender*, New York 2004; tr.it. *La disfatta del genere*, Roma 2006, p. 135 ss.

<sup>15</sup> Esto termina con la producción de formas diferentes dentro de la propia existencia *queer*, según sean legítimas, candidatas a la legitimidad o ilegítimas: “ la pareja estable que deseara casarse, si solo pudiera vendría considerada ilegítima, aunque tiene los requisitos de la futura legitimidad, mientras la representación sexual de los que actúan fuera de los dispositivos de la unión matrimonial y de su reconocida, aunque ilegítima, forma alternativa, constituyen el presente de las posibilidades sexuales que no tendrán nunca los requisitos necesarios para pasar a ser legítimos. BUTLER, J., *ivi*, pp. 135-136.

oikos como refugio de lo femenino<sup>16</sup>- el feminismo de la diferencia, se dirige entonces, tanto en la labor teórica como del activismo político, a la crítica cerrada al universalismo y a la pretendida neutralidad del lenguaje de los derechos de la modernidad.

La tensión deconstructiva con la que sobre todo el feminismo de la diferencia se dirigía al principio de igualdad estaría, en este sentido, todavía cuestionada<sup>17</sup>: considerada como una mera ilusión, el periodo del feminismo emancipacionista (que había caracterizado la primera ola de pensamiento feminista, aquella en la que la reivindicación había sido una reivindicación de inclusión y de acceso a la igualdad formal) el feminismo, a partir de los años setenta, reivindicaba, a partir del género, una debiologización necesaria de la condición femenina, en nombre de una “subjetivación imprevista” como tal extraña y no comprometedora<sup>18</sup>. Partiendo de estas premisas, el feminismo teórico reivindicaba su capacidad de constituirse como mirada epistemológicamente capaz de desvelar y desestructurar la presunta neutralidad del derecho como instrumento para las políticas de la diferencia, y también como patrimonio conceptual construido en torno a un lenguaje que había introyectado el sexismo como modalidad performativa del dominio masculino.

Más allá de la ingenuidad de sus representaciones, el objetivo crítico de ese feminismo diferencialista, no era evidentemente la igualdad como instancia de justicia social, ni siquiera la igualdad como horizonte de universalidad real (o bisexualización)

---

<sup>16</sup> En este sentido es célebre la página de Rousseau sobre Emile y Sophie en la que los prejuicios enclavaban a la mujer, Sophie al oikos, al “claustro” privado y llevaba a Emile a la dimensión de la ciudadanía, es decir, al gobierno de la esfera pública J.J. Rousseau, *L'Emile*, 1762.

<sup>17</sup> Sobre el argumento clásico sobre la tensión en la relación entre diferencia e igualdad véanse; MARLETTI, C., *Emancipazione e liberazione. Saggio sulle idee politiche di cittadinanza*, en BRAVO, G.M., ROTA GHIBAUDI, S. (dir.), *Il pensiero politico contemporaneo*, vol. IV, Milano, 1987, pp. 431-523; CONTI ODORISIO, G., voz «Femminismo», en BOBBIO, N., MATTEUCCI, N., PASQUINO, G. (dir.), *Dizionario di politica* (Torino, 1983), pp. 385-389; PAPA, F., voce «Femminismo», en ESPOSITO, R., GALLI, C. (dir.), *Enciclopedia del pensiero politico*, Bari-Roma, 2000, pp. 237-238. Con menos dicotomía y más integrada en la perspectiva adoptada por estudios recientes como los de PATERNÒ, M.P., *Dall'uguaglianza alla differenza. Diritti dell'uomo e cittadinanza femminile nel pensiero politico moderno*, Milano, Giuffrè, 2006; *Donne e diritti. Percorsi della politica dal Seicento a oggi*, Roma, Carocci, 2012.

<sup>18</sup> LONZI, C., “Sputiamo su Hegel” (1970), en Ead., *Sputiamo su Hegel. La donna clitoridea e la donna vaginale e altri scritti. Scritti di Rivolta Femminile*, Milano 1974, pp. 60-61.

de los derechos políticos, sino sobre todo su interpretación como dispositivo de neutralización y asimilación de la diferencia<sup>19</sup>.

En este sentido, el feminismo de la diferencia, el ecofeminismo, y los estudios postcoloniales se constituían como aportaciones a una teoría radicalmente crítica del derecho y de su lenguaje, que asumía una doble premisa normativa implícita: la consideración negativa de un principio de igualdad aferrado a su carácter meramente formal, y el *favor*, no siempre adecuadamente discutido, en relación con la diferencia, entendida como categoría idónea de por sí para representar una dimensión de pluralidad de la identidad, sustraídas como tal a la asimilación universal del lenguaje jurídico-político.

En base a los criterios sobre los que ese feminismo confiaba la puesta a punto de su discurso radicalmente deconstructivo sobre el derecho, la petición de acceso a la igualdad que caracteriza a los procesos de subjetivación de género propondrían la misma heterogénesis de los fines conexas al reconocimiento, que lleva al plano de la esfera pública, pero dispone también su labor de disciplina<sup>20</sup>.

El ataque al principio jurídico de igualdad constituye un *leitmotiv* central de la crítica feminista, sobre el que se ha basado la aportación del feminismo de la diferencia, y también, durante los años 90, de la égida de matrices teóricas entre ellas heterogéneas, como el comunitarismo, el posmodernismo o el movimiento *Critical Legal Studies*<sup>21</sup>.

Desde el punto de vista jurídico, contra una tendencia a contraponer teorías de igualdad y teorías de la diferencia prisioneras de una no adecuada explicitad, en el plano analítico, para que las concepciones que de la igualdad y de la diferencia sean

---

<sup>19</sup> LÚCIDAMENTEI. DOMINIJANNI, *Il Femminismo degli anni Ottanta: il nodo tra uguaglianza e differenza*, in *Esperienza storica femminile nell'età moderna e contemporanea*, vol. 2, Roma, 1982.

<sup>20</sup> Sobre la inclusión de la cultura gay y lesbiana al *mainstream*, que debilitaría su sentimiento de minoría diferente y desestabilizante en defensa de ser "invisiblemente visibles" lo que les salvaría del riesgo de la identificación de masa, cfr HARRIS, D., *Therise and fall of gay culture*, New York 1997; e cfr. WARNER, M., *The trouble with Normal. Sex, Politics and the Ethics of Queer Life*, Harvard (Mass.), 2000.

<sup>21</sup> GIANFORMAGGIO, L., *Eguaglianza e differenza: sono realmente incompatibili?* en *Eguaglianza, donne e diritto*, a cura di FACCHI, A., FARALLI, C., PITCH, T., Bologna 2005, pp. 50 ss.

tenidas en cuenta, sería útil volver a la valiosa contribución teórica propuesta por Letizia Gianformaggio.

El punto crucial de este análisis es la investigación sobre el privilegio que cada una de estas teorías consigue conceder respecto al contenido normativo de diferencia e igualdad, partiendo evidentemente de presupuestos ideológicos. Si igualdad es, en el contexto de las teorías de la diferencia, sinónimo de homologación, dentro de un análisis que se estructura como deconstrucción de la lógica de opresión y dominio de la sociedad occidental, y diferencia es “exclusión, alteridad absoluta” En el contexto de las teorías de la igualdad, la diferencia vale, por el contrario, como distribución, privilegiándose la cuestión de los criterios y de la confianza, sustancialmente, en la circunstancia por la que solo interviniendo sobre la diferencia prescriptiva, pueda eliminarse la diferencia valorativa de la que hay queja.

En estos términos, no es difícil ver como ambas concepciones “valoran la igualdad” en su faceta de igualdad sustancial, encontrándose en una relación de integración recíproca, ya que si la diferencia que más importa a las teorías de la diferencia es darle la vuelta a la “diferencia de opinión” producida por la opresión, en nombre de la afirmación de la igual dignidad de persona, esta última difícilmente podrá realizarse sin la aportación del núcleo que reclaman las teorías de la igualdad, es decir, el contenido prescriptivo de la igualdad, como igual tratamiento y criterio en su distribución.

Es también útil otro aspecto que abre teorías de igualdad y de la diferencia, que Gianformaggio indica oportunamente haciendo hincapié, una en su relación entre grupos, y la otra en su interacción entre individuos.

Es un tema central, ya que partiendo del privilegio acordado de una diferencia que valoraría la individualidad específica de la persona, viene la crítica teórica del feminismo al individualismo propio del humanismo liberal, que pone a distinto nivel valores compartidos propios del grupo dominante y señalados por la lógica masculina. También sobre este punto no es difícil no estar de acuerdo con una simple constatación en la evidencia con la que se impone a la consideración del jurista: aquella por la que la diferencia-específica, sea esta una parte, una forma del principio de igualdad, sea porque históricamente es el precipitado de una emancipación de la opresión de sujetos precedentemente oprimidos, y también porque, más puntualmente, en términos jurídicos, es la reivindicación de igual tratamiento realizado

entre sujetos “prescriptivamente iguales” en relación de otros indebidamente asumidos como “descriptivamente diferentes”<sup>22</sup>

A pesar de que el carácter ingenuamente apolítico y analíticamente errado de esta opción vengan evidenciado con claridad a través del rigor de los instrumentos del derecho de corte analítico<sup>23</sup>, la tensión entre igualdad (entendida como principio de formalización universalista propia del lenguaje jurídico) y diferencia (valorada en términos de formas que las identidades reivindican contra esta tensión homologante), parecen no estar del todo superada<sup>24</sup>.

En el contexto del pluralismo normativo que diferencia las sociedades contemporáneas, el dilema de la igualdad encuentra, sobre todo, una renovada fuerza en un nuevo campo de representación, el de una tensión entre multiculturalismo y feminismo que muestra los límites tanto de la declinación formalística del principio de igualdad, cuanto de la interpretación en clave identitaria de la diferencia cultural<sup>25</sup>.

---

<sup>22</sup> GIANFORMAGGIO, L., *ivi*, p. 56.

<sup>23</sup> Sobre esto ver también GIANFORMAGGIO, L., *Uguaglianza formale e sostanziale: il grande equivoco*, en *Il Foro italiano*, 1996, pp. 1961-1976. Sobre el pensamiento de Gianformaggio, cfr. PASTORE, B., *Ragione giuridica, eguaglianza, differenze: il contributo di Letizia Gianformaggio*, in *Notizie di Politeia*, n. 80, 2005, pp. 239-246.

<sup>24</sup> Esta parece resurgir, aunque más bien dada la vuelta en sus premisas, en el debate del feminismo contemporáneo, ocupado en discutir la forma de un conflicto entre declinaciones de la diferencia, el género y la cultura, blandiendo, esta vez en clave de tutela de la condición femenina, el arma de la *gender equality*. Para la discusión sobre la relación entre diferencia cultural y derecho de las mujeres, cfr. MOLLER OKIN, S., *Is multiculturalism bad for women?* in COHEN, J. y HOWARD, M. (eds.), *Is multiculturalism bad for women?*, Princeton 1999, 8-24. Sobre la tensión entre multiculturalismo y feminismo, cfr. PHILLIPS, A., *Dilemmas of gender and culture: the judge, the democrat and the political activist*, in EISENBERG, A. y SPINNER-HALEF, J. (eds. by) *Minorities within Minorities. Equality, Rights and Diversity*, New York 2004, pp. 113-134.

<sup>25</sup> Más específicamente en la perspectiva de una general disimetría entre identidad culturales e igualdad de género, parte de la literatura feminista en el curso de los años sucesivos, iba a interrogarse sobre el dato del crecimiento en Europa, sobre todo en contextos en los cuales el factor cultural parece determinantes, del número de delitos que afectan a la mujer por razones de elementos de tipo identitarios – en nombre de una pertenencia del agente a una comunidad que reivindica y confía al hombre, según un orden patriarcal, el derecho a garantizar los valores y principios que se postulan como compartidos- interpretándolo en sentido normativo: habría sido necesario mantener por separado los delitos de honor, de matriz cultural (*honor killings*) de las hipótesis de violencia perpetrados contra las mujeres dentro de los muros domésticos (*domestic violence*). En esta perspectiva, para responder a la pregunta sobre si los *honor killings* pueden ser considerados simplemente “domestic violence” aparece el interrogante sobre

### III. ¿HOMOLOGAR LA DIFERENCIA? LA IDENTIDAD DE GÉNERO, MÁS ALLÁ DEL DILEMA DE LA IGUALDAD

La relación entre igualdad y diferencia se da como el criterio a la que, en términos críticos, los procesos de subjetivación de género entregan sus principales criterios. También a la luz de las cuestiones que el conflicto identitario muestra en el contexto plural de las sociedades contemporáneas, no es marginal que uno de las principales batallas de la discusión sobre las que se centra el debate del feminismo teórico contemporáneo, haya terminado cayendo sobre el género como categoría identitaria: sexualidad e identidad serían procesos múltiples y no resueltos, nada idóneos para absorber en sí mismos la identidad de las personas, y el género, en ese sentido, más allá de su carga exhibida históricamente en el discurso feminista en su aportación de separar de la naturaleza del sexo la condición femenina, habría asumido, a su pesar, la fisionomía de categoría esencialista e identitaria, en cuya red la construcción del ser se arriesga a ser aplastada como dato y no como proceso estructuralmente abierto y mutable<sup>26</sup>.

Es bajo esta perspectiva que la deconstrucción del género, destituido de su propia capacidad representativa, se ha ido acercando más ampliamente a la aportación crítica del posmodernismo, siguiendo una dirección que por un lado ha

---

la descripción de las peculiaridades que tienen que ver con la motivación cultural en la violencia de género: de la relación de descendencia familiar (padres que matan a sus hijas), a la exigencia de control de un orden de valores compartidos, a la sustancial aprobación del grupo de pertenencia, todas las características no se presentan en la hipótesis de la violencia doméstica, que viene configurada como la acción de un hombre individual que no goza de complicidad familiar y que actúa ante el final de una relación, para punir la infidelidad, que no goza de ninguna forma de aprobación en su comunidad de pertenencia : cfr. P. Chesler, *Are Honor Killings Simply Domestic Violence?* <http://www.meforum.org/2067/are-honor-killings-simply-domestic-violence>. Su ciò, cfr. S. Hossain-L. Welchman, *'Honor'. Crimes, paradigms and violence against women*, London 2005; e cfr. P. Chesler, *Worldwide trends in honor killings*, <http://www.meforum.org/2646/worldwide-trends-in-honor-killings> 2010.

<sup>26</sup>J. Butler, *Undoing Gender*, Routledge 2004 (tr.it. *La disfatta del genere*, Meltemi 2006); R. Braidotti, *Nomadic Subjects. Embodiment and sexual difference in contemporary feminist theory*, New York 1994 (tr. it. *Nuovi Soggetti nomadi*, Roma 1995).

reflexionado sobre la falacia epistémica del sujeto<sup>27</sup> y por el otro ha recogido la experiencia teórica madurada en el ámbito de los estudios sobre el poscolonialismo<sup>28</sup>.

