

EL CUERPO COMO MÁQUINA.
CONSIDERACIONES SOBRE
LA MATERNIDAD SUBROGADA

TOMMASO GRECO

Departamento de Derecho-Universidad de Pisa

Su padre no era su padre
y su madre no era su madre.

T. MANN, *La ley*

Lo que el hombre ha unido
la naturaleza es incapaz de dividir.

A. HUXLEY, *Un mundo feliz*

RESUMEN: Para comprender completamente la lógica de la maternidad subrogada es necesario redescubrir dos lugares cruciales del pensamiento moderno: el principio de autonomía y el proceso de mecanización del cuerpo humano, significativamente conjugados dentro de la perspectiva contractualista. Sus significados y sus consecuencias se reconstruyen aquí con el fin de definir los perfiles críticos relacionados con la práctica de la subrogación.

RIASSUNTO: Per comprendere appieno la logica della maternità surrogata occorre riscoprire due luoghi cruciali del pensiero moderno: il principio di *autonomia* e il processo di *macchinizzazione* del corpo umano, significativamente coniugati

all'interno della prospettiva contrattualistica. Di essi vengono ricostruiti il significato e le conseguenze, ai fini di una definizione dei profili critici relativi alla pratica della surrogazione.

ABSTRACT: To better understand the logic of surrogate motherhood, it is necessary to reexamine two important areas of modern thought: the principle of autonomy and the process of mechanization of the human body, both of which were significantly combined within the contractual perspective. The meaning and consequences of this combination are reconstructed with the goal of delineating the critical contours of the practice of surrogacy.

PALABRAS CLAVE: Autonomía, cuerpo humano, maquinismo, maternidad subrogada, vulnerabilidad.

PAROLE CHIAVE: Autonomia, corpo umano, macchinizzazione, fecondazione eterologa, vulnerabilità.

KEY WORDS: Autonomy, human body, mechanization, surrogate motherhood, vulnerability.

I. EL CUERPO EN CUESTIÓN

1. Premisa

¡Cuán distantes son los tiempos en que el difunto Mattia Pascal se quejó de que uno no podía elegir la nariz, los ojos u otras partes de la persona!¹ Ha pasado poco más de un siglo desde entonces y el mundo en que vivimos parece haber revertido aquella creencia.

Pero entonces: ¿estaba justificada la queja del personaje pirandelliano? ¿Era el cuerpo del hombre realmente tan 'inmóvil', inmutable, como el creía o insinuaba? *Frankenstein* de Mary Shelley se había publicado en 1818, el mismo año del discurso de Benjamin Constant sobre la libertad de los modernos en comparación con la de los

¹ Vid. L. Pirandello, *Il fu Mattia Pascal* (1904), en *Tutti i romanzi*, ed. por G. Macchia, vol. I, p. 334.

antiguos, y ya hablaba de la libertad del futuro más lejano: la libertad del hombre que ya no es (solo) hombre. ¿Y en el siglo anterior, Julien de La Mettrie (1709-1751) en su *El hombre máquina* (1747) no había afirmado que «el cuerpo es solo un reloj», acusando de «hablar como un fanático y no un filósofo» a alguien que no compartió su visión?²

Todo esto, solo para decir que muchos de los problemas éticos y legales de los que hoy hablamos tienen un fondo filosófico que puede ser útil investigar, y que de hecho no se puede ignorar: en primer lugar, no solo porque en general estos problemas tienen la capacidad de impulsar al llamado "el hombre de la calle" para hacer reflexiones éticas y filosóficas apropiadas e inevitables;³ y en segundo lugar, más específicamente, porque el plano en el que surge la maternidad subrogada es diferente de muchos de los otros problemas bioéticos: mientras estos últimos están firmemente arraigados en el terreno en el que el dolor humano llama al Derecho a intervenir, en el caso de la maternidad subrogada la conexión entre el Derecho y el dolor parece decididamente más tenue.⁴ Más bien, surgen otros tipos de conexiones, que colocan a la maternidad subrogada en otros terrenos, cuya composición parece apropiado profundizar.

Por lo tanto, nos centraremos inicialmente en dos asuntos principales que parecen estar directamente in-

² J.O. de la Mettrie, *L'uomo macchina* (1747), en *Opere filosofiche*, ed. por S. Moravia, Laterza, Bari 1974, p. 222 e 223.

³ Dando razón a Habermas, quien escribe que «hoy también el público de los ciudadanos se ve obligado a enfrentar problemas cuya relevancia moral va mucho más allá de la sustancia de los problemas políticos tradicionales» (*Il futuro della natura umana. I rischi di una genetica liberale* [2002], ed. por L. Ceppa, Einaudi, Torino 2010, p. 19).

⁴ Traté este tema en T. Greco, *Dal dolore alla giustizia. Strategie di risposta tra carità e diritto*, in *Diritto in trasformazione. Questioni di filosofia giuridica*, ed. por Vincenzo Omaggio, Editoriale Scientifica, Napoli 2005, pp. 407-440.

volucrados cuando tratamos el tema de la maternidad subrogada y cuyos fundamentos y límites trataremos de investigar en el área específica que nos concierne: el tema de la *autonomía* y de la libertad del sujeto, por un lado; la cuestión de la *concepción mecánica del cuerpo humano*, por otro lado. Las dos cuestiones se encuentran y se superponen cuando surge el problema, filosófico o jurídico, del *estatus* del cuerpo humano⁵ y su instrumentalización para fines que son alcanzables (solo) gracias al progreso de la técnica y de la medicina.

Si la idea de autonomía aparece en su "evidencia cegadora" (pero no sin problemas)⁶ la reflexión sobre un principio menos obvio como el de la mecanización del cuerpo no parece demasiado excéntrico. Muchas de las adquisiciones de la medicina reciente ni siquiera serían concebibles en ausencia de una percepción del cuerpo humano como algo que pueda ser manipulado, reemplazado en algunas de sus partes y, sobre todo, en nuestro caso, "explotable" en algunas de sus funciones sin que esto implica consecuencias que afectan el sistema de vida completo de una persona. Sin la convicción más o menos consciente de que el cuerpo es una máquina, por

⁵ Algunas referencias en la literatura: M.C. Tallacchini, *Habeas corpus? Il corpo umano tra non-commerciabilità e brevettabilità*, en «Bioetica», 1998, 531 ss.; P. Zatti, *Il corpo e la nebulosa dell'appartenenza*, «Nuova Giurisprudenza Civile Commentata», 2007, parte seconda, p. 1 ss.; S. Rodotà, *Ipotesi sul corpo «giuridificato»*, en «Rivista critica di diritto privato», 1994, 467 ss.; M. Parisoli, *Il corpo tra diritto e diritti*, en «Materiali per una storia della cultura giuridica», 1999, 527 ss.; L. Palazzani, *Corpo e persona: i percorsi filosofici della bioetica e della biogiuridica*, en F. D'Agostino (ed.), *Il corpo deformato, nuovi percorsi dell'identità personale*, Giuffrè, 2002; J.-P. Baud, *Il caso della mano rubata. Una storia giuridica del corpo*, ed. por C. Mazzoni, Giuffrè, 2003, 113 ss.; D. Canale, *Il diritto pubblico interiore. La giurisdizione dello Stato nello spazio bio-giuridico dell'individuo*, en «Rivista critica di diritto privato», 1998, 89 ss.

⁶ M. Charlesworth, *L'etica della vita. I dilemmi della bioetica in una società liberale*, tr. it. di G. Gozzini, Donzelli, Roma 1996, p. 3.

complicada que sea,⁷ y que, por lo tanto, puede servir como instrumento,⁸ no cabría pensar que una mujer, que lleva una nueva vida en su útero, no podría ser considerada su madre.⁹

2. La autonomía y sus límites

El principio de autonomía en la gestión del cuerpo está bien presente en el sistema jurídico italiano. El artículo 5 del Código Civil incorpora una filosofía básica, que es la de la disponibilidad general del cuerpo, excepto para los casos contrarios a la ley, al orden público y la moral, y excluyendo los actos de disposición que causan «disminución permanente de la integridad física».¹⁰ ¿De dónde viene una regla como ésta, que fue aprobada en una época, la del fascismo, en la que no quedaba demasiado espacio para la autodeterminación de la persona? ¿Qué 'fuerza' reguladora la impuso a las conciencias y al legislador, si no una serie de convicciones arraigadas en la conciencia de los hombres?

⁷ «Con setenta y ocho órganos, doscientos seis huesos y seiscientos cuarenta músculos, sin mencionar los aproximadamente veinticinco mil genes, nuestros cuerpos son máquinas complicadas» (A. Ross, *Il nostro futuro. Come affrontare il mondo dei prossimi vent'anni*, Feltrinelli, Milano 2016, p. 99).

⁸ La larga y poco edificante historia de los sujetos que han sido utilizados como 'herramientas' es reconstruida en el último trabajo de R. Bodei, *Domínio e sottomissione. Schiavi, animali, macchine, Intelligenza Artificiale*, Il Mulino, Bologna 2019.

⁹ Vid. C.S. Guerzoni, *Loro lo fanno, io lo cucino. Gravidanza, maternità e filiazione nel contesto della surrogacy gestazionale statunitense*, en «Etnografia e ricerca qualitativa», n. 3, 2018, pp. 427-447.

¹⁰ Como señala Romboli, con el art. 5 «se afirma el principio de la legitimidad de los actos de disposición del cuerpo y, por lo tanto, de la disponibilidad del cuerpo y la integridad física del sujeto, a menos que se excedan ciertos límites», sin que la «redacción del artículo [...] en términos de prohibición» sea un obstáculo para este resultado (R. Romboli, *La libertà di disporre del proprio corpo*, Zanichelli, Bologna 1988, p. 228).

Antes de insistir en este punto, debe tenerse en cuenta que la misma fuerza reguladora llevó en los años siguientes a abolir las limitaciones previstas en 1942, en nombre de una disponibilidad cada vez más amplia: con la ley del 26 de junio de 1967 n. 458 sobre la donación de riñones, cuyos efectos se extienden, por primera vez por la ley n. 483 del 16 de diciembre de 1999, que permite la donación gratuita de parte del hígado, y una segunda vez, con la ley n. 167 del 19 de septiembre de 2012, que permite la donación parcial de pulmón, páncreas e intestino. Desde un punto de vista, indudablemente, se trataba de repensar la filosofía 'propietaria' del código a la luz de la Constitución,¹¹ que en el art. 32 establece «la primacía de las elecciones personales con respecto a la salud individual», y también presupone «una primacía similar con respecto a la ayuda fraterna para la salud de los demás»;¹² pero, sobre todo, impone un concepto integral de la persona humana, en el que la relación con el cuerpo se reconfigura en términos de dignidad en lugar de propiedad.¹³ Pero, desde otro punto de vista, se puede decir que, incluso en las discontinuidades que se pueden revelar en el nivel de la filosofía jurídica

¹¹ U. Breccia e A. Pizzorusso hablan de la "disposición del propio cuerpo" como «ejercicio de una facultad inherente al contenido de un derecho sobre un "nuestro" objeto, en el sentido más fuerte y original de la idea misma de "pertenecer" como *dominium sui*, y por lo tanto como la base de cualquier otro *dominium*» (*Presentazione*, en U. Breccia e A. Pizzorusso, *Atti di disposizione del proprio corpo*, ed. por R. Romboli, Edizioni Plus, Pisa 2007, p. 22).

¹² *Ibid.*, p. 17.

¹³ Vid. Romboli, *La libertà di disporre del proprio corpo*, cit., p. 229. Para una amplia investigación filosófica, histórica y legal de los diferentes estatutos del cuerpo, vid. V. Marzocco, 'Dominium sui'. *Il corpo tra proprietà e personalità*, Editoriale Scientifica, Napoli 2012, junto a S. Zullo, *Proprietà di sé e giuridificazione del corpo. Spunti per una rilettura critica*, in S. Salardi, M. Saporiti (eds.), *Le tecnologie 'moralì' emergenti e le sfide etico-giuridiche delle nuove soggettività*, Giappichelli, Torino 2020, pp. 75-89.

que fundamenta las diferentes disposiciones reguladoras (una "libertad" en lugar de un "poder")¹⁴ en el caso de la norma constitucional se trataba de continuar una historia que comenzó hace algún tiempo, confirmando y ampliando los espacios de decisión que cada sujeto tiene en su propio cuerpo y en su propia salud. Una historia que evidentemente continúa, como lo confirma el hecho de que recientemente, no solo las discusiones y creencias de la opinión pública, sino también la legislación, han ido en la dirección de una adquisición por parte del sujeto de la (más o menos) plena disponibilidad del propio cuerpo, como una especificación de una disponibilidad más general de la vida. La Ley 219 de 2017 que dicta "Reglas sobre el consentimiento informado y las disposiciones de tratamiento anticipado" es un testimonio de eso.

Ya que, sin embargo, «en nuestro sistema legal no existen índices que establezcan el sentido de un reconocimiento integral del principio de autodeterminación»,¹⁵ en virtud del art. 5 del Código Civil y del art. 32 de la Constitución,¹⁶ una reflexión sobre los fundamentos filosóficos de este camino puede ser útil sobre todo con el propósito de una posición correcta de la cuestión de los límites que eventualmente se pondrán a tal adquisición en los tiempos que vivimos.

La disponibilidad del propio cuerpo es, por lo tanto, una adquisición que tiene a sus espaldas, o en su base, el

¹⁴ Vid. Romboli, *La libertà di disporre del proprio corpo*, cit., p. 232. Una libertad que es 'positiva' y 'negativa' (*ibid.*, p. 236-7).

¹⁵ Como Romboli también reconoce, «esta libertad ciertamente no es ilimitada, sino que encuentra límites establecidos implícitamente o explícitamente, que en cualquier caso son la expresión de valores constitucionales que se consideran prevalentes» (*ibid.*, p. 237).

¹⁶ Vid. L. Balestra, *Efficacia del testamento biologico e ruolo del medico*, en Aa.Vv., *Testamento biologico. Riflessioni di dieci giuristi*, prefación de U. Veronesi, Il Sole 24 Ore - Umberto Veronesi Foundation, Milano 2005, p. 93.

principio de plena *autonomía* del sujeto:¹⁷ el principio cardinal de la filosofía moderna que, a partir del siglo XVII, está en el origen de todos los procesos de emancipación y, al mismo tiempo, de legitimación del poder. De hecho, solo el consentimiento del individuo, libre e igual por naturaleza, puede dar fundamento al poder político y legal. La libertad individual y el poder del Estado, en lugar de ser las banderas de dos frentes opuestos, en realidad forman los dos lados de la misma medalla.

En primer lugar, debe hacerse una aclaración: la referencia a la autonomía debe entenderse aquí en un sentido diferente y, sobre todo, menos exigente, en comparación con lo que Immanuel Kant refirió cuando lo convirtió en el principio absoluto de la moralidad. Aquí no se trata de una voluntad que se determina independientemente de cualquier condicionamiento interno (el que deriva de los deseos) como lo fue precisamente para Kant; sino simplemente de una voluntad que está libre de influencias externas, sobre todo derivadas de restricciones sociales y políticas. En otras palabras, lo que surge en los casos que nos preocupan no es el libre albedrío entendido de manera absoluta, sino la libertad de la voluntad entendida en un sentido relativo, como independiente del «poder que la sociedad puede ejercer legíti-

¹⁷ Para una introducción al tema vid. E. F. Paul-F.D. Miller, Jr-J. Paul (eds.), *Autonomy*, Cambridge 2003; J.S. Taylor (ed.), *Personal Autonomy. New Essays on Personal Autonomy and Its Role in Contemporary Moral Philosophy*, Cambridge 2005. Un examen teórico, luego desarrollado también a la vista de preguntas prácticas, en particular de bioética, es el de G. Dworkin, *The Theory and Practice of Autonomy*, Cambridge University Press, Cambridge 1988. Los diferentes significados de autonomía relevantes desde un punto de vista bioético son presentados por M. Lalatta Costerbosa, *Una bioetica degli argomenti*, Torino 2012 (cap II: "Autonomia/autonomie"). Con respecto a las relaciones de cuidado, vid. A. Leist, *Autonomia e giustizia*, en S. Rodotà (ed.), *Questioni di bioetica*, Laterza, Roma-Bari 1993, pp. 19-27.

mamente sobre el individuo»,¹⁸ por retomar las palabras que John Stuart Mill escribió en la apertura de un ensayo al que siempre se debe hacer referencia cuando se trata de cuestiones relacionadas con la libertad del sujeto y el poder que puede limitarlo. Ciertamente, aquí se trata de la libertad de la que habla la tradición liberal, que entiende la libertad como *no impedimento*;¹⁹ pero es bastante evidente que también entran en juego otros significados del mismo término,²⁰ a partir de la *ausencia de dominio* sobre la cual la tradición republicana ha llamado nuestra atención,²¹ y que aquí asume un papel eminente. Porque no solo se trata de garantizar que los sujetos puedan hacer cualquier cosa sin que se les impida hacerlo, sino que también se trata —y quizás sobre todo— de asegurarse de que hagan lo que quieran en ausencia de restricciones y limitaciones que en la sociedad surgen continuamente y en formas constantemente renovadas. Si se desea limitar «la interferencia de la crueldad física y moral, de la explotación, de la opresión por parte de otros seres»²² es necesario tener una visión lo más amplia posible y, sobre todo, libre de prejuicios.

¹⁸ J.S. Mill, *Saggio sulla libertà* (1861), tr. it. Il Saggiatore, Milano 1980, p. 23.

¹⁹ Dos referencias clásicas: N. Bobbio, *Della libertà dei moderni comparata con quella dei posteri* (1954), en *Politica e cultura*, Einaudi, Torino 1955; I. Berlin, *Due concetti di libertà* (1958), en, *Libertà*, Feltrinelli, Milano 2010.

²⁰ Sobre los diferentes conceptos de libertad, vid. A. Andronico, *Libertà. La legge come misura*, in A. Andronico, T. Greco, F. Macioce (eds.), *Dimensioni del diritto*, Giappichelli, Torino 2019, 115 ss; M. Barberis, *Libertà*, Il Mulino, Bologna 1999.

²¹ Vid. P. Pettit, *Il repubblicanesimo. Una teoria della libertà e del governo*, ed. por M. Geuna, Feltrinelli, Milano 2000; M. Viroli, *Repubblicanesimo*, Laterza, Roma-Bari 1999; Q. Skinner, *La libertà prima del liberalismo*, ed. por M. Geuna, Einaudi, Torino 2001.

²² S. Veca, *Due concetti di autonomia*, en *Cittadinanza. Riflessioni filosofiche sull'idea di emancipazione*, Milano 2008, p. 60.

Esta aclaración puede ayudar a explicar por qué, desde el principio, el reconocimiento de la autonomía no se logró sin buscar al mismo tiempo su límite. Si para la autonomía moral (entendida, por lo tanto, en un sentido absoluto) no es concebible ningún condicionamiento o limitación, sopena del fracaso de la autonomía misma, para la autonomía-independencia la referencia a las 'fronteras' que establecen su legitimidad es inevitable con respecto, por un lado, al posible condicionamiento que el sujeto puede sufrir en el desempeño de su acción, y por otro lado, a las consecuencias que el ejercicio de las prerrogativas de un sujeto tiene sobre la existencia y prerrogativas de otros individuos.²³ Ambos perfiles son relevantes, como es fácil de entender, en la cuestión de la maternidad subrogada. Porque se trata de comprender de un lado cuánto están realmente libres de cualquier condicionamiento todos los sujetos involucrados en la relación, como de otro cuánto el ejercicio de sus libertades por estas mismas personas condiciona la existencia de terceros, como por ejemplo el niño futuro, que no puede de ninguna manera, por razones obvias, expresar su opinión o afirmar sus intereses.

Por supuesto, tenemos que salir de la ilusión de que las evaluaciones relacionadas con estos perfiles pueden ser completamente "objetivas" y "científicas". Y, sin embargo, por complicado que pueda ser establecer hasta qué punto una voluntad individual es realmente libre o determinada por alguna causa externa a ella,²⁴ parece

²³ Una lectura estimulante relacionada con las formas en que la cultura jurídica ha construido límites a la autonomía individual es la de G. Cricenti, *Il sé e l'altro. Bioetica del diritto civile*, Ets, Pisa 2013, que destaca (y de alguna manera crítica) el hecho de que «los conceptos de dignidad o indisponibilidad» se han utilizado «con el propósito estratégico de compensar la falta de un principio capaz de fundar una obligación legal hacia uno mismo» (p. 15).

²⁴ Para una amplia discusión de los debates sobre estos temas, vid. L. Milazzo, *Liberi tutti? Alcune considerazioni su libero arbitrio e colpevolezza*, Giappichelli, Torino 2018.

completamente coherente con el valor de la libertad que ella puede encontrar límites,²⁵ precisamente en virtud de consideraciones generales relacionadas con la *posibilidad* de estos condicionantes. Como desde el principio ha aclarado la filosofía política moderna, pensar en el sujeto como totalmente libre significa pensar en él como totalmente sumiso. Es precisamente el poder moderno, basado en la voluntad autónoma de los sujetos, el que ha producido una sujeción sin precedentes de los individuos a la dinámica del poder.²⁶ Paradójicamente, por lo tanto, el espacio intocable de la libertad de los sujetos coincide con lo que ellos mismos no pueden enajenar de ninguna manera, como se evidencia también en la teoría de los derechos fundamentales de Luigi Ferrajoli, bien conocida también en los países latinoamericanos, en la cual los derechos fundamentales difieren de los derechos de propiedad por ser "no disponibles, inalienables, inviolables, intransigibles, muy personales".²⁷ Por lo tanto, podemos suscribir a lo que Fernando Savater escribió efectivamente, es decir, que «la primera y fundamental obra maestra de la libertad humana es la norma social, el modelo de nuestra colaboración y el contrato que garantiza la mutua protección».²⁸

²⁵ Como Remo Bodei escribió lúcidamente, «el hábito de reconocer y distinguir los límites es un [...] arte que debe ser cultivado y practicado con cuidado, dejándose guiar, al mismo tiempo, por un conocimiento adecuado de situaciones específicas, por un reflexivo juicio crítico y por un sentido de responsabilidad vigilante» (R. Bodei, *Limite*, Il Mulino, Bologna 2016, p. 121).

²⁶ Vid por ejemplo G. Duso (ed.), *Il potere. Per la storia della filosofia politica moderna*, Carocci, Roma 1999.

²⁷ L. Ferrajoli, *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, Laterza, Roma-Bari 2001, p. 15. Hay muchas obras en las que Ferrajoli ha desarrollado aún más su teoría, comenzando por la sistemática y poderosa *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, Laterza, Roma-Bari 2007.