El escenario de radical desestructuración de las categorías manifestado por el pensamiento posmoderno, al cual parte del feminismo teórico -y también como se ha visto los estudios de las *queertheories*- han entregado y entregan sus propios instrumentos analíticos, se expone todavía a no tomar seriamente todo lo que queda en ese ámbito. Lo que se envía a las redes de una falsa representación del dilema de la igualdad, secuestrado por los argumentos que sobre la igualdad toman en consideración solo su perfil formal y homologador, abandonando la posibilidad, que Gianformaggio indica con lucidez, de entender plenamente el principio jurídico como parte de la dialéctica a través de la que podría mutar por efecto del impulso de los sujetos asumidos prescriptivamente como iguales, la desigualdad de las opiniones, fruto de la valoración ideológica de los grupos dominantes.

Renunciar al principio jurídico de la igualdad en este sentido es un juego muy arriesgado ya que, como escribe Catherine McKinnon sobre la condición femenina -de su historia de reivindicaciones, de sus conquistas y contradicciones, sobre las que se reconduce la identidad de género- “di cederé allapossibilitàstessa di una declinazionepossibile di umanità, ovvero di attestarsi su di una suacondizionecomunquetropoangusta perché le donne, e con esse, le identità di genere, possano esservi addirittura comprese”.

---

<sup>27</sup>E.A.G. Arfini, C. Lo Iacono (dir.), *Canone inverso. Antologia di teoria queer*, Pisa, Edizioni ETS, 2012. A. Cavarero, F. Restaino (dir.), *Filosofie femministe*, Milano, Bruno Mondadori, 2002.

<sup>28</sup>S. De Petris, *Tra “agency” e differenze. Percorsi del femminismo postcoloniale*, en «Studi culturali», 2 (2005), pp. 259-290; L. Ellena, *White Women Listen! La linea del genere negli studi postcoloniali*, en S. Bassi, A. Siotti (dir.), *Gli studi postcoloniali. Un'introduzione*, Firenze, Le Lettere, 2010, pp. 125-145

### Capítulo III. Locatioventris

(SUSANNA POZZOLO)

#### I. BIOLOGY IS NOT A DESTINY

Mi biología *me obliga* a tener ciertos comportamientos *físicos*, unos automáticos (como ampliar el costado para respirar) y otros que requieren además una acción *voluntaria*. Por ejemplo, si no tengo bastante hierro en mi cuerpo, necesito obtenerlo con medicación; ello, claro está, se deriva de la premisa de que no deseo morir, y sí encontrarme bien, y el hierro es necesario, entre otras cosas, para transportar el oxígeno en mi cuerpo. Así, no puedo decidir no tomarlo o tomar magnesio en lugar de hierro, porque la química de mi cuerpo es una necesidad que no está en mi voluntad. Repito, todo ello bajo la premisa implícita de que yo quiera seguir viviendo y quiera hacerlo con salud<sup>29</sup>.

Mi biología, por el contrario, no me obliga en modo alguno a tomar determinadas decisiones sociales o políticas: puedo elegir si sacarme el carnet de conducir o no, si cortarme o teñirme el pelo, etcétera. También tener o no tener prole es algo que depende de mi plena voluntad: si no deseo tener hijos/as, si no deseo ser madre, sigo siendo una mujer, sin cambios ni discapacidades<sup>30</sup>. Esto pareciera algo sencillo y claramente aceptado por los demás. Sin embargo, todavía hoy, la percepción del nexo entre ser mujer y ser madre es socialmente muy fuerte. Además, una vez se “activa” (con un embarazo) *el carácter* de ser “madre” no puede ya perderse, se vuelve una cualidad indeleble<sup>31</sup>. Así pues, por un lado, socialmente se

---

\* Agradezco a Paola Parolari, Annalisa Verza e Isabel Fanlo Cortés por sus preciosos comentarios. Los errores son todas míos. Un agradecimiento especial a Maribel Narváez y Pablo Moreno por sus ayudas lingüísticas.

<sup>29</sup> Las curas paliativas a los enfermos terminales no contradicen el razonamiento porque también estas van en la dirección del bienestar del paciente. Quienes deciden curarse “diversamente”, por ejemplo eligen no vacunar a las/niñas o niños, demuestran simplemente que sin vacunas se vive lo mismo, al menos hasta que no se topen con la maldita bacteria. No ocurre lo mismo con el hierro, sin hierro uno muere.

<sup>30</sup> Mi cuerpo no pide ser madre como pide tener suficiente hierro.

<sup>31</sup> D. Heim y E. Bodelón González (ed. by) *Derecho, Género e Igualdad. Cambios en las estructuras jurídicas androcéntricas*, vol. 1, Grupo Antígona y “Dones i Drets”, Universitat Autònoma de Barcelona, p. 211, ([http://www.equidad.scjn.gob.mx/biblioteca\\_virtual/doctrina/36.pdf](http://www.equidad.scjn.gob.mx/biblioteca_virtual/doctrina/36.pdf)). Una

considera *normal* desear ser madre y, por otro, se toma como un *fin* natural de la mujer serlo, con independencia de cualquier otra meta individual, tanto que resulta extraño y sospechoso que la mujer *admita* que no quiere serlo. Puesto que el deseo de maternidad es considerado natural, intrínseco a la biología misma de la mujer, si ella no lo tiene hay algo que “no funciona correctamente”.

Esta ideología es persistente e involucra sólo a la mujer, es decir, no es algo relativo a “ser progenitores”, a la perpetuación de la especie humana, es algo que se considera intrínseco sólo por lo que hace a las mujeres. Distinta, en efecto, es la percepción de la paternidad desde el inicio de la decisión de convertirse en padre. Este, antes que todo, es socialmente pensado y percibido como *hombre* y solo después que intervenga su *libre elección individual* es pensado y percibido como padre. *Claramente*, bajo esta óptica, para el hombre la biología *no es un destino*: el hombre *elige* ser padre (o no serlo)<sup>32</sup>.

Muchas son las consecuencias sociales que derivan de estos presupuestos ideológicos<sup>33</sup>. Entre ellas se encuentra la idea de que la maternidad no es, y no puede ser, una mera elección, como se ha señalado «la maternidad va mucho más allá de la mera reproducción biológica, porque lo más importante no es la gestación y el parto, sino la tarea social, cultural y ética de hacer viable un nuevo ser humano»<sup>34</sup>. Sin duda, no existe la misma carga social sobre el rol paterno, hecho que puede fácilmente advertirse prestando atención a cómo normalmente funciona el tema de la

---

reflexióninteresantetambién en C. Ottaviano, *Motherhood and care: (still) women's destiny?*, in *About Gender*, 2/2015; me permitoreenviartambién a S. Pozzolo, *To free her, we need to destroy the myth. Note antropologiche e speranze politiche*, en *Ragion pratica*, 2/2011, pp. 443-458, donde se trata, de manera más precisa, el tema del matriarcado.

<sup>32</sup> Esto no significa que el hombre no esté, también él, sujeto a presiones sociales en la dirección de la paternidad; sin embargo, es cierto que esas presiones sociales son distintas de las que impulsan a las mujeres.

<sup>33</sup> Por ejemplo, se suele pensar (¿o decir?) que las mujeres logran su satisfacción y realización personal solo cuando tienen los niños/as. Que esto basta.

<sup>34</sup> HEIM, D. y BODELÓN GONZÁLEZ, E. (ed. by) *Derecho, Género e Igualdad. Cambios en las estructuras jurídicas androcéntricas*, cit., p. 213.

conciliación trabajo-familia para los dos progenitores<sup>35</sup>. Esta ideología, que hace de una característica biológica un destino, procura muchas dificultades a las mujeres, y sobre todo a las que no quieren ser madres, porque resultan inmediatamente extrañas o incluso malas, seguramente “rotas”: evidentemente “no funcionan bien”<sup>36</sup>. Transformada la biología en una ideología, esta última se transfiere a las normas sociales y jurídicas, que a su vez contribuyen a la construcción y al mantenimiento de los roles sociales, todavía hoy contruidos según un esquema patriarcal. En opinión de Noelia Igareda Gonzalez<sup>37</sup>, además de razones histórico-económicas que hoy ya no cabría considerar<sup>38</sup>, hay también razones culturales más amplias que empujan a las mujeres a tener, por ejemplo, un cierto número de hijos/as o a determinar la distinta responsabilidad de los padres frente a las necesidades de los niños/as, cuestiones de enorme influencia sobre la trayectoria profesional de la madre.

El proceso de emancipación de la mujer de los últimos siglos se ha abierto a la idea de que la maternidad pueda ser una elección y no un fin natural-necesario; sin embargo, sigue siendo persistente la ideología del rol naturalmente familiar de la mujer, de modo que esta se encuentra casi frente a una “elección obligatoria”: *tiene que elegir* ser madre (so pena de incompletitud). La mujer vive un oxímoron obviamente.

---

<sup>35</sup> No obstante, aunque sea femenino el rol principal, es interesante notar como, por ejemplo, en castellano se usa normalmente la palabra “padres” para referirse a los progenitores. Sobre el tema de la conciliación trabajo familia cfr. ABOUT GENDER, Vol 3, N° 6, 2014 dedicado al tema: *Verso una conciliazionecondivisa? Lavoro, famiglie e vita privata in un orizzonte di crisi*.

<sup>36</sup> Es difícil analizar el dato del deseo, sobre todo porque las investigaciones claramente se hacen con mujeres que ya han hecho su socialización en el contexto patriarcal, han vivido en la cultura en donde persiste esta ideología.

<sup>37</sup> IGAREDA GONZÁLEZ, N., *El concepto socio-jurídico de maternidad y paternidad*, en HEIM, D. y BODELÓN GONZÁLEZ, E. (ed. by) *Derecho, Género e Igualdad. Cambios en las estructuras jurídicas androcéntricas*, cit., pp. 211-227.

<sup>38</sup> En la época pre-industrial, los hijos/as, y sobre todo los varones, eran fuente de sustento de los padres ancianos. Este hecho, y la ideología consiguiente según la cual era mejor tener hijos varones, es uno de los factores que contribuyen al problema del feminicidio de los bebés en algunos países, por medio del aborto selectivo o del infanticidio. Por ejemplo CAMPO MANSILLA, B., *El Feticidio e infanticidiofemeninos*, en *Nómadas. Revista Crítica de Ciencias Sociales y Jurídicas*, 27, 3, 2010, publicación asociada a la Revista *Nomads. Mediterranean Perspectives*, <http://pendientedemigracion.ucm.es/info/nomadas/27/beatrizcampos.pdf>

Frente al hecho de un pronunciado descenso de la natalidad, las sociedades más desarrolladas han empezado a implementar medidas de varios tipos en el intento de contrarrestar el fenómeno (por el momento me parece que en modo equivocado y sin mucho éxito). En sociedades como la italiana, y en la española creo que, en el discurso público se ha insistido y sigue insistiendo mucho sobre la protección de la familia. Sin embargo, en la realidad de las cosas, para el legislador la familia acaba siendo más una *ocasión* de la que se pueden sacar recursos más que una *oportunidad* en la que invertir: y quitando recursos a los servicios fundamentales como la educación y la sanidad, el resultado ha sido la mera producción de una retórica vacía por parte de los gobiernos y un creciente trabajo para las mujeres<sup>39</sup>.

Con esta breve reseña sobre la situación actual, creo que también se ve cómo se trata de un panorama complejo: en parte constituido por nuevas modalidades más igualitarias y de emancipación de las mujeres, y en parte constituido por hábitos tradicionales patriarcales. Las áreas de la vida íntima y familiar son donde la subordinación de géneros se hace patente y donde resulta sofocada la posibilidad para las mujeres de decidir libremente sobre la misma sexualidad y sobre si devenir madre<sup>40</sup>. Por un lado, la ideología y, por el otro, el descenso de natalidad son elementos que contribuyen a generar una fuerte expectativa de maternidad. Aún en las sociedades desarrolladas se atrasa mucho la fecha de un embarazo por parte de las mujeres -que tienen que anteponer unas necesidades sociales, como encontrar un salario estable, intentar de llegar a ciertos niveles en la carrera profesional porque con un hijo/a el sistema lo impediría-, en el momento en que el reloj de la biología empieza a llamar la atención sobre el tiempo que ha pasado, este deseo de maternidad se hace fortísimo, individualmente, familiarmente, socialmente. Y así se buscan los medios

---

<sup>39</sup>Cfr. ABOUT GENDER, Vol 2, N° 4, 2013, sobre el tema: *We want sex (equality). Riforme del mercato del lavoro, crisi economica e condizione delle donne in Europa*.

<sup>40</sup> Tengo dudas acerca de establecer un *derecho a la reproducción*. Eso necesitaría un análisis preciso de su posible declinación. En general pienso creo que la decisión de 'ser o no madre' y como serlo, debería estar en la mano de la mujer. Siempre se trata de una decisión difícil. Carlos Smart y Petra Nordqvist introducen sus volumen *Relative Strangers (Relative Strangers: Family Life, Genes and Donor Conception*, Palgrave Macmillan, London, 2014) recordando la historia de una típica familia anglosajona, dos progenitores y dos hijas nacidas con el semen de un donante. La madre cuenta como fue embarazoso cuando una de las hijas le preguntó en público si "aquella historia del donante" era verdadera, porque -cuenta la madre- se genera una situación donde yo tengo siempre que justificar ante los demás la decisión de recurrir al semen de otro.

para satisfacerlo. Cuando la pareja se enfrenta a serias dificultades, como la infertilidad<sup>41</sup>, se abren en general dos vías posibles: la adopción tradicional de un/a niño/a adoptable o alguna forma de maternidad en subrogación.

## II. MÁS QUE ENCONTRAR RESPUESTAS, LO DIFÍCIL ES HACERSE LAS PREGUNTAS CORRECTAS

“Maternidad subrogada” se usa con diferentes sentidos, una primera distinción puede hacerse entre subrogación *tradicional* y *gestacional*, donde en la primera la madre de alquiler (o de nacimiento) acoge en su vientre el esperma del padre biológico usando su propio óvulo. Por lo que hace al segundo sentido, con la denominación maternidad subrogada *gestacional* se indican casos diversos: i) la mujer gestante porta un óvulo de la madre genética implantado en su vientre y ya fecundado con gametos del padre genético; ii) la mujer gestante porta un óvulo de otra mujer, fecundado con gametos del padre genético, e implantados en su vientre (aquí hay donación de óvulos); iii) la mujer está embarazada sin que el óvulo fecundado tenga ningún ligamen genético con los padres; en estos casos se tiene que distinguir entre cuándo: a) hay donación de ambos los gametos femenino y masculino y la fecundación es in vitro como en el caso i) pero sin ligamen genético; b) hay una mujer contratada que está dispuesta a dejar el fruto de su embarazo a la pareja que lo busca. Hoy en día el caso más frecuente es de maternidad gestacional, con óvulo propio o comprado a otra mujer (y lo mismo para los gametos).