²⁸ F. Savater, *Il coraggio di scegliere. Riflessioni sulla libertà*, Laterza, Roma-Bari 2004, p. 67.

A partir de estas adquisiciones, se trata de entender si deberían existir y cuáles son los límites que la autonomía individual puede encontrar en la cuestión de la maternidad subrogada, así como cuáles son las fuentes morales y legales de estos límites.

3. *El mecanismo del cuerpo*

Como se ha dicho, sin embargo, no está en juego aquí solo el principio de autonomía en sus diversas formas. Hay otra adquisición de la filosofía moderna que nos interesa, en relación con lo que podemos llamar la *visión mecanicista* del cuerpo humano.²⁹ La necesidad de hacer algunas referencias a este tema no surge del deseo de juzgar moralmente el nuevo enfoque de los problemas corporales. Surge, más bien, de la convicción de que es necesario tener todos los elementos para entender lo que parece ser un pasaje crucial, del cual solo la literatura de ficción, junto con el cine que la ha acompañada, ha logrado comprender el alcance y la esencia. En otras palabras, estamos tratando con un pasaje que determina fuertemente nuestro presente: uno de los capítulos de un volumen exitoso, muy atento en la descripción de los gérmenes del futuro, es (y no por casualidad) "El futuro de la máquina humana".³⁰

Sin lugar a dudas, a partir de una cierta época de la historia, ha cambiado la consideración del cuerpo humano. En un ensayo de 1936, Carl Schmitt atribuyó los orígenes de la visión mecanicista a Descartes. El jurista alemán escribió que Descartes «ya había revolucionado radicalmente todas las ideas sobre el hombre, precisamente al concebir el cuerpo humano como un mecanis-

mo»; una revolución considerada muy importante por Schmitt, tanto que consideró la mecanización del Estado a la que Hobbes llegaría más tarde como «secundaria» y con «implicaciones menores». ³¹ Se puede recordar en este punto que muchas sugerencias son anteriores al propio Descartes, y sería suficiente detenerse cuidadosamente para admirar las obras de pintores visionarios y extraordinarios como Hieronymus Bosch (1453-1516) o Giuseppe Arcimboldo (1526-1593) para encontrar múltiples certificaciones. Y del año 1543 es la obra de Andrea Vesalio (1514-1564), *De humani corporis fabrica*, un hito en la visión mecanicista del hombre.³²

El significado de esta 'revolución' se puede deducir de las primeras líneas del *Leviatán*: «¿Qué es en realidad el corazón sino un *resorte*; y los nervios qué son, sino diversas *fibras*; y las *articulaciones* sino varias ruedas que dan movimiento al cuerpo entero tal como el Artífice se lo propuso?» Si «la vida no es más que un movimiento de extremidades», y por lo tanto donde hay vida hay un mecanismo, parece completamente obvio, para Hobbes, que es válido también lo contrario, es decir, que donde hay mecanismo hay vida: de hecho, «¿por qué no podemos decir que todos los autómatas (máquinas autopulsadas por medio de resortes y ruedas, como un reloj) tienen una vida artificial?».³³ La correspondencia entre lo que tiene vida y lo que funciona como un mecanismo se establece una vez por todas. Si la vida puede entenderse a partir del mecanismo que la genera y la constituye, entonces al menos el atributo de la vida artificial puede atribuirse a cualquier mecanismo.

³¹ C. Schmitt, *Lo Stato come meccanismo in Hobbes e in Cartesio* (1936), en *Scritti su Thomas Hobbes*, ed. por Carlo Galli, Giuffrè, Milano 1986, p. 47.

³² Vid. S. Federici, *Calibano e la strega. Le donne, il corpo e l'accumulazione originaria*, Mimesis, Milano 2015, p. 200 de la edición en ebook.

³³ T. Hobbes, *Leviatano* (1651), introducción.

²⁹ Vid. A. Punzi, *L'ordine giuridico delle macchine. La Mettrie Helvétius D'Holbach. L'uomo macchina verso l'intelligenza collettiva*, Giappichelli, Torino 2003.

³⁰ Ross, *Il nostro futuro*, cit., p. 67 ss.

Recordar la revolución físico-mecánica y la visión mecanicista del hombre nos sirve para explicar la admisibilidad (moral antes que técnica) de la 'descomposición' del cuerpo humano y la intercambiabilidad de sus componentes,³⁴ pero, sobre todo, para los propósitos que nos aquí interesan, lo necesitamos para comprender la *usabilidad del cuerpo, propio y de otros, para lograr los propósitos definidos de forma autónoma y voluntaria por individuos que consienten*. En este sentido, la mecanización del cuerpo revela un vínculo aún más profundo con la civilización de las máquinas. El cuerpo se convierte en una especie de 'trabajador' al que se le pide que complete el trabajo objeto del contrato.³⁵

Una visión que aparece clara y explícitamente no solo en la posibilidad técnico-médica, sino también en la configuración legal de la maternidad subrogada. Se trata de comprender si esta visión puede ser coherente con un concepto, ya no 'propietario', sino integral y personalista del cuerpo, y sobre todo si no tiene efectos que el sistema legal debe contrastar en nombre de los valores que merecen el máximo cuidado y atención. Si no estamos tratando con 'cosas' sino con 'personas' ¿podemos aceptar, y en qué medida, los resultados más radicales de tal visión corporal?³⁶

4. Un tecnopoder desde abajo

Antes de descender al terreno concreto de la maternidad subrogada, no parece completamente inútil hacer

³⁴ Intercambiabilidad que ahora se destina a la producción de órganos animales que posteriormente pueden ser trasplantados en hombres. Vid. Ross, *Il nostro futuro*, cit., p. 87-90.

³⁵ Vid. G. Cazzetta, *Nell'età delle macchine. Artefici, operai, telegrafisti: diritto codificato e incertezze classificatorie dei giuristi*, en «Lavoro e diritto», 2018, n. 3, pp. 433-452.

³⁶ Vid. R. Esposito, *Le persone e le cose*, Einaudi, Torino 2014.

un balance a un nivel más general. Lo que, prima facie, podemos destacar, de esta manera, es el cambio que, en virtud de las dos pautas recién analizadas, autonomía y mecanización, deriva en la posición que el cuerpo asume en las relaciones de poder y en las relaciones legales.

Como Michel Foucault explicó insistentemente, el cuerpo está cada vez más sujeto a la manipulación, de la política y luego de las técnicas. El cuerpo «analizable» se convierte así en cuerpo «manipulable» a través de la noción de «docilidad»: es dócil «un cuerpo que puede ser sometido, que puede usarse, que puede transformarse y perfeccionarse».³⁷ Un signo y síntoma de esta nueva actitud es el hecho de que el sexo también se convierte en un tema del discurso público: «el comportamiento sexual de la población se considera simultáneamente como un objeto de análisis e intervención»; en resumen, el sexo se ha convertido en «una apuesta» entre el Estado y el individuo.³⁸ Pero se podría decir, no solo entre el Estado y el individuo, sino también entre los individuos.

La que Foucault ha llamado la *microfísica del poder* —una densa red de ejercicios de poder compuestos de prácticas minuciosas e invasivas que se ejercen de manera regular y sistemática—³⁹, de hecho no solo concierne a la transformación de los mecanismos del poder institucional y su relación con los sujetos, sino que puede extenderse a las relaciones entre sujetos 'privados': en este caso también podemos ver la afirmación de un poder que principalmente «administra la vida» y que «se ejercita positivamente en la vida»: «su papel principal es asegurar, apoyar, fortalecer, multiplicar la vida y ordenarla».⁴⁰ Un *biopoder*

³⁷ M. Foucault, *Sorvegliare e punire* (1975), Einaudi, Torino 1976, p. 148.

³⁸ M. Foucault, *La volontà di sapere. Storia della sessualità I* (1976), Feltrinelli, Milano 2005, p. 27 e 28.

³⁹ *Ibid.*, p. 43-44.

⁴⁰ *Ibid.*, p. 120, 121 y 122.

que desciende desde arriba, ejerciendo sobre ciudadanos indefensos y subyugados, está flanqueado por un *tecnopoder* resultante del entrelazamiento de la economía y la tecnología, del cual los ciudadanos son protagonistas activos, como lo muestra la figura legal de la subrogación. El instrumento de esta acción biopolítica y biojurídica es el típico de la autonomía privada, es decir, el *contrato*, que así puede ser considerado como la «principal institución contemporánea»:41 presupone la autonomía y, al mismo tiempo, se concreta asumiendo el cuerpo como un objeto, descompuesto y regulado de forma diversa. Es un «proceso de objetivación», como señaló Natalino Irti en muchas de sus intervenciones, en el que «la técnica y la economía representan al hombre como uno de los productos y uno de los bienes».42

II. LA MATERNIDAD SUBROGADA

Las premisas hechas hasta aquí eran necesarias para enmarcar el terreno en el que la maternidad subrogada tiene sus raíces y, sobre todo, para subrayar algunas críticas, precisamente con respecto a los efectos problemáticos que consiguen de esas premisas. De hecho, hablar de manera genérica de autonomía y libertad de decidir sobre el propio cuerpo no sirve para enfrentar y resolver todos los problemas que plantea el uso de las nuevas tecnologías, especialmente para fines reproductivos. Es necesario detenerse cuidadosamente en la especificidad de estos usos, y en particular en la contradicción que se determina entre esta libertad (presunta) y los efectos que

41 Vid. P. Perulli, *Il dio Contratto. Origine e istituzione della società contemporanea*, Einaudi, Torino 2012, p. 157. Sin embargo, tenemos que recordar el famoso trabajo de C. Pateman, *Il contratto sessuale*, Editori Riuniti, Roma 1997.

42 N. Irti, *La giuridificazione del 'bíos'* (2005), en *Il salvagente della forma*, Laterza, Roma-Bari 2007, p. 60.

se derivan de ella. Incluso sin querer evocar «las potencias en juego» cuestionadas por los procesos de «juridificación de los *bíos*» («creencias religiosas, reclamos crédulos de felicidad, rechazo del dolor, mitos del progreso técnico»)43 y permanecer firmes en un terreno meno condicionado por las creencias ideológicas, los problemas parecen completamente evidentes. Se puede hacer aquí solo una rápida reseña, para recordar los perfiles más relevantes en la perspectiva adoptada.

1. *Definiciones poco inocentes*

El primer perfil a analizar, en virtud del cual, sin embargo, es más fácil enumerar las otras preguntas problemáticas, está relacionado con la definición de la maternidad subrogada. ¿Cuál es su carácter específico dentro de lo que se ha llamado el «kaleidoscopio procreador»?44 Después de enmarcarlo genéricamente en el contexto de los efectos producidos por la disociación entre sexualidad y procreación45 ¿existen perfiles que lo hagan específico? La pregunta puede parecer simple en el nivel abstracto, pero emerge en su problemática en el nivel concreto, cuando, por ejemplo, se trata de reconocer en nuestro ordenamiento, que lo prohíbe, los efectos de una subrogación realizada en el extranjero. Las opiniones son, como era de esperar, divergentes.

Una definición general podría ser la que por maternidad subrogada (o maternidad por sustitución) entien-

43 *Ibid.*, p. 61. Sobre el tema es necesario referirse a los ensayos contenidos en el *Trattato di biodiritto*, dirigido por S. Rodotà y P. Zatti. *Lo statuto del corpo*, cit., Tomo I.

44 G. Amato, *Prefazione a P. Marion, Il disagio procreativo. Sessualità e procreazione nel tempo delle biotecnologie*, Donzelli, Roma 2017, p. 14 de la edición en ebook (de lo cual citaremos de ahora en adelante).

45 Marion, *Il disagio procreativo*, cit., p. 33.

de la maternidad de una mujer «que quede embarazada y dé a la luz un hijo no para ella sino para otra mujer».⁴⁶ En la misma dirección, puede considerarse maternidad subrogada cualquier «situación en la que una mujer ofrezca su útero para la gestación de un feto, con el compromiso de que, después del nacimiento, la mujer embarazada renuncia a todos los derechos sobre el niño, quien debe ser hijo de la pareja o de la persona con la que firmó el acuerdo».⁴⁷ Si se toman estas definiciones muy generales, los padres intencionales «podrían estar genéticamente relacionados con el futuro hijo, pero también solo uno de ellos, o no tener relación con él».⁴⁸ En otras palabras, es una perspectiva en la que el hecho de que la persona ofrezca su propia contribución genética es de poca relevancia y, por lo tanto, no es importante si es una subrogación total o parcial.⁴⁹ Solo es importante el hecho de llevar a cabo un embarazo en nombre de otros, con la «transferencia» final del bebé.

Sin embargo, una definición más limitada tiende a reconocer la maternidad subrogada solo para aquellos casos en que «el recién nacido tiene la herencia genética de la persona que confía la gestación a otra mujer (óvulo o espermia)».⁵⁰

⁴⁶ I. Corti, *La maternità per sostituzione*, en *Trattato di biodiritto*, dirigido por S. Rodotà e P. Zatti: *Il governo del corpo*, ed. por S. Canestrari, G. Ferrando, C.M. Mazzone, S. Rodotà, P. Zatti, Giuffrè, Milano 2011, Tomo II, p. 1479.

⁴⁷ S. Fernández Sánchez, *Maternità surrogata e prestazioni sociali*, en «Rivista del diritto della sicurezza sociale», n. 2, 2017, p. 240.

⁴⁸ L. Sugamele, *Il valore economico della procreazione al tempo del biomercato neoliberalista*, en «Ragion Pratica», 2, 2019, p. 360.

⁴⁹ Por esta distinción, Corti, *La maternità surrogata*, cit., p. 1480; G. Criscenti, *I giudici e la bioetica. Casi e questioni*, Carocci, Roma 2017, p. 56.

⁵⁰ Fernández Sánchez, *Maternità surrogata e prestazioni sociali*, cit., p. 242. «Si al menos uno de los dos padres intencionales no participa en la fertilización in vitro con su propio material, no estamos en presencia de un caso de maternidad subrogada» (ibid., p. 243).

No se trata de decidir cuál es la definición más congruente. Solo debe enfatizarse que las definiciones no son irrelevantes; de hecho, desde cierto punto de vista, podríamos decir que ellas nunca son “inocentes”. Detrás de la (presunta) naturaleza científica de cada definición, siempre hay opciones que, por un lado, delimitan y comparten el campo en el que se lleva a cabo una determinada batalla teórica, y por otro lado, determinan una serie de efectos prácticos, particularmente evidentes en el campo jurídico donde no solo «el lenguaje de las leyes y de las sentencias», sino también el de la doctrina, es «un lenguaje que tiene poder».⁵¹

Según la definición que elegimos, como sabemos, se abren diferentes escenarios, con respecto al destino del feto (adoptabilidad o no) pero también con respecto a las consecuencias (sanción o no) para los sujetos adultos involucrados.⁵² De estas consideraciones se desprende que el Derecho es realmente un poder “terrible”, que aumenta y refuerza el poder del lenguaje.⁵³

De hecho, no se puede dejar de subrayar que la subrogación es un concepto en el que se destaca la *constitutividad* del Derecho (que para algunos encuentra su

⁵¹ D. Danna, *La falsa simmetria tra i sessi nella surrogazione di maternità*, en «Ragion Pratica», n. 2, 2019, p. 413. Para una visión general en el marco del Derecho de familia, vid. G. Galeotti, *In cerca del padre. Storia dell'identità paterna in età contemporanea*, Laterza, Roma-Bari 2009.

⁵² La ley italiana (n. 40/2004) que, por elección consciente, no define la maternidad subrogada, la considera como una práctica absolutamente prohibida, aplicando sanciones bastante severas, como lo exige el art. 12, c. 6: «Cualquiera, en cualquier forma, realiza, organiza o publicita la comercialización de gametos o embriones o la sustitución de la maternidad es castigada con prisión de tres meses a dos años y con una multa de 600,000 a un millón de euros». Vid. Corti, *La maternità per sostituzione*, cit., p. 1489-90.

⁵³ F. Migliorino, *Il corpo come testo. Storie del diritto*, Bollati Boringhieri, Torino 2008, p. 18: «¿No es el lenguaje la máquina normativa más extraordinaria que precede y condiciona todos los sentidos posibles de las cosas, lo que contribuye a modelar la imagen que el hombre tiene del mundo?».

arbitrariedad).⁵⁴ en otras palabras, ese concepto existe solo porque el Derecho le da existencia; en la realidad no se da que una maternidad como todas las demás.⁵⁵ Pero ¿hasta qué punto puede la ley, al constituir relaciones y roles, negar la realidad de la relación entre el concebido y la mujer que lo llevó en su vientre? Como se ha observado, incluso si nos enfrentamos a la fertilización in vitro es «en cualquier caso una maternidad», ya que «si no hubiera una participación del cuerpo y de la experiencia de la madre, no surgiría ex post la necesidad de preguntarse sobre el interés superior del niño, por la simple razón de que no habría niño». ⁵⁶ Y esto parece casi evidente, aunque no faltan quienes señalan que «la ecuación madre-mujer que da a luz puede no ser veraz». ⁵⁷ Por lo tanto, es necesario preguntarse si una definición que viene a negar una relación tan evidente no se hace a propósito para (o en todo caso tiene el efecto de) ocultar la realidad más general en la que (y de la cual) se crea.

2. Preservar la autonomía:

De hecho, a diferencia de otras figuras, ahora aceptadas por la opinión pública y, sobre todo, legitimadas por

⁵⁴ C.M. Mazzoni, *Protezione del concepito: dal nominalismo giuridico all'uomo "in quanto tale"*, en *Trattato di biodiritto: Il governo del corpo*, Tomo II, cit., p. 1302.

⁵⁵ Como señala Danna, de hecho, dado que «desde un punto de vista físico [...] la "subrogación de la maternidad" es como las otras [...] la distinción entre un embarazo "para uno mismo" o "para otros" es solo legal» (cit., p. 415). Sobre la constitutividad del Derecho y la naturaleza particular de las normas constitutivas vid. el trabajo de J. Searle, *The Construction of Social Reality*, Free Press, New York 1995, sobre el cual hay un gran debate: vid. P. Di Lucia (ed.), *Ontologia sociale, Potere deontico e regole costitutive*, Quodlibet, Macerata 2006.

⁵⁶ C. Luzzi, *Dall'aborto alla surrogazione di maternità: antiche e nuove modalità di "esproprio" del corpo femminile*, en «Ragion Pratica», 2019, n. 2, p. 373-374.

⁵⁷ I. Corti, *La maternità per sostituzione*, cit., p. 1491.

la cultura jurídica, en la maternidad subrogada se destaca de inmediato la existencia de una «frontera entre el respeto por la autonomía individual y el respeto por la dignidad humana». ⁵⁸ Somos conscientes de que los criterios en base a los cuales ahora estamos acostumbrados a definir una sociedad como "justa" dependen de la posibilidad de que cada uno «logre un concepto personal de "buena vida" basado en las propias posibilidades y preferencias». ⁵⁹ Sin embargo, las dos cosas —autonomía y dignidad— no siempre son superponibles, aunque indudablemente la referencia a la autonomía como encarnación de la dignidad parece en gran medida apropiada. ⁶⁰ A veces, para proteger la dignidad de una persona, necesitamos limitar su autonomía, y lo hacemos, por ejemplo, evitando que se venda como esclavo a otra persona. Por lo tanto, en la medida en que podamos ver favorablemente el principio de autonomía, no podemos dejar de tener en cuenta que su absolutización conlleva el riesgo, históricamente comprobado, de una contratación radical del campo cubierto por ella. Autonomía significa libertad de autodeterminación; una libertad que se realiza plenamente en el contrato y que, como nos enseñó Rousseau, puede llegar hasta la alienación absoluta de uno mismo. ⁶¹ Agréguese a esto que también la libertad de disponer del cuerpo, como todas las libertades, no puede dejar de enfrentar las limitaciones

⁵⁸ P. Becchi, *Il principio dignità umana*, Morcelliana, Brescia 2013 p. 84.

⁵⁹ Habermas, *Il futuro della natura umana*, cit., p. 6.

⁶⁰ Vid. F.J. Ansuátegui, *L'autonomia presa sul serio*, en I. Belloni, T. Greco, L. Milazzo (eds.), *Pluralismo delle fonti e metamorfosi del diritto soggettivo nella storia della cultura giuridica. II. La prospettiva filosofica. Teorie dei diritti e questioni di fine vita*, Giappichelli, Torino 2016, p. 27; E. Rippepe, *Sulla dignità umana e su alcune altre cose*, Giappichelli, Torino 2014; U. Pomarici, *Dignità a venire. La filosofia del diritto alla prova del futuro*, Editoriale Scientifica, Napoli 2019.

⁶¹ Sobre este punto, que debería ser profundizado, v. I. Berlin, *Due concetti di libertà*, cit., y I. Berlin *La libertà e i suoi traditori*, Adelphi, Milano 2005.

derivadas de la necesidad de proteger otros valores constitucionales que de vez en cuando pueden tomarse en consideración.⁶²

Claramente, es siempre difícil entender cuáles son los casos en que esta limitación es legítima, y no hay duda de que para limitar la autonomía de un individuo «se necesitan razones fuertes».⁶³ Sin embargo, esto no quita que en casos particulares, cuando el riesgo de falta de autonomía parece ser bastante alto, se puede aplicar esta limitación. En el caso de la maternidad subrogada, por ejemplo, no hay ninguna duda de que la posición y la “fuerza” de los sujetos involucrados en la decisión son extremadamente diferentes y que para algunas mujeres la posibilidad de obtener ganancias de la disponibilidad de su cuerpo puede representar una «coerción» que limita su autonomía.⁶⁴

Cabe señalar, por lo tanto, que «la existencia del contrato y las consiguientes obligaciones para la mujer embarazada chocan con la idea de autonomía del cuerpo», la última de las cuales se «reconfigura más bien según su utilidad, según lo que puede derivar en relación con el producto final».⁶⁵ Pero también es importante subrayar cómo nos arriesgamos, de esta manera, a revivir esquemas que pensamos que fueron relegados al pasado o que pertenecen a los ámbitos más oscuros de la sociedad contemporánea: me refiero al hecho de que la libertad de algunos sujetos parece implicar la ausencia de

⁶² Vid. Romboli, *La libertà di disporre del proprio corpo*, cit., p. 237.

⁶³ Becchi, *Il principio dignità umana*, cit., p. 85.

⁶⁴ El tema de la coerción es uno de los que Michael Sandel puso en juego en su reconstrucción de los supuestos y las consecuencias de la difusión de la lógica mercantil en áreas que anteriormente le habían sido prohibidas. Vid. M. Sandel, *Quello che i soldi non possono comprare. I limiti morali del mercato*, ed. por C. Del Bò, Feltrinelli, Milano 2013, p. 49.