En el caso tradicional de maternidad en subrogación -donde la mujer acoge el esperma del padre biológico- se pretende tener un hijo/a genéticamente ligado al menos al padre de la familia que demanda la maternidad en subrogación. La madre de nacimiento deja al niño/a a la familia del donante. Algo muy parecido pasa en los casos gestacionales ii). Lo que aquí se revela, el valor perseguido, a la inversa de lo que ocurre con la adopción, es la conexión biológica del padre con el nacido y la continuación de su patrimonio genético en la prole; la esposa del donante será simplemente la madre “legal o jurídica”, con toda seguridad una madre en el afecto pero sin conexión genética. En algunos casos esta práctica según el modelo tradicional ha sido elegida y desarrollada en el seno de la propia familia: por ejemplo,

---

<sup>41</sup> Es decir, el problema tampoco se ha solucionado mediante la reproducción asistida.

la abuela ha prestado su vientre a la hija para que ésta tenga un bebé con el esperma del marido (y el código genético de la abuela o con el implante de un óvulo donado). En otros casos también (ii) con un óvulo fecundado, realizando una subrogación gestacional con material genético de los progenitores. Cuando tienen lugar estos casos, “en familia” o “por amistad”, es decir como un regalo, la reacción social parece ser aun dudosa acerca de esta práctica, sin embargo, no de abierta condena. Persiste todavía la manifestación de perplejidades, el balance de los valores involucrados se inclina hacia reconocer el mérito de la madre en alquiler (la amiga o la abuela) por el esfuerzo hecho para satisfacer los deseos del padre o de los progenitores biológicos.

En el extremo opuesto se encuentra el caso del contrato comercial de maternidad en subrogación (sobre todo en el caso iii primero – donación de ambos gametos femenino y masculino, por tanto, sin ningún ligamen légame genético, y fecundación *in vitro* de la mujer en alquiler); es aquí donde se hace más patente la crítica social.

Para intentar esclarecer las razones a favor y en contra tanto de la práctica como de la crítica, creo que primero se debería intentar distinguir entre el problema económico y el moral. ¿Hay algo éticamente equivocado en la maternidad subrogada?<sup>42</sup>

Aunque la cuestión no es nueva en absoluto, todavía muchas personas se sienten incomodas al contestar porque, si bien no hay algo tan problemático que necesite un rechazo automático, también es cierto que la práctica de la subrogación suscita inquietudes. Si por un lado parece ser una solución útil para quienes tengan dificultades por infertilidad o de gestación, y también para familias de personas del mismo sexo o *single*<sup>43</sup>, por otro lado, alquilar el útero de una mujer se presenta como una práctica que tiene una clara predisposición a la explotación y abuso de las mujeres que las reducen a mero medio para la obtención de algo. Intentar el diseño de un marco ético adecuado y esclarecer el debate me parecen importantes tareas antes de elegir una u otra solución normativa: si la *locatioventris* se revelase una práctica éticamente indefendible, esto probablemente debería tener efectos en la

---

<sup>42</sup> MACKLIN, R., *Is There Anything Wrong with Surrogate Motherhood? An Ethical Analysis*, in *LawMed. & HealthCare*, 16, pp. 57-64, 1988.

<sup>43</sup> No entro ahora en la discusión en torno a quienes pudieran ser más adecuados como padres, si un tipo de familia u otra.

eventual regulación jurídica, tanto en supuestos con pretensiones económicas, como en su forma gratuita o de donación.

Gran parte del debate acerca del tema que nos ocupa se encentra en torno a la cuestión económica que, aunque esté necesariamente entrelazada con cuestiones morales y jurídicas, corre el riesgo de simplificar demasiado los argumentos ocultando algunos problemas. Trataré en el curso de mi argumentación de hacer emerger las objeciones principales. Por ejemplo, hay quien compara la subrogación con la esclavitud<sup>44</sup> (como cuando los propietarios de esclavas las dejaban embarazadas para ampliar el grupo de propiedad) o con la venta de niños/as (puesto que la familia que alquila paga por el producto del embarazo<sup>45</sup>).

Otros, de opinión totalmente contraria, insisten en que la técnica de la maternidad subrogada representa solo una nueva posibilidad para las mujeres, quienes de ese modo ven ampliadas las opciones a disposición entre las que pueden elegir, y que en definitiva se trataría de un caso de *empowerment* para ellas.

El tema claramente resulta controvertido.

Ruth Macklin refiriéndose al aborto escribía que hay conflictos éticos insolubles, ¿puede ser que el tema de la maternidad subrogada sea uno de ellos?<sup>46</sup> O, se pregunta Macklin, ¿se asemeja más a casos como la fecundación *in vitro* los

---

<sup>44</sup> Por ejemplo, y para que se note como ya tiene una larga historia esta reflexión, se miren las referencias en ANDREWS, L.B., *Surrogate Motherhood: The Challenge for Feminists*, in *LawMed.& HealthCare*, 16, pp. 72-80, 1988. Son de estos días las noticias acerca nuevas normativas por parte del Parlamento indiano para regular una práctica que se ha vuelto evidentemente de explotación masiva de mujeres pobres, por ejemplo: <http://www.ilfattoquotidiano.it/2015/10/30/uteri-in-affitto-lindia-pronta-a-vietare-il-business-ma-solo-per-le-coppie-straniere/2173066/>

<sup>45</sup> Hay quien distingue diciendo que en verdad los padres alquilan un servicio, el uso del útero, y no compran un bebé. Sin embargo los datos nos dicen que en quizás la mayoría de los contratos no prevén el pago si el embarazo no va a buen fin. <http://www.ilfattoquotidiano.it/2013/01/26/utero-in-affitto-in-india-e-boom-clienti-anche-dallestero-ma-madri-no-hanno-tutele/454192/>

<sup>46</sup> Algunas dificultades en el debate llegan de las religiones que de medida imponen obligaciones o deberes que para otros no tienen sentidos. Sin embargo hay dificultades también de carácter científicos

cuales tras las perplejidades iniciales, son hoy normalmente considerados jurídica y moralmente legítimos en nuestras sociedades?<sup>47</sup>

El trato que realmente parece preocupar, y que no cesa de discutirse por quienes intervienen en el debate (más ahora si cabe con la existencia de un mercado global) es el relativo a su comercialización. El *fee* por la subrogación para muchos parece la razón principal que hace de esa práctica una explotación de la mujer. El tema no es sencillo tampoco desde una perspectiva económica. En efecto, si prestamos atención a cómo se van delineando las cosas en países como India<sup>48</sup>, por ejemplo, es difícil negar esta preocupación.

Desde una postura consecuencialista, que juzga una práctica con base en sus efectos buenos o malos, por ejemplo desde una perspectiva utilitarista, se puede intentar sopesar (de hecho imaginar) cuánta felicidad y cuánto sufrimiento derivan de la práctica de subrogación. Difícil decirlo, aunque es cierto que muchos de los *token* del *type* subrogación seguramente hacen feliz a la madre “subrogada” cuando hace un dono o cuando recibe un compenso para ella necesario o importante y hacen felices a los padres “legales” que tendrán un hijo/a tanto deseado/a. Sin embargo, esta aplicación del principio no me parece satisfactoria, es demasiado sencilla si se considera la complejidad del tema y las personas involucradas. Necesitaríamos tomar en consideración otros factores más generales que hacen parte de la práctica en cuestión, que, es importante decirlo, es una *práctica social y no simplemente individual* (sobre este punto importante regresaré en los párrafos § 4, 5, 6). Como precisa Sylviane Agacinski<sup>49</sup> en una entrevista, no tenemos que ver con actos individuales motivados por altruismo, sino con un mercado procreativo globalizado donde los vientres son alquilados<sup>50</sup>. El creciente pedido de mujeres en alquiler tiene

---

<sup>47</sup> MACKLIN, R., *Is There Anything Wrong with Surrogate Motherhood?*, cit., p. 58

<sup>48</sup> Entre las informativas que se encuentran fácilmente en la red:  
<http://www.vientreenalquiler.com/lideres-del-sector/ventre-de-alquiler-india/>

<http://uteroinaffittoindia.blogspot.it/2012/06/in-caso-di-maternita-surrogata-perche.html#more>

<sup>49</sup> <http://www.newsportal24.it/il-mio-no-da-sinistra-agli-uteri-in-affitto/>

<sup>50</sup> Agacinski, quien tiene una postura en contra la subrogación, en la entrevista aquí citada en la nota 21, precisa que es sorprendente como se atreve a tratar una mujer como medio para la producción de niños/as basándose en relaciones económicas cada vez más desiguales: los clientes – afirma – que pertenecen a las clases sociales más ricas y los países más ricos, compran los servicios de las personas más pobres: “pedirun niñoy pagar el

indudablemente una raíz social y no se presenta tanto como una necesidad biológica o natural de la especie humana. Puesto que ya es obvio que no hay ninguna necesidad de vínculo genético entre progenitores y prole para que esta segunda tenga un desarrollo físico y mental sereno, que la especie humana siempre se ha ocupado de su niños/as que por mala suerte se encontraron sin progenitores propios, es claro que el vínculo *familiar* se construye sobre el amor, no sobre la sangre y tampoco tiene la exigencia de que se haga creer al hijo/a que sea propio genéticamente. No obstante estos hechos, la ideología social crea el deseo, y hasta la subjetiva necesidad (puesto que la falta de prole llega a ser considerada una enfermedad), de recurrir a esta práctica donde en creciente medida no hay ningún vínculo genético entre progenitores y prole “de la mujer alquilada”.

Otro modo de enfrentar la cuestión moral que nos ocupa podría ser aquel de intentar averiguar si la práctica es intrínsecamente buena o mala, en sí misma, con independencia de las consecuencias. Por ejemplo, el homicidio se considera intrínsecamente malo, como la traición o la perfidia<sup>51</sup>. ¿La subrogación viola principios morales basilares?

Las opiniones son contrastantes.

a) Explotación

Entre los que piensan que sí, hay principalmente dos grupos.

i) Por un lado, los grupos religiosos, con sus preceptos específicos acerca de la vida, del orden del mundo, del rol de las mujeres.

---

precioal nacimiento significatratarlo como un producto manufacturado, y no como una persona humana; pero legalmente es una persona y no una cosa”.

<sup>51</sup> Hoy en día parece ser el caso de la tortura, dato que hay quien piensa que sea una práctica admisible para obtener informaciones de un terrorista. Así, existe un debate acerca de cuáles elementos connotan un caso de explotación; sin embargo, aquí no entraré en esta última discusión.

Puesto que no se trata aquí de abrir ninguna discusión o debate sobre los preceptos de una religión<sup>52</sup>, no consideraré las motivaciones de este tipo, que resultan convincentes solo para los que creen y tengan fe. Sin embargo, es cierto que en algunos contextos culturales los preceptos de la moral religiosa podrían coincidir con los de la moral social y, bajo este punto de vista, entonces, los principios pueden ser discutidos porque no tienen el mismo tipo de *pretensión* de verdad de los primeros; y lo mismo vale para los principios de lo que se suele llamar moral crítica.

ii) Del otro lado, hay quien solea la objeción –omnipresente– apuntando a los aspectos de comercialización: como ya se ha señalado, aquí los argumentos van desde una genérica explotación de la mujer en razón de la venta de niños/as, que violaría también el interés público en cuanto sería un caso concreto de venta de seres humanos, hasta el alquiler de un *servicio*.

Desde una perspectiva siempre laica, pero un poco distinta, hay quienes insisten en que la maternidad en subrogación explota a la mujer haciendo de ella una mera “productora” de niños/as y violando así su dignidad<sup>53</sup>. Esta argumentación no siempre resulta clara, porque parece obtener su fuerza solo añadiendo que son las mujeres ricas quienes explotan a las pobres. Si este pudiese ser un argumento consecuencialista, en la perspectiva más deontológica, se corre el riesgo de plegar el tema moral bajo el económico y dejar, además, toda la “culpa” a las mujeres. Hay otra posición contraria a la subrogación de carácter laico y marcadamente feminista, razón por la que la indico y a ella dedicaré el próximo párrafo; una perspectiva que no apunta tanto a la dignidad de la mujer, sino al esquema patriarcal que estaría detrás a la práctica de subrogación.

Unas/os argumentan a partir del niño/a. Sin embargo, en el cuadro de las reflexiones de estas páginas no creo que tengan un peso importante los argumentos que apuntan a presuntos problemas psicológicos del niño/a que, por ejemplo, sepa en futuro que ha venido al mundo a través de una madre en alquiler. Claramente será

---

<sup>52</sup> Por ejemplo, tradicionalmente el mundo católico es contrario a la subrogación: el arzobispo católico del New Jersey sostuvo claramente que «surrogatemotherhood "promotestheexploitation of women and infertilecouples and thedehumanization of babies" (N.Y. Times, July 19, 1987 <http://www.nytimes.com/1987/07/19/nyregion/bishops-file-brief-against-surrogate-motherhood.html>).

<sup>53</sup> Cfr. nota 16.

importante preguntarse si es en el *bestinterest of the child* que sepa, y cuándo y cómo, su historia biológica; sin embargo, esto vale también por la adopción tradicionales y otros casos similares, como la inseminación con donador desconocido<sup>54</sup>. No hay nada nuevo en esta dirección<sup>55</sup>.

b) Empowerment

Entre los que apuntan en favor de la práctica se pueden distinguir dos grupos también.

i) Hay quien, argumentando a partir de la idea de autonomía, dice que no hay violación de ningún principio que, por el contrario, la práctica del útero en alquiler acrece la libertad. Si la mujer es un sujeto autónomo y libre ¿cuál sería la razón para dudar de su competencia para decidir alquilar su propio útero?

ii) Otros afirman que la maternidad en subrogación es claramente una herramienta de *empowerment* y emancipación para la mujer, porque no reduce, sino que amplía, su posibilidad de elección de planes de vida, el abanico de posibilidades entre las cuales que elegir se hace más amplio. Y claramente es una vía para las parejas lesbianas, homosexuales y en general para todos los que no pueden o no quieren optar por la vía sexual tradicional y quieren tener progenie con el propio código genético. Claramente, se tiene que subrayar, como aquí, consciente o inconscientemente, se hace énfasis en el patrimonio genético, en las semillas, sean esa masculina o femenina. En cambio, si esto no fuese un valor perseguido se podría trabajar mejor el tema de la adopción (§ 5).

### III. PATERNALISMO, CULTURA PATRIARCAL, EMPOWERMENT FEMENINO

En mi opinión, es importante tratar de evaluar si la práctica en cuestión degrada la dignidad de la mujer o representa un verdadero *empowerment*, asumiendo una perspectiva feminista, en el sentido normativo de una postura hacia la emancipación y capacitación de la mujer.

---

<sup>54</sup> Por este último caso por ejemplo hay todavía desacuerdos acerca de si la práctica es éticamente aceptable, sin embargo parece en vía de superación.

<sup>55</sup> Además, se me permita decir que, en alguna medida, son cuestiones posteriores a una eventual práctica de alquiler y que nada dicen acerca de su legitimidad ética.

Unos críticos subrayan como la práctica de la subrogación se conecta con la tradición paternalista y patriarcal. Se trata de una práctica patriarcal si se observa desde varias perspectivas, pero principalmente porque en la mayoría de los casos se fecunda el ovulo en el vientre de la mujer con los gametos del padre con el objetivo de perpetuar exclusivamente la línea genética masculina. Este último es el valor perseguido. La subrogación nace y se desarrolla como practica social que busca, en primer lugar, la satisfacción de la “necesidad” de tener una progenie por parte del padre, al precio de la subordinación de varias mujeres. Hoy: una mujer que se inclina a soportar todo, haciendo propia la prioridad de perpetuar el patrimonio genético del marido frente a otras evaluaciones posibles<sup>56</sup> -en unos casos, hasta simular un embarazo que dé a la luz la prole en el extranjero-, otra mujer que presta su cuerpo alquilando su útero, y otra mujer más que ha sido objeto de una pesada estimulación médica para producir más óvulos, uno de los cuales es fecundado con la semilla del padre.