⁶⁵ Sugamele, *Il valore economico...*, cit., p. 366.

libertad (algunos dicen *esclavitud*) de otros sujetos.⁶⁶ Es el antiguo esquema, según el cual los ciudadanos libres solo podían ser tales gracias a aquellos que, en nombre de los primeros, trabajaban en condiciones de esclavitud. En otras palabras, la maternidad subrogada parece confirmar completamente que incluso hoy «hay discriminaciones entre aquellos que son verdaderamente libres y aquellos que, en asuntos esenciales, están objetivamente subyugados»,⁶⁷ lo que genera fuertes dudas sobre la garantía del valor fundamental de la igualdad.⁶⁸ Hay aquí probablemente una confirmación de la tesis de que la afirmación de ciertos derechos conlleva, si no hay contramedidas adecuadas, situaciones que representan su exacta reversión».⁶⁹ El hecho de que entren en juego dinámicas como éstas se confirma por la evidente circunstancia de que las mujeres que se encuentran en situaciones de extrema necesidad económica muestran su disponibilidad frente a contratos de subrogación.⁷⁰

⁶⁶ Una fuerte crítica de estos argumentos está en Charlesworth, *L'etica della vita*, cit., pp. 59-60.

⁶⁷ Savater, *Il coraggio di scegliere*, cit., p. 75. Emplea este argumento en su lectura de la maternidad subrogada V. Calderai, *La conquista dell'ubiquità. Efficiacia diretta dei diritti fondamentali e libertà di accesso al mercato dei servizi riproduttivi*, en E. Navarretta (ed.), *Effettività e drittwirkung nelle discipline di settore. Diritti civili, diritti sociali, diritto al cibo e alla sicurezza alimentare*, Giappichelli, Torino 2017, p. 56.

⁶⁸ S. Rodotà, *Repertorio di fine secolo*, Laterza, Roma-Bari 1999, p. 228-229.

⁶⁹ Como demuestra convincentemente el trabajo riguroso y apasionado de T. Casadei, *Il rovescio dei diritti umani. Razza, discriminazione, schiavitù*, DeriveApprodi, Milano 2016.

⁷⁰ Sugamele, *Il valore economico...*, cit., p. 360. Es un hecho que la ‘demanda’ del ‘servicio’ de subrogación proviene «esencialmente de las clases ricas de los países desarrollados» y se traslada «a lugares donde las condiciones de atraso y la desigualdad económica y de género garantizan a la industria el “proletariado” femenino» (Calderai, *La conquista dell'ubiquità*, cit., p. 61 y p. 83). Un caso particularmente importante es el de India, sobre el cual se puede leer D. Deomampo, *Transnational Reproduction. Race, Kinship and Commercial Surrogacy in India*, New York University Press, New York,

3. Comercialización de la vida humana

La fuerte sospecha sobre la falta de una verdadera autonomía de la mujer embarazada, al asumir las obligaciones derivadas de un contrato de subrogación, pone a este último en la luz más correcta: el de un acto de negociación que irrumpe con todos sus cargos comerciales en el campo de filiación.

La literatura se ha centrado persistentemente, también con investigaciones empíricas y no solo con consideraciones éticas, en el riesgo de que de esta manera se pueda entregar al mercado una esfera fundamental de la convivencia humana. Sin embargo, parece ser una certeza más que un riesgo, ya que es la figura del contrato en sí lo que trae consigo su lógica de intercambio, transformando el cuerpo de la mujer de un valor a un bien de mercado.⁷¹

La mercantilización se refiere a todo el entrelazamiento de las relaciones que se crea, pero se relaciona principalmente con el cuerpo de la madre sustituta, quien, más allá de cualquier velo que (a menudo simulando) pueda declarar motivos altruista,⁷² se «lleva de vuelta a una envoltura para el producto final».⁷³

2016. Sin embargo, hay quienes están convencidos de que, «con un control adecuado y con estructuras apropiadas», el problema de la explotación puede resolverse, dejando así a las personas libres para vender partes de sus cuerpos: vid. por ejemplo H. Kuhse, *Il corpo come proprietà. Ragioni di scambio e valori etici*, en S. Rodotà (ed.), *Questioni di bioetica*, cit., p. 72.

⁷¹ Sobre esta alternativa que ocurre en muchas cuestiones bioéticas, vid. G. Berlinguer, *Il corpo come merce o come valore*, en S. Rodotà (ed.), *Questioni di bioetica*, cit., p. 74-99.

⁷² A. Majumdar, *The Rhetoric of Choice: The Feminist Debates on Reproductive Choice in the Commercial Surrogacy Arrangement in India*, en «Gender, Technology and Development», 18, n. 2, 2014, pp. 275-301.

⁷³ Sugamele, *Il valore economico...*, cit., p. 369. En la misma dirección de una denuncia de la mercantilización del cuerpo femenino vid. L. Corradi, *Nel*

Aquí más que en cualquier otro lugar, por lo tanto, es posible notar «la tendencia a una expansión ilimitada de los mercados», de la cual debe evaluarse cuidadosamente el «grado de compatibilidad con la libre autodeterminación relacionada con el propio cuerpo, cuando el instrumento de mediación es el dinero, y, por lo tanto, una distribución cada vez más gravemente inequitativa del poder de negociación efectivo».⁷⁴ Los estudios parecen confirmar los temores expresados por muchas partes, hasta llegar a la conclusión de que «la ubicación de la reproducción humana en el contexto de la economía requiere que consideremos en un nivel similar el cuerpo procreador femenino y la acumulación de recursos».⁷⁵ Y, de hecho, como se ha demostrado, en países como Estados Unidos «la gestión de la subrogación se articula a la par con cualquier otro servicio o producto destinado a la venta».⁷⁶

Estamos en presencia de un fenómeno que puede insertarse en el contexto de una apropiación general de nuevos espacios y nuevos objetos por el capitalismo⁷⁷ (la capacidad reproductiva de las mujeres pertenece completamente a estos espacios y objetos), un fenómeno que es posible gracias a la tecnología. Por lo tanto, se trata de comprender si la filiación, de la misma manera

ventre di un'altra. Una critica femminista delle tecnologie riproduttive, introducción de R. Trucco, Castelvecchi, Roma 2017.

⁷⁴ Breccia-Pizzorusso, *Presentazione*, cit., p. 19.

⁷⁵ Sugamele, *Il valore economico...*, cit., p. 358. Vid. M. Cooper, C. Waldbey, *Clinical Labor. Tissue Donors and Research Subjects in the Global Bioeconomy*, Duke University Press, Durham 2014, in part. p. 37 ss para la maternidad subrogada.

⁷⁶ Sugamele, *Il valore economico*, cit., p. 362.

⁷⁷ U. Mattei, *La legge del più forte*, manifestolibri, Roma 2010. Se ha hablado, a este propósito, de la maternidad subrogada como «puesto avanzado extremo de la expansión del mercado en las formas de vida» (Calderai, *La conquista dell'ubiquità*, cit., p. 55).

que muchos otros 'productos', es algo que el dinero puede comprar.⁷⁸

Por otro lado, la prohibición de transacciones onerosas establecida en algunas legislaciones, y que para algunos académicos representa una posibilidad de 'salvar' a la maternidad subrogada de sus efectos comerciales al otorgar la posibilidad de un intercambio motivado por la solidaridad que un cuerpo sano ofrece a un cuerpo enfermo,⁷⁹ no parece resolver el problema de un uso instrumental del cuerpo de otros, aunque autorizado por el consentimiento de la parte interesada. Desde este punto de vista, lo que Michael Sandel ha identificado como el efecto de la «corrupción» producida por la lógica del mercado también puede extenderse al intercambio no oneroso, cuando reduce la vida de lo concebido a un "objeto": «corrompemos un bien o una actividad o práctica social cada vez que lo tratamos sobre la base de un estándar más bajo que el que le corresponde».⁸⁰

4. El tercero excluido

Incluso las motivaciones altruistas, en otras palabras, muestran un lado débil que parece inevitable; un lado

⁷⁸ Vid. la excelente crítica de Sandel, *Quello che i soldi non possono comprare*, cit.

⁷⁹ Umberto Breccia e Alessandro Pizzorusso afirman que «el instrumento del acuerdo, como criterio de legitimidad legal de la contribución de los cuerpos sanos a la mejora de la condición de los cuerpos enfermos» es «un medio plenamente justificado por un fin de rango incluso constitucional», con referencia a una "interpretación extensa" de la norma constitucional que promueve la igualdad efectiva» (*Presentazione*, cit., p. 20). En esta misma dirección, vid. A.G. Grasso, *Per un'interpretazione costituzionalmente orientata del divieto di maternità surrogata*, en «TCRS - Teoria e critica della regolazione sociale», n. 2, 2018, pp. 151-188.

⁸⁰ Sandel, *Quello che i soldi non possono comprare*, cit., p. 50. Vedi anche p. 16 e p. 39.

que emerge de manera sorprendente cuando, de la futura madre, la atención se dirige al feto.⁸¹

Si en todos estos discursos la vulnerabilidad entra en juego desde el principio,⁸² el tema de los derechos de los sujetos vulnerables es particularmente fuerte cuando uno piensa que el "juego de la subrogación" tiene como principal resultado y efecto el nacimiento de una nueva vida; de un nuevo sujeto, es decir, cuya voluntad no puede ser consultada por razones obvias, pero cuya existencia (futura) tal vez podría ser al menos tomada mayormente en cuenta.⁸³

Aquí, evidentemente, es válido el principio de John Stuart Mill: si el Estado no está legitimado para intervenir en el espacio de la libertad individual, a menos que haya consecuencias en la esfera de otros individuos,⁸⁴ no puede haber ninguna duda que en este caso hay consecuencias, y los más relevantes. Incluso aque-

⁸¹ Niño, que es «reducido, si no de sujeto a un bien comercializable, al menos de sujeto a objeto de un regalo, también fue el más amoroso» (Luzzi, *Dall'aborto alla surrogazione di maternità*, cit., p. 382). Por otro lado, como señala la Valentina Calderai, «la gestación para otros no puede existir sin una industria, un mercado, contratos y obligaciones de desempeño contractual» (*La conquista dell'ubiquità*, cit., p. 82).

⁸² La vulnerabilidad se está estableciendo como uno de los enfoques más interesantes para las cuestiones jurídicas: aquí debemos recordar al menos los volúmenes de T. Casadei (ed.), *Diritti umani e soggetti vulnerabili. Violazioni, trasformazioni, aporie*, Giappichelli, Torino 2012; O. Giolo, B. Pastore (eds.), *Vulnerabilità. Analisi multidisciplinare di un concetto*, Carocci, Roma 2018; G. Zanetti, *Filosofia de la vulnerabilidad. Percepción, Discriminación, Derecho*, ed. por F.J. Ansuátegui, Ed. Dikynson, Madrid 2020.

⁸³ Vid. F. D'Agostino, *Bioetica nella prospettiva della filosofia del diritto*, Giappichelli, Torino 1998. Como escribe Giuliano Amato, deberíamos hacernos la pregunta «si es correcto, para ser padres, dar a luz un bebé en cuya vida entrará una doble paternidad o una doble maternidad de todos modos, con efectos que no podemos prever» (Amato, *Prefazione*, cit., p. 12).

⁸⁴ Un principio siempre invocado y que constituye el tema fundamental de la bioética de orientación liberal: vid. Ansuátegui, *L'autonomia presa sul serio*, cit., pp. 29-30.

llos que adoptan una perspectiva decididamente liberal y 'abierta', afirmando que «no debe haber una prohibición legislativa» con respecto a las elecciones procreadoras de los sujetos, no pueden evitar admitir que esto se aplica mientras «el método de capacitación de la familia no causa daños directos y evidentes a alguien (en primer lugar al niño nacido de tal situación, sino también a la mujer) o no se respeta el derecho del niño a ser informado sobre las circunstancias de su nacimiento».⁸⁵

Por lo tanto, ¿puede la ley no hacerse cargo de la vida del sujeto cuyo nacimiento es el resultado principal de la relación de subrogación? ¿Puede garantizar que la condición legal y existencial del feto esté determinada exclusivamente por la voluntad de los clientes? Y una vez más ¿puede una elección como ésta, precisamente por las consecuencias que tiene para el feto, estar totalmente y exclusivamente confinada dentro de la esfera de la "moralidad privada, donde la ley no debe entrar"?⁸⁶ ¿Puede la transformación de los sistemas de parentesco producidos por el avance de la tecnología realmente llegar al punto de afectar la singularidad de las perso-

⁸⁵ Charlesworth, *L'etica della vita*, cit., p. 50. Cabe señalar, sin embargo, que este autor considera que se pueden superar todas las críticas que se han dirigido a la maternidad subrogada, también en referencia a la autonomía de la mujer embarazada y los intereses de los concebidos.

⁸⁶ Charlesworth, *L'etica della vita*, cit., p. 67. Vid. también Rodotà, *Reper-torio di fine secolo*, cit., p. 233, y Ansuátegui, *L'autonomia presa sul serio*, cit., en part. p. 26-29. En la misma dirección 'liberal' van las consideraciones hechas por diferentes autores sobre la fertilización heteróloga pero que potencialmente se aplican a la maternidad subrogada: vid. por ejemplo A. Vallini, *Sistema e metodo di un biodiritto costituzionale: l'illegittimità del divieto di fecondazione "eterologa"*, en «Diritto penale e processo», n. 7, 2014, en particular p. 834; E. Dolcini, *La fecondazione assistita "eterologa". Una questione aperta*, en F. Poggi (ed.), *Diritto e bioetica. Le questioni fondamentali*, Carocci, Roma 2015, en particular pp. 33-36.

nas?⁸⁷ Parece plausible argumentar que «la identificación de un punto razonable de equilibrio de las necesidades opuestas, respetando la dignidad de la persona humana», de la que habló el Tribunal Constitucional italiano en la famosa sentencia n. 162 del 2014, debe comenzar teniendo en cuenta también las necesidades del feto.

Es importante recordar eso porque, por increíble que parezca, en la discusión sobre estos temas, la posición en la que se encontrará el niño no siempre se investiga adecuadamente,⁸⁸ reduciéndola prácticamente al tema de la admisibilidad o no de la libertad de procreación. Probablemente, aquí más que en otros lugares, se muestra cuán *difíciles* son los caminos del Derecho, y también cómo necesariamente las soluciones que ello puede preparar son necesariamente limitadas.⁸⁹

Es cierto que con demasiada frecuencia se tiene en cuenta la situación problemática en la que se encontrará el niño nacido (y los paralelismos con otras situaciones problemáticas que se encuentran en la realidad

⁸⁷ S. Rodotà, *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*, Feltrinelli, Milano 2006, p. 15.

⁸⁸ Una situación "complicada" hasta la necesidad de definir quién debe considerarse la madre, frente a tres figuras potenciales: la madre "social", la madre "biológica" y la madre "gestacional" (vid. M. Di Masi, *Maternità surrogata: dal contratto allo «status»*, en «Rivista Critica di diritto privato», 2014, pp. 615-646). Muchos perfiles problemáticos se encuentran en el trabajo de R. Barratta, *Diritti fondamentali e riconoscimento dello 'status filii' in casi di maternità surrogata: la primazia degli interessi del minore*, en «Diritti umani e diritto internazionale», n. 2, 2016, pp. 309-334.

⁸⁹ De lo cual él es muy consciente Rodotà, *La vita e le regole*, cit., p. 28. Sobre los "límites" de la ley y la difícil delimitación de su campo de operación, vid. G. Zanetti, *I limiti del diritto. Aspetti del dibattito contemporaneo*, en «Rivista di filosofia del diritto», fascicolo speciale, diciembre 2017, pp. 25-40, y F.J. Ansuátegui, *Nuove tecnologie e spazio pubblico*, en S. Salardi, M. Saporiti (eds.), *Le tecnologie 'morali' emergenti e le sfide etico-giuridiche delle nuove soggettività*, Giappichelli, Torino 2020, p. 24-26.

parecen francamente pretenciosos, ya que aquí la problemática es, por así decirlo, estructural y programada).⁹⁰

Del mismo modo, es problemática la afirmación según la cual se puede negar la existencia de una relación entre el feto y la mujer que lo dio a luz. Y eso, no porque queramos necesariamente —y reaccionariamente, como teme alguien—,⁹¹ comprimir los derechos de las mujeres en sus cuerpos o recuperar los “lazos de sangre”, sino porque parece un derecho fundamental del niño poder hacer cuentas, en la construcción de su personalidad, con la complejidad de su historia existencial. Aunque puede ser cierto que «la evolución de las técnicas reproductivas» se ha infiltrado «en la unidad de la concepción» causando su “fragmentación”, no está claro cómo podemos hablar, con respecto a la mujer embarazada, de «participación en el evento fértil [...] de sujetos que, aunque genéticamente conectados con el feto, asumen una posición jurídicamente irrelevante, protegidos por el anonimato y la irresponsabilidad enfrente al niño».⁹² Cómo se puede pensar en una posición legalmente irrelevante, en una situación como ésta, sigue siendo un misterio. No hay diferencia, en efecto, con lo que sucede en la fertilización heteróloga: incluso en este caso parece posible afirmar que solo hasta cierto punto hay ‘terceros’ no relacionados con la relación de filiación, ya que todavía son sujetos «involucrados en el hecho biológico de la generación».⁹³ ¿Po-

⁹⁰ Vid. D’Agostino, *Bioetica nella prospettiva della filosofia del diritto*, cit., in particolare pp. 191-206.

⁹¹ Vedi ad es. Rodotà, *Repertorio di fine secolo*, cit., p. 232 e 234.

⁹² D. Giunchedi, *Maternità surrogata tra ordine pubblico, favor veritatis e dignità della maternità*, en «Il corriere giuridico», n. 10, 2019, p. 1212, sobre la sentencia n. 12193/2019 de la Corte de Cassazione italiana.

⁹³ A. Bucelli, *Il cammino senza pregiudizi del biodiritto. La costruzione giuridica dei rapporti genitoriali*, en G. Baldini (ed.), *Persona e famiglia nell’era del Bio-*

demo, por lo tanto, realmente pensar que en una relación como la establecida por la posibilidad del sustituto de la maternidad, puede haber sujetos ‘libres’ de cualquier compromiso, ya que están protegidos por el anonimato y la irresponsabilidad? Incluso sin poner el obvio *mater semper certa est...* ¿verdaderamente podemos pensar que no hay relación entre el feto y la que lo llevó en el útero? «Separar este vínculo significa privar [al feto] de la posibilidad de ser calificado por la relación que lo ha traído al mundo y del cual retiene olores y sonidos».⁹⁴ Sin mencionar el hecho de que «una madre social no puede existir sin una madre ‘biológica’ o ‘natural’. El referente principal del nombre ‘madre’ es, por lo tanto, la que tuvo la experiencia corporal del embarazo, que sí es biológica pero siempre relacional».⁹⁵

La definición de los derechos y de los deberes de cada sujeto de la relación, de los cuales la ley no puede dejar de hacerse cargo, y que de hecho es el derecho a determinar, no puede, por lo tanto, no comenzar desde una protección completa del feto, y no solo por la consideración de que «cuando el niño ya ha llegado» no se puede hacer nada más «que protegerlo»,⁹⁶ sino más bien tomando en serio su existencia a partir de la posibilidad de su concepción, evitando tratarlo como un objeto de intercambio en el campo de las transacciones. Esto significa que su protección debe llevarse a cabo poniendo en juego, desde el principio, la complejidad de las relaciones dentro de las cuales está llamado a la vida: por ejemplo, evitando cualquier forma de anonimato,⁹⁷ y asegu-

diritto. Verso un diritto comune europeo per la bioetica, introducción de G. Ferrando, Firenze University Press, Firenze, 2015, p. 64.

⁹⁴ Luzzi, *Dall’aborto alla surrogazione di maternità*, cit., p. 380-1.

⁹⁵ Danna, *La falsa simmetria tra i sessi...*, cit., p. 414.

⁹⁶ Amato, *Prefazione*, cit., p. 17.

⁹⁷ Sobre cuyas premisas y consecuencias vale la pena leer S. Vegetti Finzi, *Oscurità dell’origine e bioetica della verità*, in S. Rodotà (ed.), *Questioni di bio-*

rando que todos puedan asumir las responsabilidades relacionadas con el rol cubierto y no solo con el consentimiento otorgado.⁹⁸ En otras palabras, debe tenerse en cuenta la condición de “ser humano” del niño.⁹⁹ Como Alain Supiot ha recordado, el Derecho es un recurso técnico «cuya función es inscribir a todo ser humano en la vida biológica y al mismo tiempo en la vida de representación, dándole así una posibilidad de acceder a la razón». La función antropológica del Derecho se realiza en su capacidad de dar a luz al hombre «dos veces, la primera a la vida de los sentidos y la segunda a la vida del sentido», y por lo tanto el puede ser «una fuente de gran libertad», siempre que los hombres no lo exploten «en un sentido contrario a [su] función».¹⁰⁰

5. Reflexiones finales

Hay muchos perfiles que todavía deberían recordarse y analizarse. En un nivel más estrictamente legal, además de la cuestión recurrente y debatida del orden público, y la delicada cuestión de la discriminación entre las esferas pública y privada, es suficiente pensar en un

tica, cit., pp. 182-197.

⁹⁸ Si realmente se desea proteger, primero al feto y luego al niño (o niña), la “responsabilidad” de los sujetos involucrados no puede coincidir con el solo criterio de “consentimiento”, como sucede más o menos explícitamente en el debate sobre este tema. Responsabilidad significa responder de los actos que se realizan (vid. E. Bea Perez, *Derechos y deberes. El horizonte de la responsabilidad*, en «Derechos y Libertades», junio 2013, pp. 53-92), y no parece que, por ejemplo, sea posible no derivar ninguna consecuencia del hecho de llevar una nueva vida en su regazo. De todos modos, sobre este perfil, vid. M.R. Spallarossa, *La procreazione responsabile*, en *Trattato di bio-diritto*, dirigido por S. Rodotà e P. Zatti: *Il governo del corpo*, Tomo II, cit., p. 1373-1401.

⁹⁹ Este es el compartible enfoque de Mazzoni, *Protezione del concepito: dal nominalismo giuridico all'uomo “in quanto tale”*, cit., pp. 1299-1305.