Se subraya, entonces, como se trata de una demanda prevalentemente masculina y -no tanto femenina- y que para esta última podría ser incluso solo un reflejo del deseo de su pareja: la mujer, buena esposa, satisface el deseo del marido a través de otras mujeres.

Sin embargo, por otro lado, unos argumentan que, aunque fuese solo un deseo masculino, si consideramos a la mujer como sujeto y agente autónomo, tenemos que asumir que ella es capaz de evaluar si prestarse, o no, a la práctica de la subrogación -así como de aceptarla en lugar de una adopción-, es decir: si ella es capaz de tomar decisiones por sí misma en otros sectores de la vida, ¿por qué no debería ser capaz de tomar esta decisión? Si la mujer decide ser madre subrogada, de alquilar su útero por las razones que sean, no hay motivos para sugerir que no sea competente para tomar esa decisión<sup>57</sup>. En caso contrario, si optamos por su incompetencia, ¿esto distorsionaría todas las decisiones y, en particular, las que vierten sobre su cuerpo? «The charge of "exploitation" contradicts the moral stance that women have the ability and the right to control their own bodies. If that right grants

---

<sup>56</sup> Por ejemplo podría adoptar a una niña/o que es ya viviente y que necesita una familia. Quizás aquí se vea mejor el punto mirando al tema de la subordinación en el sentido de la asunción por parte de la mujer de una jerarquía de valores que es la del patriarcado. En esta línea se consideren también los otros tipos de subrogación.

<sup>57</sup> Mismo vale para la mujer que elige esta vía para tener un niño.

women reproductive freedoms of other sorts, such as the right to abortion or to control the number and spacing of their children, why does it not similarly apply to the informed, voluntary choice to serve as a surrogate?»<sup>58</sup>.

El argumento liberal a favor de la subrogación se basa en la idea de la autonomía y de la libre elección por parte de las mujeres. Esto no se cuestiona; pero no se debería olvidar tampoco la disparidad de las partes de este contrato (los que demandan por la subrogación y la mujer contratada): coacción, coerción y necesidad las afectan en modo profundamente diferente, y esto incide en el grado de libertad de las elecciones de ambos<sup>59</sup>.

¿«[I]f men are to donate sperm and receive money for that transaction, then surrogacy should also be allowed as an analogous transaction for women»<sup>60</sup>?

### *III.1. La contribución de la mujer a la maternidad es diferente.*

En un ensayo de hace unos años, Letizia Gianformaggio discutía contra la tesis según la cual “madres subrogadas y donador de esperma deben ser tratados por el derecho en modo igual”<sup>61</sup>. La perspectiva liberal en la que se fundamenta la tesis que niega la relevancia de las diferencias biológicas entre hombre y mujer, defendiendo una idea de derecho ciego frente al sujeto, es la única vía, se afirma, para respetar la autonomía de la mujer. Gianformaggio, en contra de quienes ven en el tratamiento diferente de la mujer en sus derechos procreativos (por ejemplo reconociéndole la posibilidad de decidir después del parto si dejar el nacido/a a la pareja que ha demandado por alquiler el vientre) una discriminación en razón de la

<sup>58</sup> Macklin 60. Y análoga pregunta vale también la decisión de la mujer de demandar por alquiler el útero de otra.

<sup>59</sup> Y a mirar de cerca, como se ha sugerido en razón de la ideología patriarcal, el grado de coacción, coerción y necesidad incide diferentemente también sobre los dos cónyuges que alquilan.

<sup>60</sup> *Surrogate Motherhood- Ethical or Commercial*, Centre for Social Research, VASANT KUNJ, p.16 ([https://drive.google.com/file/d/0B-f1XIdg1JC\\_ZmlsZXQwY3VvcW8/view?pli=1](https://drive.google.com/file/d/0B-f1XIdg1JC_ZmlsZXQwY3VvcW8/view?pli=1)).

<sup>61</sup> GIANFORMAGGIO, L., *Correggere le diseguaglianze, valorizzare le differenze: superamento o rafforzamento dell'eguaglianza?*, in “Democrazia e diritto”, 36, 1996, 1, pp. 53-71, ora in GIANFORMAGGIO, L., *Eguaglianza, donne e diritto*, Il Mulino, 2005, pp. 201-221, da cui traggio le citazioni del testo.

especificidad de la mujer (porque, por ejemplo, se atribuiría un rol jurídico diferente al ovulo y al espermatozoides<sup>62</sup>), contesta resaltando la diferencia de trámite por medio del cual se obtiene el ovulo y el espermatozoides y, entonces, precisando que no pueden ser puestos al mismo nivel. Con una sencilla masturbación se obtiene fácilmente el espermatozoides; la extracción del ovulo, por el contrario, requiere una dura terapia hormonal y termina con una intervención invasiva del cuerpo de la mujer. Escribe Gianformaggio, «non solo la maternità gestazionale, ma anche quella genetica differisce essenzialmente dalla paternità genetica: e non è forse proprio questo riconoscimento a giustificare la differenza prescrittiva, cioè il diverso trattamento giuridico dell'inseminazione artificiale da quello dell'accordo di surrogazione, proprio in virtù dell'attribuzione all'ovulo e allo spermatozoides di un diverso "ruolo normativo"?»<sup>63</sup>.

La maternidad gestacional, que hoy en día es la que tiene gran atractivo porque, aunque más compleja y cara, en algunos casos (§ 2) permite a los progenitores tener un bebé con sus códigos genéticos: en el caso óptimo, la madre en alquiler será fecundada con un ovulo de la madre que demanda por la subrogación; un óvulo ya fecundado con los gametos del padre y transferido en la sede uterina vía IVF<sup>64</sup>. En todo los casos, la "transferencia" del ovulo fecundado en el vientre de la mujer que lo acoge necesita pesados tratamientos medicinales que se prolonga por varias semanas con el fin de suprimir su ovulación. Ella recibirá un suministro de gran cantidad de estrógenos para construir el revestimiento uterino y, cuando el ovulo será implantado, la mujer necesitará tomar cotidianamente progesterona para que su cuerpo "sea consciente" de que está en embarazo. Es importante recordar que estos medicamentos pueden generar, también, efectos nocivos permanentes<sup>65</sup>.

De este modo, es evidente que hay diferencias entre hombre y mujer en la reproducción. Gianformaggio insistía, justamente, que la defensa de un tratamiento

---

<sup>62</sup> Ivi, p. 213.

<sup>63</sup> Ivi, p. 214.

<sup>64</sup> En otro caso el vientre de la mujer contratada será fecundada con un ovulo de una tercera mujer fertilizado con el espermatozoides del padre, y aún podría ser el caso de un ovulo de la madre fecundado con gametos de donador. Sin embargo es frecuente también el caso donde hay donación de gametos masculino y femenino.

<sup>65</sup> «Examples are mood swings, headaches, hot flashes and drowsiness», *Surrogate Motherhood- Ethical or Commercial*, cit., p. 14.

normativo diferente o diferenciado entre hombre y mujer en los derechos reproductivos que no generaran *desigualdades*, sino solo a *diferencias*, puesto que tendría raíces en una diferencia objetiva y física, debía ser considerado como fundamental para que se respete la especificidad de la mujer. Bajo esta perspectiva, dejar a la mujer en alquiler la elección de quedarse, o no, con el fruto de su embarazo, incluso hasta el momento después del parto, es algo que encuentra su razón de ser en la *diferencia de aporte* dada por la mujer o, en cambio, el hombre a la reproducción de la vida. Sin embargo, se tiene que insistir en que esta diferencia no debe implicar *desigualdad*; por el contrario, puesto que en la maternidad el rol biológico que tienen las mujeres es diferente al de los hombres, sería la falta de consideración de esta diversidad la que conduciría a una *desigualdad*, porque en una estructura patriarcal como la que vivimos, la falta de consideración de esta diversidad implicaría tratar la mujer como si fuese un hombre<sup>66</sup> o, peor aún, ponerla bajo una tutela paternalista decidiendo por ella sobre su cuerpo<sup>67</sup>.

### *III.2. Contratos.*

A partir de estas consideraciones, me parece que existen validas razones para evaluar con cierto cuidado el discurso de la autonomía y de la reivindicación de la libertad de elegir ser madre subrogada (y también de alquilar el útero de otra). Es decir, hay peculiaridades que justifican una consideración de un atento balance de la igualdad de las partes del contrato de subrogación (los que demandan, la mujer que alquila el vientre, la mujer que vende sus óvulos y el hombre que vende su esperma<sup>68</sup>). Sin embargo, según un argumento expresado por algunas feministas

---

<sup>66</sup> Son famosos los casos del siglo pasado cuando los tribunales aceptaban la tesis según la cual no había tratamiento discriminatorio, excluyendo el embarazo de la asistencia sanitaria, porque –escribían– se trata de una característica solo femenina y que, por el contrario, sería un tratamiento de favor incluirla puesto que no sería posible hacerlo hacia el hombre. Cfr. POZZOLO; S., (*Una*) *Teoría feminista del diritto. Genere e discorso giuridico*, in CASADEI, TH. (ed by), *Donne, diritto, diritti. Prospettive del giusfemminismo*, Giappichelli, Torino, 2015, pp. 17-39.

<sup>67</sup> Por ejemplo, por medio de leyes que prohíban el aborto como un crimen con penas para las mujeres.

<sup>68</sup> Además, en el contrato, tendríamos que considerar uno o más hospitales y clínicas durante todo el proceso.

liberales, para evaluar plenamente la práctica, es necesario escuchar la voz de las mujeres que alquilan su propio vientre. Así es posible darse cuenta de cómo ellas reconstruyen su práctica de subrogación dentro del ámbito de una actividad que, aunque sea por dinero, se hace por su intrínseca bondad: una actividad donde se “hace del bien por alguien”, algo parecido a lo que se podría decir del trabajo de enfermera, donde la dimensión del curar es intrínseca a la actividad. En definitiva, la subrogación no sería percibida necesariamente como una práctica de explotación.

En esta línea, y puesto que la maternidad en alquiler es un hecho, y en muchos casos se considera que debería ser acogida como una actividad “buena”, hay quien insiste en que el gran problema reside en el contenido de los contratos de subrogación<sup>69</sup>, particularmente en países como India, donde las mujeres, en muchos casos, se vuelven esclava de esta maternidad, sin posibilidad de decidir nada sobre su cuerpo: así que la *libre* elección de estas mujeres se concretaría en la elección de *hacerse esclava*, suprimiendo su propia voluntad por dinero. Pragmáticamente, el argumento subraya: si se elaboran reglas correctas (mejor si son internacionales) que conformen el contrato, se evitarían estos casos dramáticos. Entonces, desde esta perspectiva, elegir alquilar el propio útero debería ser un caso de elección del propio *trabajo* y, de este modo, debería ser regulado por el derecho, para que así estas mujeres sean tuteladas como trabajadoras. Se insiste que por eso necesitamos una ley internacional que afronte un fenómeno que, seguramente, por el momento, no desaparecerá, más bien, todo el contrario.

El argumento me ha hecho pensar en la conocida acusación feminista en relación con la consideración rawlsiana de la familia como lugar donde no se aplican los criterios de justicia. Dado que claramente estamos en un mercado capitalista, si se enmarcase la subrogación en el ámbito del dono, donde no se aplican los criterios de justicia, el riesgo sería una verdadera anarquía contractual y una total explotación de las mujeres involucradas (aparte los pocos casos practicados por amor familiar o por amistad). Entonces, hay quien sostiene esta tesis, que alquilar el útero se pueda configurar como un trabajo. En definitiva, aunque incluso *la voz* de las mujeres en subrogación diría que se trata de la elección de una práctica que hace intrínsecamente del bien, acercándose a la idea del dono, se insiste en que la

---

<sup>69</sup> Por ejemplo, CASALINI, B., *Nel best interest dei bambini e delle madri surrogate*, en “Cambio Rivista sulle trasformazioni sociali”, Anno V, Numero 9/Giugno 2015, pp. 29-36.

subrogación se considere y se regule como cualquier otro trabajo, para que sean tuteladas las mujeres; esto, dado que se desarrolla en un mercado. Pensando en la subrogación como al trabajo de una enfermera con su paciente, de este modo no habría contradicción alguna.

No me queda claro como en un mercado capitalista que evidentemente desplaza este tipo de *trabajo* en países como India o Ucrania pueda conducir a la tutela de las mujeres: si la actividad se inserta en el marco del trabajo, imagino que compartirá todos los problemas de explotación de los trabajadores. Además, y llevando al extremo el argumento aparentemente libertario, tampoco me queda claro por qué se prohibiría la venta de órganos o de sangre, que no implique la muerte del donante, y al mismo tiempo se consideraría como trabajo *normal* la subrogación<sup>70</sup>.

Entre quien subraya las perplejidades, Radin señala como la distinción moral (y legal) entre obtener niño/a con una adopción o con una subrogación, si son ambos con pago, depende del valor que reconocimos al patrimonio genético del padre<sup>71</sup>, actualmente, en la gestación, sería también de ambos progenitores. La reflexión de Radin era del año 1988; pero creo que aún hoy es central y sería interesante releer cuanto escribía Joan Mahoney en relación con el debate suscitado por el famoso caso *baby-M*<sup>72</sup>:

«Using that logic, it should also be legal for a couple in which, for example, both parties are infertile, to contract with a woman to become pregnant by an anonymous sperm donor on the assumption that the couple would adopt the resulting baby. This would certainly appear to violate state prohibitions on payment for adoptions. The only difference in the surrogacy context is that the baby the woman is carrying is genetically related to one of the prospective parents. Either of these

---

<sup>70</sup> Incluso se podría llegar a discutir la “venta” de seres humanos. Se me permita rinviar a POZZOLO, S., *Delocalizzare la (ri)produzione? Riflessioni sul diritto, la maternità surrogata e il superiore interesse del minore*, ponencia tenida al seminario *Diseguaglianze di genere nel diritto italiano*, Università degli Studi, 14/15 gennaio 2016.

<sup>71</sup> *Market-Inalienability*, in “Harvard Law Review”, 100, 1987, pp. 1849-1937, que se usa aquí en la versión online p. 191, <http://www.public.iastate.edu/~jwcwolf/Papers/Radin.pdf>

<sup>72</sup> [https://en.wikipedia.org/wiki/Baby\\_M](https://en.wikipedia.org/wiki/Baby_M)

situations would seem to result in the “commodification” of babies»<sup>73</sup>. En la medida en que la subrogación hace parte de un acuerdo comercial, muchos insisten en que se transforma la mujer, su vientre (el “servicio gestacional”), y el futuro bebé en bienes vendible<sup>74</sup>.

#### IV. ¿SER UN MEDIO? ¿PARA QUIÉN?

Frente a la dimensión y a la modalidad que está tomando el fenómeno a nivel mundial<sup>75</sup>, incluso considerando la línea argumentativa liberal, es difícil dejar de notar como la subrogación transforma el cuerpo de la mujer en una *commodity*<sup>76</sup>.

No obstante, y aunque el pago sea minúsculo para la mujer embarazada, tiene que mencionarse que entre las razones a favor de la subrogación transnacional hay estudios que muestran como con estos contratos -en países como India, por ejemplo- se pueden generar efectos positivos para la familia de la mujer *en alquiler*, pero solo cuando sea ella quien recibe y maneja el pago<sup>77</sup>. Se confirma algo parecido a lo que sucede con el microcrédito: cuando los recursos llegan a las manos de las mujeres se opta por una inversión por el bienestar de los niños/as de esa mujer (los datos muestran que así se ha reducido incluso la tasa de mortalidad de los niños/as). Estudios muestran que lo mismo no sucede si la inversión cae en las manos de los padres<sup>78</sup>. Claramente, en estos contextos internacionales, la mayoría de las mujeres que alquilan el útero se encuentran en estados de desesperación: es

---

<sup>73</sup> MAHONEY, J., An Essay on Surrogacy and Feminist Thought, in *Law medicine ethics*, 16, p. 82.

<sup>74</sup> No entro en este escrito sobre el tema de la regulación de la posible (o no) *relationship* entre el hijo/a y su padres biológicos, aun seguramente hay indicaciones en las disciplinas de la adopción.

<sup>75</sup> Interesante el número de la revista “The American Journal of Bioethics”, vol. 14, issue 5, 2014, dedicado al tema [Ethical Conditions for Transnational Gestational Surrogacy in Asia](#). Acerca de la dimensión del fenómeno, es del 28 de octubre la noticia según que India quiere regular distintamente el acceso a la práctica, <http://www.nytimes.com/2015/10/29/world/asia/india-wants-to-ban-birth-surrogacy-for-foreigners.html?smid=fb-nytimes&smtyp=cur&r=0>

<sup>76</sup> Como se ha notado antes, hay quien la acerca al caso de la prostitución.

<sup>77</sup> *Surrogate Motherhood- Ethical*, cit., p. 48.

<sup>78</sup> ORFALI, K. y CHIAPPORI, P.A., *Transnational Gestational Surrogacy: Exploitative or Empowering?*, in *AJOB*, vol. 14, issues 5, 2014, p. 34. *Surrogate Motherhood- Ethical*, cit., p. 48.

evidente que no hay un fenómeno de alquiler de úteros entre las mujeres de la clase media y alta de ningún país (rico o pobre que sea). Parece claro, entonces, que, normalmente, *la mujer no elige esta vía como trabajo*, ni para lo necesario, ni para lo superfluo.

Para limitar la explotación, donde hay algún tipo de regla sobre esta práctica, normalmente se obliga a efectuar controles con el fin de excluir del programa de subrogación las mujeres más pobres, las que lo harían claramente por necesidad. Este tipo de límite intenta acercar la subrogación a una práctica de donación, porque - se argumenta- las que “necesitan no participan”. En realidad, a partir de lo que se indicó antes, si no hay oferta entre la clase media o rica, que solo demanda, evidentemente el sistema funciona sobre la base de algún tipo de necesidad de mujeres ¿“medianamente pobre”?

El límite puesto parece celar el dato comercial de su expansión y difusión en países, clases y mujeres que eligen esta actividad por alguna verdadera necesidad: claramente no hay difusión de la práctica de subrogación entre las mujeres con buena situación financiera, salvo los raros casos que se dan de ayuda dentro de la misma familia (claramente casos de dono).

Aclarada la explotación económica, diría obvia en un sistema capitalista, se trata de evaluar como relacionarse moralmente y legalmente con la práctica en cuestión.

Para conectar la cuestión inicial, es necesario preguntarse si la eliminación del dato económico es suficiente para que la práctica sea éticamente aceptable. Mejor, una vez que eliminamos el pago por la prestación y, además, estamos a favor de la emancipación sexual de la mujer, ¿todavía tendría fuerza la condena de la maternidad en subrogación por explotación? Una vez que hemos eliminado la modalidad comercial, ¿la práctica se podría presentar también como un caso de *empowerment* de la mujer o sigue siendo una subyugación patriarcal? Y ¿el alquiler del útero transformaría en una *commodity* solo la mujer explotada, o tiene efectos hacia todas las mujeres porque mujeres? ¿Puede ser que con la subrogación el cuerpo de la mujer se transforme intrínsecamente en un medio y deje de ser un fin? Si el compenso parece malo, ¿es suficiente pretender que alquilar el útero sea solo un acto altruista? ¿No sería esa última una pretensión supererogatoria para la madre subrogada? Claramente ella tendría que, al menos, no sufrir un daño económico, esto

me parece claro; pero ¿ningún pago por su embarazo? Al fin y al cabo, se tiene que considerar que la gestación es una inversión enorme para la mujer<sup>79</sup>.

## V. ¿ES UN FENÓMENO NECESARIO?

Ciertamente el fenómeno de la infertilidad varía de lugar en lugar y de grupo en grupo, y tienen que considerarse también las diferentes causas, distinguiendo entre la infertilidad social y la fisiológica<sup>80</sup>. Aunque sea difícil medir su incidencia, hay datos que parecen indicar la existencia de un aumento: «[i]nfertility affects about 1 out of every 6 couples. This includes not just those unable to conceive after 12 months of trying, but also those that cannot carry a pregnancy to term»<sup>81</sup>. Obviamente el porcentaje de incidencia es muy bajo cuando se trata de parejas jóvenes y sube, como indica la estadística, en el caso de las parejas más maduras; tiene, además, que calcularse el dato bastante interesante de la infertilidad masculina<sup>82</sup>. Uno de los factores que inciden en la infertilidad de las mujeres es claramente el posponer la

<sup>79</sup> Aún hay estudios que afirman que la madre en subrogación, bajo el perfil psicológico, no tiene problemas como efecto de esta actividad (MACCALLUM F., LYCETT E., MURRAY C., JADVA, V., GOLOMBOK S., *Surrogacy: the experience of commissioning couples*, Hum Reprod 2003; June, 18 (6):1334-1342). Hay otros estudios que afirman lo contrario: «Most of the surrogate mothers we interviewed were not willing to answer questions on how they felt after relinquishing the child; however, field level observation notes that the surrogate mothers would feel attached to the babies even though they were not biologically their own children», *Surrogate Motherhood- Ethical*, cit., p. 30.

<sup>80</sup> BENTLEY, G.R. y MASCIE-TAYLOR, C.G.N. (edit by), *Infertility in the Modern World. Present and Future Prospects*, Cambridge, 2000-2004.

<sup>81</sup> *Surrogate Motherhood- Ethical or Commercial*, by Centre for Social Research (CSR), Vasant Kunj – District of Delhi, 2013, p. 12. <http://csrindia.org/blog/2013/07/18/surrogacy-ethical-or-commercial/>

<sup>82</sup> BENTLEY, G.R. y MASCIE-TAYLOR, C.G.N., *Introduction*, in ids. (ed. by), *Infertility in the Modern World. Present and Future Prospects*, Cambridge, 2000-2004. Considerando el dato de la *social infertility* inciden diferentes fenómenos, también aspectos ideológicos, aunque siempre relacionados con la situación social que facilita, o no, la maternidad. Por ejemplo, MCALLISTER y CLARKE, L. (*Voluntary childlessness: trends and implications*, in BENTLEY, G.R. y MASCIE-TAYLOR, C.G.N. (editby), *Infertility in the Modern World*, cit., p. 190) afirman que, en la década de los 90s, un 20% de las mujeres nacidas en el '75 afirmaban que no querían tener hijos/as, contra un 11% de las mujeres nacidas en 1942. El porcentaje de adultos/as sin hijos/as es muy alto entre lesbianas y homosexuales, cfr. PATTERSON, C.J. and FRIEL, L.V., *Sexual orientation and fertility*, in BENTLEY, G.R. y MASCIE-TAYLOR, C.G.N. (editby), *Infertility in the Modern World*, cit., p 238 e ss.

maternidad hasta una edad relativamente avanzada y, en algunos casos, también por el usar ciertos tipos de contraceptivos, sobre todo los intrauterinos, que pueden determinar o favorecer problemas en los órganos de reproducción<sup>83</sup>.

La infertilidad determina en muchas personas y/o parejas problemas diferentes incluidos de tipo psicológico, hasta el punto de encontrar dificultades para dar sentido a su familia. Este malestar transforma la infertilidad en un problema de salud más general y explica por qué estas personas buscan otros modos para conseguir ser progenitores<sup>84</sup>. Sin embargo, casi nadie se pregunta por qué las mujeres posponen tanto el satisfacer su deseo de maternidad<sup>85</sup>. Por el contrario, se insiste en no considerar las causas y en lograr nuevas soluciones y servicios. Como decía al inicio, aun hoy lo que se considera *normal* es querer tener hijos/as hasta el punto que quienes no los tienen, en muchos casos, se perciben a sí mismos como incompletos debido a ello sin que se reflexione sobre las razones de esa sensación. La presión ideológica es fuerte hasta hacer percibir como inadecuados a quienes no pueden tener prole en la forma considerada normal, “físicamente” o “familiarmente”; cuerpos que tienen que ser ajustados, por medio de un médico o alquilando un vientre. Es decir, la infertilidad fisiológica se construye como un defecto que disminuye incluso el valor de la persona, algo que se tiene que esconder<sup>86</sup>. En cambio, sería importante reflexionar sobre lo que connota e implica ser “normal” y ser “diferente” también en relación a este tema<sup>87</sup>. Cuando el problema de la infertilidad se presenta a la mujer porque se ha pospuesto demasiado la maternidad, sigue la sensación de falta de completitud sin que se desarrolle una reflexión social sobre las causas. La mayoría no se pregunta por qué se ha pospuesto tanto un acto que biológicamente hubiese tenido sentido muchos años antes (paradójicamente, no se reflexiona tampoco sobre por qué en los países desarrollados, la cifra de mujeres que posponen demasiado su maternidad sube constantemente -en la vieja Europa por ejemplo-, llegando a suponer un problema

<sup>83</sup> *Surrogate Motherhood- Ethical or Commercial*, cit, p. 12.

<sup>84</sup> *Ibid.*

<sup>85</sup> CASALINI, B., *Nel best interest dei bambini e delle madri surrogate*, cit. donde se cuestiona este tema.

<sup>86</sup> Reenvío a los estudios sobre el tema de la discapacidad, en particular a la perspectiva feminista en tema.

<sup>87</sup> Entre mucha literatura acerca del tema me agrada recordar GIANFORMAGGIO, L., *Uguaglianza e differenza sono davvero incompatibili?*, en *Eguaglianza, donne e diritto*, cit.

político general, porque la disminución de la población implica la necesidad de mayor inmigración<sup>88</sup>). Es evidente que el sistema social empuja a las mujeres en esta dirección y no se trata solo de un deseo que se presenta para ellas más tarde<sup>89</sup>.

Recientemente se ha informado en la prensa de los datos de adopción en Italia: si en el 2010 fueron adoptados 4.130 niños/s, en los primeros meses del 2015 solo lo fueron 850. Esta es una tendencia más general, los cuatro países más acogedores han tenido una caída del 64% entre el 2004 y el 2013<sup>90</sup>. En el 2014 en España las fecundaciones asistidas han superado a las adopciones internacionales. No sé si hay una relación directa entre este dato y la mayor facilidad de una maternidad subrogada, pero creo que es cierto que hay conexiones al menos explicativas. Los problemas de la adopción tradicional son varios, desde el coste hasta la burocracia, en todo caso creo que no se puede analizar bien el tema de la maternidad subrogada y su extensión sin preguntarse qué relación tiene con la caída de la tasa de adopciones tradicionales: según la UNICEF hay 160 millones de niños/as abandonados/as en el mundo<sup>91</sup>. Es importante, diría imprescindible, reflexionar sobre las razones que inducen a abandonar la vía de la adopción tomando otros caminos.

Un sistema que, por un lado, considera a tantos seres humanos existentes como descartables y, por otro, tras de haber inducido a las mujeres a la infertilidad quienes posponen su embarazo en un intento por conseguir una afirmación profesional, que de otro modo no alcanzarían ni en sueños, las empuja ahora a que

---

<sup>88</sup> Sobre este aspecto se puede fácilmente reflexionar a partir de las discusiones que se han tenidos en los meses de septiembre y octubre del 2015 en la UE, con la clara invitación de Alemania para los prófugos sirianos.

<sup>89</sup> Se renvía también a la literatura acerca del tema de las preferencias adaptivas.

<sup>90</sup> [http://www.repubblica.it/solidarieta/diritti-umani/2015/08/26/news/adozioni\\_internazionali\\_dimezzate\\_in\\_italia\\_dal\\_2010\\_e\\_in\\_spagna\\_c\\_e\\_il\\_sorpaso\\_delle\\_fecondazioni\\_assistite-121668394/?refresh\\_ce](http://www.repubblica.it/solidarieta/diritti-umani/2015/08/26/news/adozioni_internazionali_dimezzate_in_italia_dal_2010_e_in_spagna_c_e_il_sorpaso_delle_fecondazioni_assistite-121668394/?refresh_ce)

<sup>91</sup> Solo para hacer un ejemplo entre los muchos, en Kinshasa hay un número impresionante de niñas de 14 o 15 años que nunca fueron a la escuela. Abandonadas, venden el cuerpo por un dólar y sufren violencia y violación continuamente. En Kinshasa, capital del Congo, hay más o menos como **13.600 niños/as que viven en la calle, ganando como puedan para sobrevivir; de estos, el 26% son niñas que se prostituyen** y en el barrio de Tshangu el 79% de las prostitutas tiene menos de 18 años y el 6% menos de 12. <http://lepersoneeladignita.corriere.it/2011/12/04/i-bambini-di-kinshasa-che-si-vendono-per-un-dollaro/>

alquilen el útero de otra mujer (¿medianamente pobre?), tiene algo cuanto menos extraño.

## VI. LA SUPERACIÓN DE LA SOCIEDAD PATRIARCAL NECESITA UN CAMBIO DE PERSPECTIVA

Confieso que no tengo respuestas para los dilemas que surgen de lo tratado en estas páginas. Con seguridad, dicha práctica plantea nuevas dificultades morales y jurídicas, y al mismo tiempo parece también ofrecer soluciones a problemas existentes.

«If we see laws banning surrogacy as a control on reproductive biology, the question would be: Do such laws perpetuate the oppression of women?»<sup>92</sup>.

Un punto me parece claro: creo que la discusión y la normativa en juego deben *no* quitar libertad a las mujeres para que decidan sobre sus cuerpos. La dificultad del tema no puede ser una excusa o un medio para suprimir los avances que se han obtenido luchando hasta ahora. En primer lugar, entonces, con una óptica pragmática, en los países de la demanda sería útil interrogarse acerca de las razones que empujan unos a pedir una reglamentación de la práctica de subrogación. La sospecha es que detrás de esta petición este la voluntad de tener la posibilidad de coartar la madre biológica a satisfacer el compromiso tomado antes de el embarazo<sup>93</sup> también cuando haya cambiado idea o, alternativamente, tener la posibilidad de pedir los "danos" a la madre biológica como en cualquier contrato civil cuando una parte no satisface su parte del contrato. Queremos entonces que esto sea un normal contrato? Cual sería su objeto? El uso de la mujer o la venta de niño? En segundo lugar, me parece que otro punto clave sería rechazar cualquiera oferta normativa que conduzca a penas (a una criminalización) para las mujeres. Esto, más que nada porque, sin contrarrestar el fenómeno, se acabaría con poner una vez más sobre las espaldas de las mujeres todo el peso de una presunta culpa. Dicho esto, sin embargo, es difícil superar la sensación de dramática explotación, de mero *uso* de la mujer *alquilada*: es decir, habida cuenta

---

<sup>92</sup> MAHONEY, J., *An Essay on Surrogacy and Feminist Thought*, in *Law Med. & Health Care*, 16, 81, 1988, pp. 81-88, p. 82

<sup>93</sup> Con todo lo que sigue de las cláusulas contractuales, por ejemplo acerca de quien decide si abortar los embriones numerosos, los fetos con síndrome down, y otras decisiones por el estilo.

de todo, no me parece una actividad que vaya en la dirección de liberarla de sus cadenas.