¹⁰⁰ A. Supiot, *Homo juridicus. Saggio sulla funzione antropologica del diritto*, Bruno Mondadori, Milano 2006, p. 173.

punto extremadamente crítico, aunque subestimado, como el relativo a la posición de los padres clientes. A diferencia de lo que sucede en otras formas (pero no todas) de procreación asistida, la maternidad subrogada parece hacer que la posibilidad de pensar en una simetría de las posiciones de los sujetos de la relación desaparezca definitivamente.¹⁰¹ También puede entenderse desde este aspecto, considerado por algunos como secundario, lo difícil que es establecer exactamente los derechos y deberes de todas las partes involucradas en la subrogación.¹⁰² Así como parece difícil —en una consideración general de los límites de la intervención legal en cuestiones de frontera—,¹⁰³ definir de una vez por todas las competencias del legislador, llamado a establecer los principios y las reglas generales, y de los jueces que deben decidir sobre los casos individuales. Si la esperanza de muchos es que una regulación legislativa pueda ser decisiva y pueda eliminar cualquier incertidumbre para aquellos que se encuentran en la necesidad de recurrir a las posibilidades que ofrece la tecnología, el espacio de intervención de los jueces parece inevitable, como en todas las cuestiones bioéticas, para evaluar la naturaleza jurídica y las consecuencias de cada situación particular.¹⁰⁴

Sin embargo, queda la pregunta más importante, sobre los efectos que la maternidad subrogada puede tener en un nivel más general. De hecho, no hay duda de que

¹⁰¹ Danna, *La falsa simmetria tra i sessi...*, cit., p. 418.

¹⁰² No es diferente, por otro lado, de lo que sucede en todos los casos en los que el binomio cuerpo-padres ha fallado: vid. Galeotti, *In cerca del padre*, cit., p. 229-238.

¹⁰³ Vid. G. Alpa, *I limiti dell'intervento giuridico*, en S. Rodotà (ed.), *Questioni di bioetica*, cit., p. 57-62.

¹⁰⁴ Vid. R.G. Conti, *Scelte di vita o di morte. Il giudice è garante della dignità umana?*, Aracne, Roma 2019. También Cricenti, *Il giudice e la bioetica*, cit.

ella corre el riesgo de cambiar muchas de nuestras creencias. Independientemente de cualquier evaluación moral,¹⁰⁵ ella parece dar razón a las previsiones futuristas de Bertrand Russell, cuando dijo que estaba convenido de que, en virtud del progreso técnico, ya no habría «ningún límite para las desviaciones del sentimiento tradicional que la ciencia puede introducir en el tema de la reproducción».¹⁰⁶ Russell se refería a una reproducción regida por el Estado cuya descripción es la anticipación perfecta del *Mundo feliz* de Aldous Huxley; y, sin embargo, tal vez captó una tendencia típica de nuestros tiempos.

No es casualidad que haya quienes, como Giuliano Amato, lleguen a decir que la maternidad subrogada contribuye a crear «a nuestro alrededor un contexto en el que no podemos reconocernos».¹⁰⁷ ¿Estamos seguros, pregunta el ex Primer Ministro y actual juez del Tribunal Constitucional, «que nuestras mentes, formadas con paradigmas culturales muy diferentes y mucho más tradicionales, son capaces de absorber cambios como éstos, con la misma velocidad con que tecnología los hace posibles y los aplica?»¹⁰⁸ Por supuesto, uno podría responder recordando las extraordinarias capacidades adapta-

¹⁰⁵ Junto con aquellos que, aunque favorables, plantean dudas y preguntas, hay quienes ven en las nuevas formas de maternidad incluso las habilidades palinogénicas respecto de la estructura tradicional “osificada” considerada como la «jaula que obliga a la relación de la madre dentro de los límites de la oblatividad y del autoritarismo» (V. Venditti, *Maternità reloaded. Una riflessione sui processi di assimilazione e normalizzazione delle forme alternative di maternità*, en «Política & Società», n. 3, 2014, pp. 449-465; cita de p. 454). Este artículo es notable por la reversión real de los argumentos generalmente utilizados contra la subrogación. En la opinión de la autora, por ejemplo, es el modelo tradicional a debilitar «el horizonte de relación» (p. 458) y representar un fortalecimiento de la «estructura ambigua del neoliberalismo» (p. 462).

¹⁰⁶ B. Russell, *La visione scientifica del mondo*, Laterza, Roma-Bari 1988, p. 174.

¹⁰⁷ Amato, *Prefazione*, cit., p. 11.

¹⁰⁸ *Ibid.*, p. 13.

tivas de la mente humana, que si no son las imaginadas por Huxley, son capaces de representar y percibir como ‘normales’ situaciones que alguna vez parecían inimaginables. Sin embargo, si tenemos que considerar seriamente la hipótesis de que la aplicación de tecnologías biomédicas puede modificar sustancialmente “nuestro concepto de bien”,¹⁰⁹ siempre queda la pregunta sobre el problema si lo que es posible también es deseable por esa misma razón. ¿Realmente «queremos adaptarnos al final, aceptando el principio de que todo lo que es factible debe hacerse?»¹¹⁰ ¿Tenemos que querer “lo que la tecnología quiere”?¹¹¹ En otras palabras ¿no pueden las mismas críticas que abordan la ‘normatividad’ de la naturaleza dirigirse a la ‘normatividad’ de la tecnología?¹¹² Si «la antigua relación entre el Derecho y la naturaleza» se ha convertido «en la nueva relación entre el Derecho y la tecnología» ¿por qué no tomar en serio el hecho de que «para el Derecho también la tecnología es un tema capaz de regulación»?¹¹³ Es el mismo poder de la tecnología el que invoca una intervención del Derecho, desde el punto de vista de los más débiles.¹¹⁴

Si la era en la que «la naturaleza gobernó y la ley podía mirar en silencio» sin duda ha pasado,¹¹⁵ es necesario decidir si es la técnica la que debe expresar la mayor virtud de nuestro tiempo, como Emanuele Severino

¹⁰⁹ R. Ogien, *Del profumo dei croissants caldi e delle sue conseguenze sulla bontà umana. 19 rompicapi morali*, ed. por G. Valle, Laterza, Roma-Bari 2012, p. 122.

¹¹⁰ Amato, *Prefazione*, cit., p. 13.

¹¹¹ En el trabajo de K. Kelly, *Quello che vuole la tecnologia*, Codice Edizioni, Torino 2011, la historia de la tecnología se reconstruye como la de un organismo vivo cuyo desarrollo sigue su lógica interna.

¹¹² Críticas bien resumidas en el trabajo de Ogien, *Del profumo dei croissants caldi...*, cit., p. 123-125.

¹¹³ N. Irti, *L'uso giuridico della natura*, Laterza, Roma-Bari 2013, p. 24 e 25.

¹¹⁴ Ansuátegui, *Nuove tecnologie e spazio pubblico*, cit., p. 30.

¹¹⁵ Rodotà, *La vita e le regole*, cit., p. 75.

quizás lo consideró desconsoladamente,¹¹⁶ o si todavía existe la posibilidad de imaginar algunos límites, no solo para defender los valores constitucionales más altos,¹¹⁷ sino también, de manera más general, para evitar que sean tecnología y mercado, junto con preferencias individuales a determinar, las opciones éticas de una sociedad decente.¹¹⁸ Aunque sabemos que «en una democracia constitucional ni siquiera la mayoría puede imponer su propia forma de vida a las minorías»,¹¹⁹ también sabemos que algunos de los problemas éticos que surgieron en virtud del desarrollo científico y tecnológico no se pueden dejar enteramente a preferencias personales. «Cuanto más crezca nuestra capacidad de manipular la vida, más tendrá que regirse por nuestro juicio, por el juicio humano».¹²⁰ Sin querer negar, por lo tanto, el deseo de paternidad y maternidad expresado por aquellos que, por diversas razones de naturaleza o por elección (parejas homosexuales) no pueden lograr la satisfac-

¹¹⁶ «La virtud suprema de la técnica no puede [verse] obstaculizada por ninguna otra forma de virtud, que en cambio [solo] puede ayudar a la implementación de la creatividad infinita de la técnica» (E. Severino, *La buona fede. Sui fondamenti della morale*, Rizzoli, Milano 1999, p. 25). Y de nuevo: «cuando uno se pregunta qué ética debería adoptar hoy la ciencia y la tecnología — continúa el filósofo recientemente fallecido —, uno no puede no ver que la técnica, guiada por la ciencia moderna, es ahora la forma suprema de la ética, y que la ética de la tradición occidental es una técnica cuyo poder ha sido superado por el poder de la técnica científica» (ivi, p. 45).

¹¹⁷ «La elección realizada por el legislador en 2004 para prohibir y penalizar absolutamente “a quien, de cualquier forma, realice, organice o anuncie la subrogación de maternidad” muestra que hay al menos un campo en el bioderecho en el que el legislador no solo no ha sido inerte sino que, sobre todo, ha podido garantizar la protección de los más altos valores constitucionales» (Luzzi, *Dall'aborto alla surrogazione di maternità*, cit., p. 381).

¹¹⁸ Con las posiciones de Emanuele Severino se ha enfrentado críticamente en varias ocasiones Natalino Irti. Vid. sobre todo N. Irti-E. Severino, *Dialogo su diritto e tecnica*, Laterza, Roma-Bari 2001, además Irti, *L'uso giuridico della natura*, cit., pp. 45-67.

¹¹⁹ Habermas, *Il futuro della natura umana*, cit., p. 6.

¹²⁰ Ross, *Il nostro futuro*, cit., p. 90.

ción de sus aspiraciones,¹²¹ se puede compartir la opinión de quienes ven con “perplejidad” la opción de atribuir «al cuerpo femenino y la maternidad subrogada la tarea de responder a esta necesidad».¹²²

Por lo tanto, de manera concluyente, podemos repetir las palabras de Jurgen Habermas, según la cual «precisamente en aquellas dimensiones donde las fronteras son más difíciles de determinar, deberíamos poder dibujar (e imponer) fronteras absolutamente precisas».¹²³

BIBLIOGRAFIA

- ALPA G., *I limiti dell'intervento giuridico*, en S. Rodotà (ed.), *Questioni di bioetica*, cit., pp. 57-62.
- AMATO, G., *Prefazione a P. Marion, Il disagio procreativo. Sessualità e procreazione nel tempo delle biotecnologie*, Donzelli, Roma 2017.
- ANDRONICO, A., *Libertà. La legge come misura*, in A. Andronico, T. Greco, F. Macioce (eds.), *Dimensioni del diritto*, Giappichelli, Torino, 2019.
- ANSUÁTEGUI, F. J., *L'autonomia presa sul serio*, en I. Belloni, T. Greco, L. Milazzo (eds.), *Pluralismo delle fonti e metamorfosi del diritto soggettivo nella storia della cultura giuridica. II. La prospettiva filosofica. Teorie dei diritti e questioni di fine vita*, Giappichelli, Torino, 2016.
- , *Nuove tecnologie e spazio pubblico*, en S. Salardi, M. Saporiti (eds.), *Le tecnologie 'moralì' emergenti e le sfide etico-giuridiche delle nuove soggettività*, Giappichelli, Torino, 2020.

¹²¹ Sobre la procreación como «encrucijada de derechos e intereses, incluso conflictivos», vid. A. D'Aloia-P. Torretta, *La procreazione come diritto della persona*, en *Trattato di biodiritto*, dirigido por S. Rodotà e P. Zatti: *Il governo del corpo*, Tomo II, cit, pp. 1341-1371.

¹²² Luzzi, *Dall'aborto alla surrogazione di maternità*, cit., p. 374.

¹²³ Habermas, *Il futuro della natura umana*, cit., p. 22.