Lo que creo importante, hasta fundamental, sería empujar hacia una reflexión feminista profunda, enmarcando el tema de la maternidad subrogada claramente como una práctica *biomédica* y como una práctica *social*. Desde esta perspectiva hay quien sugiere que se podrían enfrentar las dificultades trabajando en la idea del *consentimiento informado*, es decir una vez más a partir de la idea de autonomía. Sin embargo, es bastante claro que así las cosas no son tan fáciles: la práctica del consentimiento presenta dificultades de distintos niveles, y además de la desigualdad de las partes, hay que considerar también las desigualdades entre poder médico y competencia del paciente, a mayor razón cuando el tratamiento médico involucra importantes transformaciones del cuerpo. Se trata de dificultades que inciden en el grado de libertad, de capacidad de evaluación, de conocimiento real de lo que va a pasarle a las personas involucradas de manera general; y no menos importante por lo que hace al caso específico, se trata de entender que el embarazo consiste en una transformación completa de la mujer, y que en cada ocasión se trata de un cambio peculiar y único en sí mismo.

Barbara Katz Rothman<sup>94</sup> creo que expresa un punto de vista interesante, cambiando de perspectiva. La mujer no es un *lugar* donde se da el embarazo, su útero no es una bolsa unida temporáneamente al cuerpo. El embarazo representa la unión profunda de dos cuerpos que no están separados entre sí: reciben la misma nutrición y tienen la misma sangre, respiran el mismo oxígeno. Con sus palabras: «Women's wombs don't walk around separate from the woman. To be pregnant is a whole-body experience [...]. At birth, babies recognize their mother's voices [...]. In pregnancy, babies are living in the rhythms of the mother's day – new-borns, for example, tend to wake up at what was the pregnant women's busiest times of the day. This is not a 'surrogate' relationship, but an actual lived one»<sup>95</sup>.

Alguien, insistiendo en un argumento basado en la propiedad del material genético usado para procrear, podría contestar afirmando que la mujer en alquiler es

<sup>94</sup> KATZ ROTHMAN, B., *The Legacy of Patriarchy as Context for Surrogacy. Or Why Are We Quibbling Over This?*, en «The American Journal of Bioethics», vol. 14, issues 5, 2014, pp. 36-37, disponible en <https://drive.google.com/file/d/0B5cvFH0n3yAudTVBU1JocHdYRTA/view>

<sup>95</sup> Ivi, p. 36.

solo un contenedor temporal. Este es también un argumento para defender la previsión de una obligación para la mujer subrogada de entregar al nacido a la pareja que contrata su servicio: puesto que no existe un bebé antes del embarazo, la «[o]wnership resides with those who produced (or in deed in these days simply purchased) the genetic material. The baby is the product of their union. The women in whom that embryo is implanted is reduced to mere pace, a body part»<sup>96</sup>. Esto nos lleva a discutir las cláusulas de los contratos y/o la normativa que regula los derechos de la mujer alquilada: por ejemplo, ¿puede esta decidir abortar durante la vigencia del contrato? O ¿puede quedarse con el niño/a nacido modificando su decisión anterior<sup>97</sup>?

Precisamente Katz añade que fracasar en reconocer la importancia de las relaciones humanas es intrínsecamente erróneo y destructivo de nuestra humanidad. Katz nos solicita que profundicemos en el tema de los valores involucrados y sugiere una reconstrucción, a mi parecer fundada e interesante, de cómo la maternidad subrogada se percibe más como un intercambio de órganos que no de niños/as.

Como ya se ha señalado en el párrafo 3 evidenciando los elementos patriarcales de la práctica, ahora Katz nos invita a profundizar, pidiéndonos que evaluemos con cuidado el balance que se construye entre el valor que se reconoce a la “semilla” (gametos, óvulos y esperma) y el que se atribuye a las relaciones entre las personas: claramente se inclina en favor del primero<sup>98</sup>. Ella nota cómo no tendría sentido en una sociedad matrilineal el interés por la subrogación, la práctica entonces se confirma fuertemente ligada a una forma patriarcal de sociedad.

Y en efecto es tradicionalmente la semilla paterna la que “implanta” la vida y germina en el vientre materno: «the little child curled up in the head of the sperm, seemed to be there for early scientists to see with their new microscopes»<sup>99</sup>. Katz sostiene que con la idea de la subrogación estamos nuevamente a este punto,

---

<sup>96</sup> Ivi, p. 36.

<sup>97</sup> Si la reflexión filosófica puede continuar, el derecho tiene que resolver estas cuestiones muy rápidamente. Sobre el punto también GIANFORMAGGIO, L., cit.

<sup>98</sup> WILSON, D., *Whose body (of opinion) is it anyway? Historicizing tissue ownership and examining 'public opinion' in bioethics*, in KATZ ROTHMAN, B., MITCHELL ARMSTRONG, E., TIGER, R. (ed by) *Bioethical issues. Sociological perspective*, JAI press, N.Y., 2008, pp. 9-32, p. 25.

<sup>99</sup> KATZ ROTHMAN, B., *The Legacy of Patriarchy as Context for Surrogacy*, p. 37.

evaluando ahora también el *seed* de la mujer: la nueva ideología genética divide en dos al bebé, una mitad del padre y otra mitad de la madre. Si estavisiónfueseincorrecta, «babies might as well grow in the backyard. Or in any convenient hired belly.Or outsourced to India. With this understanding of kin, of who is and who is not “really” related, wombs and pregnancies are meaningless»<sup>100</sup>.

La cuestión que se plantea no es moral, sino que reclama profundizar en el tema del *empowerment* de la mujer. El problema no está en la elección de la mujer que alquila, sino en la situación en la que elige. La expansión de la maternidad en subrogación hace del fenómeno claramente una práctica social y no meramente individual. Esta última podría ser el caso de la donación, donde la libertad de donar por amor no se discute, pero no puede ser el caso del fenómeno contractual tal y cómo se detecta y extiende a nivel mundial.

Para intentar configurar moralmente la práctica de la subrogación, y seguir buscando respuestas también jurídicas, logrando, como mínimo, un igual respeto entre los géneros, la ética tiene que ser *encarnada*. Las jerarquías del patriarcado determinan desigualdades directamente entre los géneros, que tampoco los ideales liberales han logrado derribar. No obstante, todas las conquistas de las mujeres, hasta hoy, desde cuándo han sido pensadas y se han originado, así como los los derechos se han construido y reconocido solo a los *iguales*. El problema es que aun hoy el metro para determinar quiénes son estos iguales es eminentemente masculino. La neutralidad liberal, que prometía igualdad, o una igual consideración y respeto, ya ha se ha tenido que reconsiderar, puesto que el estado no logra ser, o no puede ser, neutral en los efectos que determina su regulación en la vida de las diferente personas, «necessarily, many state acts will have differential impacts on people of different identities»<sup>101</sup>. Queda entonces claro que «[i]dentities make ethical claims because – and this is just a fact about the world we human beings have created – we make our lives as men and as women, as gay and as straight people»<sup>102</sup>; es decir, el derecho y la moral construyen el tipo de persona que se encuentra en la sociedad. Puesto que no hay un solo tipo de individuo, sin embargo acerca de cómo deben ser

---

<sup>100</sup> Ivi, p. 37.

<sup>101</sup> APPIAH, K.A., *The Ethics of Identity*, p. 88.

<sup>102</sup> APPIAH, K.A., *Preface*, in Id., *The Ethics of Identity*, p. XIV.

los que viven en una sociedad hay ideas que, aun parcialmente debatidas, «shapeoptions [...] about how gay, straight, black, white, male, or female people ought to conduct them selves»<sup>103</sup>. Esto determina que haya normas que tienen una importante función en como las personas diseñan sus planes de vida<sup>104</sup>.

En este marco se tiene que subrayar, específicamente por el tema que aquí se trata, cómo (al menos) en la cultura occidental, la atención de la tecnología médica ha generado muchos valores. En particular, la tecnología médica hacia el cuerpo lo ha separado del sujeto, en una medida decisiva ha contribuido a separar la carne de la subjetividad, como si fuesen dos elementos distintos<sup>105</sup>. Elizabeth Ettore explica bien cómo el proceso de *desencarnación*, unido a una moralidad «highly mediated by gender», se ha basado en «the exclusion of female bodies from full moral agency»<sup>106</sup>. Sin embargo, es exactamente a través del reconocimiento de ser un agente moral que cada uno experimenta a sí mismo como contribuyente al proceso de evolución hacia una mayor autonomía y coherencia. «Clearly, women especially pregnant women, have lost out. Any person whose unique experiences have been largely omitted from

---

<sup>103</sup> APPIAH, K.A., *The Ethics of Identity*, p. 22.

<sup>104</sup> Se tiene que precisar un punto que me parece interesante acerca de la neutralidad. Como justamente señala CORRADO DEL BÒ en su *La neutralidad necesaria* (ETS, 2014, en particular se renvía a las páginas 122-123), una perspectiva neutral es la que ha dado fuerza a las libertades negativas en los estados modernos. Sin embargo, cuando por ejemplo se permite “neutralmente” el aborto, la neutralidad se logra a través de una *abstención* que se concreta en un tipo de *desinterés*: puesto que en esta línea la comunidad estaría desvinculada moral, política y económicamente de ofrecer cuidado a la mujer (o a las mujeres) que aborta. Esto es resultado de una ética desencarnada, dónde solo aparentemente no se toman en consideración los valores en el balance de la decisión. En realidad, la perspectiva del *desinterés* es típicamente masculina puesto que solo las mujeres se quedan embarazadas.

<sup>105</sup> Esta es una tendencia que se va a acentuar con el desarrollo de los aparatos tecnológicos para el *human enhancement*, entre la literatura por ejemplo CERQUI, D. y ARRAS, K.O., *Human Beings and Robots: Towards a Symbiosis? A 2000 People Survey*, <http://www2.informatik.uni-freiburg.de/~arras/papers/cerquiPISTA03.pdf>, BREY, P., *Human Enhancement and Personal Identity*, [https://www.utwente.nl/bms/wijsb/organization/brey/Publicaties/Brey/Brey\\_2008\\_Human-Enhancement.pdf](https://www.utwente.nl/bms/wijsb/organization/brey/Publicaties/Brey/Brey_2008_Human-Enhancement.pdf)

<sup>106</sup> ETTORRE, E., *Genomics, Gender and Genetic Capital: the need for an embodied ethics of reproduction*, KATZ ROTHMAN, B., MITCHELL ARMSTRONG, E. y TIGER, R. (ed by) *Bioethical issues*, cit., pp. 245-261, p. 253.

the dominant culture (e.g. women, the poor, Black and ethnic minority women, lesbians and gay men, the disabled, etc.) will sense this loss»<sup>107</sup>.

La cuestión es que si la neutralidad significa pensar que hay personas genéricas en situaciones morales, o situaciones morales donde el género no tiene rol, se equivocan o distorsionan la realidad, y también sus indicaciones. Katz sugiere que las consideraciones éticas deberían hacerse *localmente*, es decir, considerando las condiciones políticas y sociales (diría también culturales) del lugar donde se encuentran los sujetos involucrados en la situación moral<sup>108</sup>. En un planeta donde todos parecemos siempre más cercanos unos a otros, más similares entre nosotros, creo que se ha hecho urgente encontrar un modo para que se pueda considerar al individuo en el colectivo, en la sociedad, sin que se pierdan por esta vía los avances que representan los derechos individuales y el reconocimiento de su autonomía<sup>109</sup>.

Me parece que perseguir el desarrollo de una ética encarnada es una vía prometedora. Ettore insiste en que una ética feminista tiene que evaluar las prácticas -y las prácticas médicas en particular- en términos de su impacto sobre las vidas de las mujeres y, por lo tanto, hacerlo sobre la unidad de sujeto y cuerpo, con el fin de llevar a reconocer que el género importa<sup>110</sup>.

---

<sup>107</sup> Ibid.

<sup>108</sup> Y es indudable, en efecto, que la salud y la enfermedad son distribuidas en cada sociedad según la distribución de los recursos y de las oportunidades (MITCHELL ARMSTRONG, E., in *Bioethicalissues*, cit., p. 265).

<sup>109</sup> En este sentido argumentan VASSALLO, N. y GARAVASIO, P., *Filosofiadelledonne*, Laterza, Roma Bari, 2007.

<sup>110</sup> ETTORRE, E., *Genomics, Gender and Genetic Capital*, cit., p. 256. El cuerpo de la mujer no puede ser considerado solo como «to foetal enviroment», p. 257.

## **Capítulo IV. Ingeniería genética y generaciones futuras. A propósito de una reciente sentencia de la Corte Constitucional italiana.**

(ALESSIA FARANO)

*Traducción a cargo de GERMÁN M. TERUEL LOZANO*

### **I. LA LEY ITALIANA SOBRE LA REPRODUCCIÓN ASISTIDA AL EXAMEN DE LA CORTE CONSTITUCIONAL**

El tormentoso recorrido de la ley 40/2004, ley italiana que regula la reproducción médicamente asistida, es la señal de la ambivalencia del proceso de juridificación de la vida humana -en el caso en cuestión de la pre-natal-, proceso que, más allá de poner en juego las alternativas radicales entre diferentes concepciones de la vida prenatal, es revelador de una serie de cuestiones no resueltas en la teoría del Derecho, en particular (sólo por citar algunas) la relación entre Derecho y Ciencia por un lado, y la teoría de los derechos fundamentales por el otro. Recorrer brevemente los más recientes casos jurisprudenciales que han afectado a la ley objeto de estudio podrá ayudar a identificar algunas de las cuestiones filosóficas subyacentes. Después de una serie de sentencias de inconstitucionalidad, además de los casos de declarada inaplicación de la ley 40 (en "desarrollo directo" de la Constitución o realizando una "interpretación conforme" con la Constitución<sup>111</sup>), que ha conducido a la superación de

---

<sup>111</sup> El caso más conocido es seguramente la sentencia adoptada por el Tribunal de Salerno (juez Scarpa, resolución de 9 de enero 2010), que ha autorizado el acceso al diagnóstico genético pre-implantacional a pesar de la prohibición explícita de la ley 40: el «diritto a procreare, e lo stesso diritto alla salute deisoggettico involti, verrebbero irrimediabilmente lesi da una interpretazione delle norme in esame che impedissero il ricorso alle tecniche di PMA da parte di coppie, pur non infertili o sterili, che però rischiano concretamente di procreare figli affetti da gravi malattie, a causa di patologie geneticamente trasmissibili; solo la procreazione assistita attraverso la diagnosi preimpianto, e quindi l'impianto solo degli embrionisani [...], consentono di scongiurare esito simile». Sobre la interpretación conforme de la Constitución véase M. A. Gliatta, *L'interpretazione conforme a costituzione. Per una teoria garantista della funzione giurisprudenziale*, Editoriale Scientifica, Nápoles, 2014.

la prohibición de fecundación heteróloga<sup>112</sup>, en mayo de 2015 ha caído una de las últimas prohibiciones en materia de reproducción médicamente asistida: el de acceso a la reproducción médicamente asistida por parte de parejas portadoras de enfermedades genéticamente transmisibles, con el consiguiente diagnóstico pre-implantacional<sup>113</sup>. (Actualmente se encuentra sometida a juicio de la Corte Constitucional la posibilidad, impedida por la ley 40, de destinar los embriones no implantados a la investigación).

La ley italiana, que había sido afirmada como nacida "en protección del embrión", en el transcurso de once años ha sido objeto de una total reescritura por parte de la Corte Constitucional, que, aunque considerando posibles distintos regímenes normativos sobre el inicio de la vida, ha considerado "irrazonable" la disparidad de tratamiento entre parejas fértiles -admitidas a la homóloga- y parejas no fértiles o estériles, que veían frustrada esta posibilidad. Y el parámetro de la razonabilidad ha sido al que ha recurrido también en su última decisión demoledora de la ley 40, sobre el diagnóstico pre-implantacional. En este último caso, el mantenimiento de la prohibición de los diagnósticos pre-implantacional ha sido juzgado irrazonable frente a la legitimidad del diagnóstico prenatal en el ordenamiento italiano, que permitía a la gestante la interrupción del embarazo pero no admitía la no implantación del embrión afectado.

---

<sup>112</sup> La Corte Constitucional italiana ha intervenido primero con la sentencia n. 151/2009, que ha encargado al juez la valoración del número de embriones a implantar en el útero, antes limitado a tres. Posteriormente la sentencia n. 162/2014, que ha suscitado pareceres discordantes en la doctrina, ha eliminado explícitamente la prohibición de fecundación heteróloga. Para una lectura crítica de la sentencia de 2014 véase Andrea Morrone, *Ubiscientiaibiura. A prima lettura sull'eterologa* en *Forumdeiquadernicostituzionali*:

[http://www.forumcostituzionale.it/wordpress/images/stories/pdf/documenti\\_forum/giurisprudenza/2014/0022\\_nota\\_162\\_2014\\_morrone.pdf](http://www.forumcostituzionale.it/wordpress/images/stories/pdf/documenti_forum/giurisprudenza/2014/0022_nota_162_2014_morrone.pdf)

<sup>113</sup> La sentencia es la n. 96/2015, cuyo texto, junto con un conjunto de comentarios, puede consultarse en la dirección web: <http://www.giurcost.org/decisioni/2015/0096s-15.html>. En noviembre la Corte también ha declarado inconstitucional los artículos de la ley 40 que calificaban como delito «la condottaselettiva del sanitario volta esclusivamente ad evitare iltrasferimentonell'uterodelladonna di embrioni che, dalla diagnosi preimpianto, sianorisultati affetti da malattie genetiche trasmissibili in rispondenti a criteri di gravità di cui all'art. 6, comma 1, lettera b), della legge n. 194 del 1978, accertate da apposite strutture pubbliche» (Sent. C. Cost. 229/2015).

La cuestión había sido por lo demás elevada ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que en la conocida sentencia Costa-Pavan de 2012 había revelado la incoherencia del sistema legislativo italiano, en la diversidad de tratamiento previsto para la gestante en el caso de diagnóstico prenatal y de diagnóstico preimplantacional<sup>114</sup>.

El recurso al parámetro de la razonabilidad, que también en la jurisprudencia italiana (y no solo) ha sido vehículo para avances progresistas, parece sin embargo en este último caso un intento de reducción del problema al plano meramente formal de la igualdad, revelando la ambivalencia de este proceso de juridificación de la naturaleza humana -y de la vida, como se decía al inicio- que superpone dos órdenes de problemas, ciertamente no sin relación.

El primer nivel del discurso es aquel más directamente bioético, que se refiere al fondo de las cuestiones afectadas: ¿es justo realizar una selección negativa de los embriones, implantando sólo aquellos sanos (lo que comporta la selección positiva del sexo, allí donde se ligue a la transmisión hereditaria)? ¿Y dónde se sitúa la frontera entre eugenesia negativa y eugenesia positiva?

El segundo afecta de forma más señalada a la legitimidad de una regulación jurídica de la vida pre-natal que incluye cuestiones ligadas al acceso a las técnicas de procreación -proyectando el tema en el complejo escenario de los derechos de la cuarta generación-, a lo que añadir la no simple interacción entre normativa jurídica y pretensión regulativa de la ciencia.

Las cuestiones presentadas generan evidentes divisiones, en la medida en la que la respuesta que a las mismas se venga a dar se une inevitablemente a la antropología filosófica de fondo, además de a la presencia o no de una perspectiva metafísica (de marca católica y no católica).

---

<sup>114</sup> STEDH caso Costa-Pavan c. Italia, recurso n. 54270/2010. El Tribunal ha condenado a Italia al pago de una suma de 15.000 euros a título de resarcimiento por el daño moral sufrido por la pareja, los señores Costa y Pavan, que habían visto frustrado (aunque sólo en abstracto, habida cuenta de la falta del previo agotamiento de los medios de tutela previsto en el ordenamiento italiano) el "derecho a la vida privada y familiar" : [http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-115727#{"itemid":\["001-115727"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-115727#{).

## II. INGENIERÍA GENÉTICA Y GENERACIONES FUTURAS EN EL DEBATE FILOSÓFICO

La necesidad del recurso a la metafísica, aunque sea fuera de la teología<sup>115</sup>, ha sido en tiempos recientes sostenida por Hans Jonas, que ha intentado delinear un proyecto de ética para la civilización tecnológica.

Reescribiendo el imperativo categórico kantiano<sup>116</sup>, Jonas hace derivar de las amplias posibilidades abiertas al hombre por la técnica el deber de hacer un uso responsable, asumiendo como sujeto pasivo de este deber -y en ello estará su perdurable fortuna en el debate público- a las generaciones futuras.

Pero para hacer esto, para sostener que los «actos cometidos sobre otros por los que no hay que rendirles cuentas» (las generaciones futuras), «son injustos»<sup>117</sup> (p. 153 TME), Jonas recurre, como se decía, a una metafísica -cuasi-aristotélica como ha sido definida por Apel<sup>118</sup>- «en la que toda ética ha de fundarse en último término»<sup>119</sup>, y que ha ganado al filósofo alemán el mayor número de críticas. La «autoafirmación del ser en el fin»<sup>120</sup>, cierto, suena al lector no dispuesto a recurrir a la filosofía primera como una afirmación insostenible. Sin embargo, la radicalidad del pensamiento de Jonas, además de resultar más honesto que otros intentos contemporáneos de reactualización de Aristóteles, es un proyecto difícil pero que no afecta el alcance de

---

<sup>115</sup> Sobre la relación entre metafísica y religión Jonas es claro. H. Jonas, *El principio de responsabilidad. Ensayo de una ética para la civilización tecnológica*, Herder, Barcelona 1995.

<sup>116</sup> «Obra de tal modo que los efectos de tu acción sean compatibles con la permanencia de una vida humana en la Tierra; o, expresado negativamente: obra de tal modo que los efectos de tu acción no sean destructivos para la futura posibilidad de esa vida; o, simplemente: no pongas en peligro las condiciones de la continuidad indefinida de la humanidad en la Tierra; o, formulado una vez más positivamente: incluye también en tu elección presente, como objeto también de tu querer, la futura integridad del hombre». *Ivi*, p. 40.

<sup>117</sup> *Técnica, medicina y ética. Sobre la práctica del principio de responsabilidad*, Barcelona, Paidós, 1997, p. 133.

<sup>118</sup> K.-O. Apel, "Verantwortung heute-nurnochPrinzip der BewahrungundSelbstbeschänkungoderimmernoch der BefreiungundVerwirkung von Humanität?" (1986), in: K.O. Apel, *DiskursundVerantwortung. Das Problem des Übergangsurpostkonventionellen Moral*, Frankfurt a. M., Suhrkamp, 1990, pp. 179-216.

<sup>119</sup> JONAS, H., *El principio de responsabilidad*, cit., p. 35.

<sup>120</sup> *Ivi*, p. 147.

su contribución<sup>121</sup>, como demuestra el eco suscitado por la publicación del *Principio de responsabilidad*, que todavía resuena después de treinta años.

El diagnóstico de partida puede ser suscrito sin vacilación. El aumentado poder del hombre sobre la naturaleza, y del hombre sobre el hombre -como en el caso de la genética<sup>122</sup>- presenta problemas de naturaleza ética inéditos. Y ello porque si por una parte la reducción de la realidad a su representación científica, por tanto a la mera causa material, ha producido una progresiva pérdida de racionalidad del bien, en dirección del subjetivismo de los valores<sup>123</sup>, por otra parte es precisamente esta colonización científica de la realidad la que dispara una renovada necesidad de ética, si es verdad -como afirma Jonas- que el sentido normativo no ha quedado destruido.

«Dado que la ética tiene que ver con las acciones, seguidamente habremos de afirmar que la modificada naturaleza de las acciones humanas exige un cambio también en la ética»<sup>124</sup>. Esta transformación de la ética pasa por la mutada relación entre saber y poder. Si en la ética tradicional, en efecto, las acciones de las que estaba llamado a rendir cuentas eran aquellas en nuestro *poder*, cuyos efectos eran conocidos, por tanto objeto de un saber pronosticable, en la ética de la civilización tecnológica la imprevisibilidad de los efectos de las acciones del Prometeo «definitivamente desencadenado»<sup>125</sup> obliga a reconstruir la ética en torno al principio de responsabilidad. Fundado en la evidencia arquetípica de la responsabilidad de los progenitores – por tanto inculcado por la naturaleza<sup>126</sup>, desmintiendo parcialmente la inderivabilidad del deber ser del ser- lo cual impone un comportamiento prudente frente un *poder* siempre mayor desligado de un *saber* en cuanto a los efectos. Ello con

<sup>121</sup> Así también PORTINARO, en *Introduzione* a la edición italiana de *Il principio responsabilità* (H. Jonas, *Il principio responsabilità. Un'etica per la civiltà tecnologica*, Einaudi 2002).

<sup>122</sup> JONAS, H., *Técnica, medicina y ética*, cit., p. 112.

<sup>123</sup> Así el propio Apel, que aunque ha tomado distancia del intento de un retorno de la metafísica. K.-O. Apel, *Etica della comunicazione*, Jaca Book, Milán, 1992, pp. 17 y ss. Sobre el pensamiento de Apel, también en referencia al fenómeno jurídico, véase PUNZI, A., *Discorsopattodiritto. La comunitàragiustizia e consenso nelpensiero di K.-O. APEL*, Giuffrè, Milán, 1996.

<sup>124</sup> JONAS, H., *El principio de responsabilidad*, cit., p. 23.

<sup>125</sup> *Ivi*, p. 15.

<sup>126</sup> *Ivi*, p. 83.

la finalidad de asegurar que la humanidad continúe existiendo -porque la vida se pronuncia por la vida-, y que existe tal y como es, so pena de «la posterior servidumbre de los vivos fuente a los muertos»<sup>127</sup>.

Como es sabido Jonas introduce el tema de la ingeniería genética en el *Principio Responsabilità*, destinando a un trabajo posterior -que ponga de relieve las implicaciones prácticas del principio de responsabilidad- el desarrollo de una más detallada ética biotecnológica. En *Técnica medicina y ética*, en efecto, Jonas afronta más ampliamente el problema, planteándose una cuestión no insignificante: qué derecho tiene el hombre para predeterminar hombres futuros y qué saber lo autoriza a ejercer este derecho.

Es cierto, no todas las formas de "predeterminación" son adscribibles a prácticas de eugenesia positiva, por tanto de programación activa de la especie. En el caso de progenitores diabéticos, de hecho, Jonas sostiene que para evitar sufrimientos futuros a los descendientes podría pedírseles a ellos renunciar a la procreación, argumentando que las posibilidades procreativas actuales son el resultado de una institución cultural -la medicina- que ha permitido a los diabéticos sobrevivir hasta la edad reproductiva. En este caso la abstención de procrear estaría justificada, siempre que no fuera impuesta, por razones compasivas.

Distinto es el caso de los portadores recesivos, para los cuales cualquier intervención dirigida a impedir la transmisión del gen a los descendientes concretaría un caso de eugenesia positiva, por tanto a evitar en pro de la cautela según la cual «será nuestro primer mandato moral»<sup>128</sup>. Es claro por tanto que para Jonas cualquier intento de incidir sobre la transmisión hereditaria de patologías a través de las biotecnologías constituye siempre una forma de eugenesia positiva, en la medida en la que hay establecido un parámetro de normalidad, al cual las intervenciones biotecnológicas sobre la reproducción deben tender, que en buena sustancia reproduce la ideología del progreso de la especie. Las intervenciones mejorativas, entonces -y este es el argumento de mayor novedad presentado por el filósofo alemán-, desde el momento que despliegan sus efectos sobre generaciones futuras, obligan a una conducta responsable: la cautela inicial invocada se transforma en una

---

<sup>127</sup> JONAS, H., *Técnica, medicina y ética*, cit., p. 113.

<sup>128</sup> *Ivi*, p. 109.

total inhibición de cualquier intervención manipulativa de la identidad biológica de los futuros sujetos, y esto porque ellos no podrán pedir cuentas por las acciones realizadas por las generaciones precedentes.

El concepto de responsabilidad viene así empujado más allá de los límites de su horizonte semántico. El deber de responder con independencia de la futura interpelación (*rectius*: en razón de la imposibilidad de interpelación) genera una paradoja de la cual es difícil emanciparse. Bien visto cualquier acción, pero también cualquier omisión, de la generación precedente produce efectos no previsibles sobre la generación sucesiva, de que no podrá hacerse responsable -en el sentido de "imputable" – a la generación que la ha precedido. Con este propósito vale la pena recordar la posición de Paul Ricoeur, que desde hace tiempo se ha preguntado en relación con las nuevas cuestiones sobre el concepto de responsabilidad, identificando precisamente en la imputabilidad el límite de esta "fuga hacia delante" de la responsabilidad con las generaciones futuras<sup>129</sup>.

Pero el argumento de Jonas se revela difícil de sostener también partiendo de sus premisas ontológicas. Si es aceptable la invitación a la cautela por aquellas actividades que amenazan la supervivencia del hombre sobre la tierra, más difícil es sostener que sea justo evitar todo aquello que pueda alterar la imagen del hombre tal y como es. (La cuestión abierta es si una visión antropológica puede ejercitar una pretensión normativa sin la referencia fundacional a la *imago dei*). El resultado, más que una violación de la ley de Hume, sería el de incurrir en una *petitioprincipii*, que asume como dato apromblemático la naturaleza humana.

La misma dificultad conceptual es visible en otra autorizada propuesta teórica, la de Habermas, que ambienta sus reflexiones sobre la genética liberal en la sociedad post-metafísica. Frente a la posibilidad de incidir sobre el patrimonio genético del

---

<sup>129</sup> «Entre la fuite devant la responsabilité et ses conséquences et l'inflation d'une responsabilité infinie, il faut trouver la juste mesure et ne pas laisser le principe-responsabilité dériver loin du concept initial d'imputabilité et de son obligation de réparer ou de subir la peine, dans les limites d'un rapport de proximité local et temporelle entre les circonstances de l'action et ses effets éventuels de nuisance». RICOEUR, P., *Parcours de la reconnaissance*, Gallimard, Paris, 2005, p. 177.

nasciturus, en efecto, el riesgo es que «se desvanece la frontera entre la naturaleza que “somos” y la dotación que nos “damos”»<sup>130</sup>.

Es cierto, la cuestión que Habermas adapta de Kolleck -«si es compatible con la dignidad de la vida humana ser engendrado con reservas y sólo ser declarado digno de existir y desarrollarse después de un examen genético»<sup>131</sup> – debe ser tomada en serio.

Se puede compartir el haber emancipado el discurso filosófico sobre embriones de la polémica sobre el estatuto ontológico de la vida prenatal, para proyectarlo sobre el terreno de la ética -entendida como vida buena- y de la antropología<sup>132</sup>. Aquello que se pregunta Habermas, en un texto muy comentado y desde el título elocuente - “¿Hacia una eugenesia liberal?”- es si la asunción de la decisión de elegir los embriones "sanos", descartando aquellos afectados por patologías genéticamente transmisibles, no va a empeñar la contingencia hasta ahora indisponible del proceso de fecundación. El resultado de una aproximación liberal a la genética, por tanto, correría el riesgo de alterar el concepto de autonomía, que funda la propia ideología liberal:

¿Podemos contemplar la autotransformación genética de la especie como un incremento de la autonomía particular o estamos socavando con ello la autocomprensión normativa de personas que guían su propia vida y se muestran recíprocamente el mismo respeto?<sup>133</sup>

Es éste el célebre argumento usado por Habermas para presentarse contra la eugenesia liberal. La programación genética, así, alteraría la autocomprensión ética de la especie, «de la que dependa si podemos continuar comprendiéndonos a nosotros

---

<sup>130</sup> HABERMAS, J., *El futuro de la naturaleza humana ¿Hacia una eugenesia liberal?*, Barcelona, Paidós Ibérica, 2002, p. 24.

<sup>131</sup> *Ivi*, p. 34.

<sup>132</sup> Por una parte, bajo las condiciones del pluralismo cosmovisivo, no podemos conceder al embrión “desde el comienzo” la protección absoluta de su vida, protección de la que si disfrutaban las personas portadoras de derechos fundamentales. Por otra parte, tenemos la intuición de que no puede disponerse de la vida humana prepersonal para convertirla en un bien sometido a la competencia. *Ivi*, p. 63.

<sup>133</sup> *Ivi*, p. 45.

mismos como autores indivisos de nuestra biografía y reconociéndonos los unos a los otros como personas que actúan autónomamente»<sup>134</sup>.

También en este caso una ampliación de las mallas conceptuales de la responsabilidad conduce a las generaciones futuras, que podrían imputar a sus propios padres el resultado no compartido de la programación genética. Por lo demás, subraya oportunamente Habermas, las ambiguas implicaciones del conocido derecho a nacer sano que serían un paso decisivo en esta dirección<sup>135</sup>. Si para Jonas era la asimetría generada por la vulnerabilidad de un parte -las generaciones futuras- la que volvía a perimetrar el concepto de responsabilidad (modelado por lo demás sobre la relación asimétrica por excelencia, la de los progenitores), aquí es la imposibilidad de la responsabilidad -entendida en sentido "tradicional"- la que requiere una abstención. Los sujetos genéticamente programados se encontrarían ante la imposibilidad de reestablecer aquella simetría de la responsabilidad que para Habermas funda las relaciones entre iguales. A quien se encontrara en esa posición, por tanto, no quedaría otra que la alternativa entre el resentimiento y el fatalismo.

Pero precedente a cualquier posible valoración de los resultados de esta programación es la incidencia de la misma sobre la posibilidad de ser ellos mismos.

Es ante todo con respecto este "poder ser sí mismo" que "la intención ajena" que se introduce en nuestra biografía con el programa genético, podría representar un factor perturbador: para poder ser sí mismo, también es necesario que la persona esté en su propio cuerpo, por así decir, como en casa<sup>136</sup>.

De ello Habermas hace derivar un verdadero y propio derecho a una genética en la que no se haya intervenido artificialmente.

---

<sup>134</sup> *Ivi*, p. 41.

<sup>135</sup> *Ivi*, p. 26. La referencia es al conocido *affaire Perruche*, en el que el daño reconocido por la Corte de Casación francés por la falta de diagnóstico de la rubéola de la madre, que había causado graves deficiencias al niño nacido, ha hecho hablar del derecho a "no nacer" o a "nacer sano". La decisión de puede encontrar en la siguiente dirección web:

<http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007041543&fastReqId=1509150645&fastPos=1>.

<sup>136</sup> *Ivi*, p. 80.

Esto nos devuelve a la perplejidad antes presentada en relación con la concepción aparentemente aproblemática de la naturaleza humana, que para Habermas parecería en cualquier caso preferible a la artificialidad de la técnica<sup>137</sup>. El resultado de esta estrategia argumentativa sería inesperadamente homogéneo a aquella "normatividad de lo factual" frente a la cual el propio Habermas se había puesto en guardia<sup>138</sup>.

### III. LA REGULACIÓN JURÍDICA DE LA GENÉTICA

A pesar de la diversidad radical de las respectivas posiciones, las reflexiones de los dos filósofos alemanes comparten una cuestión que se revela central para el pensamiento jurídico, que sea necesario contraponer a la pretensión veraz de la ciencia una normatividad, jurídica o moral<sup>139</sup>.

Es cierto, el hecho de que se preserve una esfera normativa autónoma respecto al dominio epistemológico de la técnica no dice mucho sobre qué orden de reconocimiento -jurídico o moral- sea después el más adecuado (o el más eficaz) para llenar este espacio normativo. Si para Jonas el Derecho debería recuperar su matriz naturalista, incorporando un principio de responsabilidad metafísicamente fundado, para Habermas, que interviene en el seminario *Law, Philosophy and Social Theory* (organizado por Dworkin y Nagel), las prácticas eugenésicas estarían prohibidas en la medida que incidan en el estatus como sujeto de derecho, haciendo que decayera

---

<sup>137</sup> Así, entre los más recientes, VIDA, S., *Difendere la tecnica per non offenderel'uomo. Natura, tecnica e biopolitica da Montaigne a Sloterdijk*, en *Ragionpratica*, 44/2015, p. 216.

<sup>138</sup> HABERMAS, J., *El futuro de la naturaleza humana*, cit., p. 20 ita. En realidad Habermas vuelve sobre esta cuestión en un escrito de réplica a las críticas recibidas, afirmando -en respuesta a Dworkin- que la ilegitimidad de la programación genética fallaría en caso de auto-manipulación. Esto porque, en tal sentido, no lo es en nombre de una intangibilidad de la naturaleza humana por lo que se pronuncia contra la eugenesis liberal, sino por la pérdida de aquella autocomprensión ética de género que permite a los participantes en el discurso racional acceder a los derechos. Ivi, p. 114.

<sup>139</sup> Es un tema -el de la relación entre normatividad jurídica y técnica- ampliamente debatido por juristas y filósofos italianos a finales del siglo diecinueve, y que llevó a la publicación de un diálogo especialmente fecundo entre Natalino Irti, maestro del Derecho civil, y Emanuele Severino, filósofo particularmente sensible en la aproximación heideggeriana a la técnica. IRTI, N. y SEVERINO, E., *Dialogo su diritto e tecnica*, Laterza, Roma-Bari, 2004.

aquella «autocomprensión moral que cabe esperar de todo miembro de una comunidad de derecho estructurada igualitaria y libremente»<sup>140</sup>.

Ambas propuestas, por tanto, confían al Derecho la tarea de prohibir alguna (o todas) las prácticas de ingeniería genética.

En el frente opuesto se señala la presencia de tendencias, especialmente radicadas en el debate filosófico-jurídico estadounidense, que sin embargo consideran del todo superfluo una intervención regulativa del fenómeno, exaltando las virtudes de una aproximación liberal a la genética<sup>141</sup>.

Pero, como el propio Habermas afirma, existe una diferencia fundamental entre la aproximación alemana -y más en general podría decirse "continental"- y la americana al tema de la regulación jurídica de la eugenesia<sup>142</sup>. Y ello porque si en Alemania el discurso se ha concentrado prevalentemente sobre el concepto de naturaleza, puesta en juego por el artificio de las biotecnologías, en los Estados Unidos el régimen de discurso más utilizado ha sido el de los derechos y de la justicia social.

Radicalizando las premisas del liberalismo clásico -que incluso Habermas trata de preservar, desde el momento en el que la indisponibilidad de la vida pre-natal se dirige a perpetuar la imagen del hombre autónomo y responsable propia del pensamiento liberal- los pensadores del área norteamericana consideran sentada la legitimidad de prácticas eugenésicas, que pueden presentar problemas normativos en la medida que su acceso no se garantiza a todos.

Y de hecho algunas de las posiciones homogéneas a esta aproximación consideran que el Derecho debería promover las técnicas eugenésicas para evitar un proceso de optimización parcial del género humano, que beneficiaría, en el estado

---

<sup>140</sup> HABERMAS, J., *El futuro de la naturaleza*, cit., p. 104.

<sup>141</sup> *Ex multis*, AGAR, N., *Liberal Eugenics: In Defence of Human Enhancement*, Blackwell, Oxford 2004; En Europa, el argumento análogo (con diferencias sustanciales de enfoque filosófico) ha sido sostenido por SLOTERDIK, P., *Normas para el parque humano*, Ediciones Siruela, Madrid, 2000.

<sup>142</sup> HABERMAS, J., *El futuro de la naturaleza*, cit., pp. 101-102.

actual, sólo a aquellos sujetos económicamente aventajados que viven en países en los que estas prácticas se permiten<sup>143</sup>.

Recientemente, sin embargo, el propio Michael Sandel se ha expresado contra la ingeniería genética y el resultado deshumanizador al que conduce en la sociedad americana esta práctica<sup>144</sup>. También Sandel proyecta sobre el terreno de la responsabilidad los efectos discursivos de la programación genética, que, para el filósofo americano, conducirían a una hiper-responsabilización de los individuos, cuyas acciones ya no serían el producto accidental de la lotería genética, sino el resultado intencional de una programación<sup>145</sup>.

Está claro que la paradoja de un individualismo libertario, que en nombre de una abstracta idea de libertad termina por desmentir sus premisas, es real.

Sin embargo, no en la forma imaginada por Habermas. Las críticas producidas en el curso del seminario de Nagel y otros no parecen de hecho haber sido refutadas por sus réplicas: es extremadamente contraintuitivo pensar que de la programación genética puede derivar una dependencia percibida subjetivamente, y que esto pueda determinar una eventual actitud cosificante del sujeto programado.

Habermas termina por hacer depender el proceso de un prerrequisito mental, la responsabilidad por el propio destino, recreditando la imagen de individuo absolutamente libre y autónomo que parece hoy cada vez más en crisis<sup>146</sup>.

Más bien, otro es el argumento crítico que parece más convincente, y que proviene precisamente del reconocimiento de la crisis del individualismo propietario, y

---

<sup>143</sup> SAKURAI, T., *Should Society Guarantee Individuals the Right to Maintain "Normal Functioning"? A Genetic Minimalistic Approach in a Globalized World*, en ALBERS, M., HOFFMANN y T., REINHARDT, J. (eds.), *Human Rights and Human Nature*, pp. 217 y ss.

<sup>144</sup> SANDEL, M.J., *The Case against Perfection. Ethics in the Age of Genetic Engineering*, Harvard University Press, Cambridge-London, 2007.

<sup>145</sup> *Ivi*, pp. 88 y ss.

<sup>146</sup> Más fácil de compartir parece una idea de libertad que se construye a partir de condiciones de partida dadas, de aquel involuntario que en la reflexión de Paul Ricoeur se convertirá después en la fijeza del *idem*, en diálogo con la identidad instituida de la individualidad. RICOEUR, P., *Soimême comme un autre*, Seuil, Paris 1995, pp. 11 e ss.

de la *vis expansiva* de los derechos -insaciables en la feliz formulación de Anna Pintore<sup>147</sup>- que hace aparecer sin fuerza cada nueva reivindicación<sup>148</sup>.

Y, sin embargo, aunque se comparta la preocupación de aquellos que consideran que el reconocimiento de otros derechos, conocidos como procreativos, abra una falla en la teoría de los derechos, ya en crisis, parece oportuno colocar el tema del acceso a la reproducción médicamente asistida en la compleja relación entre saber jurídico y saber científico.

Ante una naturaleza cada vez más manipulable y menos gobernable en sus leyes, el horror del vacío exige ser colmado por leyes de los hombres<sup>149</sup>, en el temor -fundado- de que echarse atrás del Derecho permita la reexpansión de otras pretensiones normativas<sup>150</sup>. Parece por ello ausplicable que el Derecho asuma la responsabilidad de reafirmar la autonomía de la razón jurídica no tanto metiendo fuera de juego prácticas biotecnológicas poco gobernables, convirtiendo un nacimiento en "ilegal", sino predisponiendo formas de tutela y de reconocimiento.

Una propuesta teórica, que intenta aunar la conciencia de esta crisis -reconocida- y la necesidad de que las luchas por los derechos no queden encubiertas en una resignación conservadora, podría ser la de declinar en términos no abstractamente formales el tema de los conocidos como derechos reproductivos y del diagnóstico pre-implantacional (que debe unirse a estos y no a finalidades eugenésicas).

«Non nell'astrazione delle dichiarazioni dei diritti» -en las lúcidas palabras de Stefano Rodotà- «manella concretezza dei percorsi di vita, scopriamo l'emergere di una universalità non imposta, mascoperta, costruita attraverso comportamenti»<sup>151</sup>, que

<sup>147</sup> PINTORE, A., *Diritti insaziabili*, in *Teoriapolitica*, 2, 2000, pp. 3-20.

<sup>148</sup> RICCOBONO, F., *I diritti umani della quarta generazione*, en Id., *Soggetto Persona Diritti*, Terzo Millennio, Nápoles, 1999, pp. 97 y ss. Sobre el derecho a disponer de sí, y su problemática inscripción en la trama propietaria de los derechos, véase MARZOCCO, V., *'Dominium sui'. Il corpo tra proprietà e personalità*, Editoriale Scientifica, Nápoles, 2012, en particular pp. 123 y ss.

<sup>149</sup> RODOTÀ, S., *La vita e le regole. Tradirritto e non diritto*, Feltrinelli, Milán, 2006, p. 15.

<sup>150</sup> *Ivi*, p. 20.

<sup>151</sup> *Ivi*, p. 58.

deberían empujar al legislador a preguntarse sobre las razones del turismo de derechos, sobre todo reproductivos. Las razones de los individuos, en la medida que no se traduzcan en desprecio y comercialización de la vida<sup>152</sup>, deberían orientarse hacia formas de regulación jurídica de la vida "de compatibilidad" y no "de supremacía", que permitan la convivencia de distintos valores<sup>153</sup>, sin decretar una mera subordinación a la razón científica.

---

<sup>152</sup> *Ivi*, p. 59.

<sup>153</sup> *Ivi*, p. 58.