- BALESTRA, L., *Efficacia del testamento biologico e ruolo del medico*, en Aa.Vv., *Testamento biologico. Riflessioni di dieci giuristi*, prefación de U. Veronesi, Il Sole 24 Ore – Umberto Veronesi Foundation, Milano, 2005.
- BARATTA, R., *Diritti fondamentali e riconoscimento dello 'status filii' in casi di maternità surrogata: la primazia degli interessi del minore*, en «Diritti umani e diritto internazionale», n. 2, 2016, pp. 309-334.
- BARBERIS, M., *Libertà*, Il Mulino, Bologna, 1999.
- BAUD, J. P., *Il caso della mano rubata. Una storia giuridica del corpo*, a cura di C. Mazzoni, Giuffrè, 2003.
- BEA PEREZ, E., *Derechos y deberes. El horizonte de la responsabilidad*, en «Derechos y Libertades», junio 2013, pp. 53-92.
- BECCHI, P., *Il principio dignità umana*, Morcelliana, Brescia 2013.
- BERLIN, I., *Due concetti di libertà* (1958), en *Libertà*, Feltrinelli, Milano, 2010.
- , *La libertà e i suoi traditori*, Adelphi, Milano, 2005.
- BERLINGUER, G., *Il corpo come merce o come valore*, en S. Rodotà (ed.), *Questioni di bioetica*.
- BOBBIO, N., *Della libertà dei moderni comparata con quella dei posteri* (1954), en *Politica e cultura*, Einaudi, Torino, 1955.
- BODEI, R., *Dominio e sottomissione. Schiavi, animali, macchine, Intelligenza Artificiale*, Il Mulino, Bologna, 2019.
- BODEI, R., *Limite*, Il Mulino, Bologna, 2016.
- BRECCIA, U., e PIZZORUSSO, A., *Atti di disposizione del proprio corpo*, ed. por R. Romboli, Edizioni Plus, Pisa 2007.
- BUCELLI, A., *Il cammino senza pregiudizi del biodiritto. La costruzione giuridica dei rapporti genitoriali*, en G. Baldini (ed.), *Persona e famiglia nell'era del Biodiritto. Verso un diritto comune europeo per la bioetica*, introducción de G. Ferrando, Firenze University Press, Firenze, 2015.

- CALDERAI, V., *La conquista dell'ubiquità. Efficacia diretta dei diritti fondamentali e libertà di accesso al mercato dei servizi riproduttivi*, en E. Navarretta (ed.), *Effettività e drittwirkung nelle discipline di settore. Diritti civili, diritti sociali, diritto al cibo e alla sicurezza alimentare*, Giappichelli, Torino, 2017.
- CANALE, D., *Il diritto pubblico interiore. La giurisdizione dello Stato nello spazio bio-giuridico dell'individuo*, en «Rivista critica di diritto privato», 1998.
- CASADEI, T., (ed.), *Diritti umani e soggetti vulnerabili. Violazioni, trasformazioni, aporie*, Giappichelli, Torino, 2012.
- , *Il rovescio dei diritti umani. Razza, discriminazione, schiavitù*, DeriveApprodi, Milano, 2016.
- CAZZETTA, G., *Nell'età delle macchine. Artefici, operai, telegrafisti: diritto codificato e incertezze classificatorie dei giuristi*, en «Lavoro e diritto», 2018, n. 3, pp. 433-452.
- CHARLESWORTH, M., *L'etica della vita. I dilemmi della bioetica in una società liberale*, tr. it. di G. Gozzini, Donzelli, Roma, 1996.
- CONTI, R. G., *Scelte di vita o di morte. Il giudice è garante della dignità umana?*, Aracne, Roma, 2019.
- COOPER, M., WALDBY, C., *Clinical Labor. Tissue Donors and Research Subjects in the Global Bioeconomy*, Duke University Press, Durham, 2014.
- CORRADI, L., *Nel ventre di un'altra. Una critica femminista delle tecnologie riproduttive*, introducción de R. Trucco, Castelvecchi, Roma, 2017.
- CORTI, I., *La maternità per sostituzione*, en *Trattato di biodiritto*, dirigido por S. Rodotà e P. Zatti: *Il governo del corpo*, ed. por S. Canestrari, G. Ferrando, C. M. Mazzoni, S. Rodotà, P. Zatti, Giuffrè, Milano 2011, Tomo II.
- CRICENTI, G., *I giudici e la bioetica. Casi e questioni*, Carocci, Roma, 2017.
- , *Il sé e l'altro. Bioetica del diritto civile*, Ets, Pisa, 2013.
- D'AGOSTINO, F., *Bioetica nella prospettiva della filosofia del diritto*, Giappichelli, Torino, 1998.

- D'ALOIA, A., TORRETTA, P., *La procreazione come diritto della persona*, en *Trattato di biodiritto*, dirigido por S. Rodotà e P. Zatti: *Il governo del corpo*, Tomo II, cit., pp. 1341-1371.
- DANNA, D., *La falsa simmetria tra i sessi nella surrogazione di maternità*, en «Ragion Pratica», n. 2, 2019.
- DEOMAMPO, D., *Transnational Reproduction. Race, Kinship and Commercial Surrogacy in India*, New York University Press, New York, 2016.
- DI LUCIA, P. (ed.), *Ontologia sociale, Potere deontico e regole costitutive*, Quodlibet, Macerata, 2006.
- DI MASI, M., *Maternità surrogata: dal contratto allo «status»*, en «Rivista Critica di diritto privato», 2014, pp. 615-646.
- DOLCINI, E., *La fecondazione assistita "eterologa". Una questione aperta*, en F. Poggi (ed.), *Diritto e bioetica. Le questioni fondamentali*, Carocci, Roma, 2015.
- DUSO, G. (ed.), *Il potere. Per la storia della filosofia politica moderna*, Carocci, Roma, 1999.
- DWORKIN, G., *The Theory and Practice of Autonomy*, Cambridge University Press, Cambridge, 1988.
- ESPOSITO, R., *Le persone e le cose*, Einaudi, Torino, 2014.
- FEDERICI, S., *Calibano e la strega. Le donne, il corpo e l'accumulazione originaria*, Mimesis, Milano, 2015.
- FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, S., *Maternità surrogata e prestazioni sociali*, en «Rivista del diritto della sicurezza sociale», n. 2, 2017.
- FERRAJOLI, L., *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, Laterza, Roma-Bari, 2001.
- , *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, Laterza, Roma-Bari, 2007.
- FOUCAULT, M., *La volontà di sapere. Storia della sessualità 1* (1976), Feltrinelli, Milano, 2005.
- , *Sorvegliare e punire* (1975), Einaudi, Torino, 1976.
- GALEOTTI, G., *In cerca del padre. Storia dell'identità paterna in età contemporanea*, Laterza, Roma-Bari, 2009.

- GIOLO, O., PASTORE, B. (eds.), *Vulnerabilità. Analisi multidisciplinare di un concetto*, Carocci, Roma, 2018.
- GIUNCHEDI, D., *Maternità surrogata tra ordine pubblico, favor veritatis e dignità della maternità*, en «Il corriere giuridico», n. 10, 2019.
- GRASSO, A. G., *Per un'interpretazione costituzionalmente orientata del divieto di maternità surrogata*, en «TCRS - Teoria e critica della regolazione sociale», n. 2, 2018, pp. 151-188.
- GRECO, T., *Dal dolore alla giustizia. Strategie di risposta tra carità e diritto*, in *Diritto in trasformazione. Questioni di filosofia giuridica*, ed. por Vincenzo Omaggio, Editoriale Scientifica, Napoli, 2005, pp. 407-440.
- GUERZONI, C. S., *Loro lo fanno, io lo cucino. Gravidanza, maternità e filiazione nel contesto della surrogacy gestazionale statunitense*, en «Etnografia e ricerca qualitativa», n. 3, 2018, pp. 427-447.
- HABERMAS, J., *Il futuro della natura umana. I rischi di una genetica liberale* [2002], ed. por L. Ceppa, Einaudi, Torino, 2010.
- HOBBS, T., *Leviatano* (1651).
- IRTI, N., SEVERINO, E., *Dialogo su diritto e tecnica*, Laterza, Roma-Bari, 2001.
- IRTI, N., *Il salvagente della forma*, Laterza, Roma-Bari, 2007.
- , *L'uso giuridico della natura*, Laterza, Roma-Bari, 2013.
- KELLY, K., *Quello che vuole la tecnologia*, Codice Edizioni, Torino, 2011.
- KUHSE, H., *Il corpo come proprietà. Ragioni di scambio e valori etici*, en S. Rodotà (ed.), *Questioni di bioetica*, cit., p. 72.
- LA METTRIE, J. O. de, *L'uomo macchina* (1747), en *Opere filosofiche*, ed. por S. Moravia, Laterza, Bari, 1974.
- LALATTA COSTERBOSA, M., *Una bioetica degli argomenti*, Torino, 2012.
- LEIST, A., *Autonomia e giustizia*, en S. Rodotà (ed.), *Questioni di bioetica*, Laterza, Roma-Bari, 1993, pp. 19-27.

- LUZZI, C., *Dall'aborto alla surrogazione di maternità: antiche e nuove modalità di "esproprio" del corpo femminile*, en «Ragion Pratica», 2019, n. 2, pp. 373-374.
- MAJUMDAR, A., *The Rhetoric of Choice: The Feminist Debates on Reproductive Choice in the Commercial Surrogacy Arrangement in India*, en «Gender, Technology and Development», 18, n. 2, 2014, pp. 275-301.
- MARION, P., *Il disagio procreativo. Sessualità e procreazione nel tempo delle biotecnologie*, Donzelli, Roma, 2017.
- MARZOCCO, V., 'Dominium sui'. *Il corpo tra proprietà e personalità*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2012.
- MATTEL, U., *La legge del più forte*, manifestolibri, Roma, 2010.
- MIGLIORINO, F., *Il corpo come testo. Storie del diritto*, Bollati Boringhieri, Torino, 2008.
- MILAZZO, L., *Liberi tutti? Alcune considerazioni su libero arbitrio e colpevolezza*, Giappichelli, Torino, 2018.
- MILL, J. S., *Saggio sulla libertà* (1861), Il Saggiatore, Milano, 1980.
- OGIEN, R., *Del profumo dei croissants caldi e delle sue conseguenze sulla bontà umana. 19 rompicapi morali*, ed. por G. Valle, Laterza, Roma-Bari, 2012.
- PALAZZANI, L., *Corpo e persona: i percorsi filosofici della bioetica e della biogiuridica*, en F. D'Agostino (a cura di), *Il corpo deformato, nuovi percorsi dell'identità personale*, Giuffrè, 2002.
- PARISOLI, M., *Il corpo tra diritto e diritti*, en «Materiali per una storia della cultura giuridica», 1999.
- PATEMAN, C., *Il contratto sessuale*, Editori Riuniti, Roma, 1997.
- PAUL, E. F., MILLER, F. D., PAUL, JR. J. (eds.), *Autonomy*, Cambridge, 2003.
- PERULLI, P., *Il dio Contratto. Origine e istituzione della società contemporanea*, Einaudi, Torino, 2012.
- PETTIT, P., *Il repubblicanesimo. Una teoria della libertà e del governo*, ed. por M. Geuna, Feltrinelli, Milano, 2000.

- PIRANDELLO, L., *Il fu Mattia Pascal* (1904), en *Tutti i romanzi*, ed. por G. Macchia, vol. I, p. 334.
- POMARICI, U., *Dignità a venire. La filosofia del diritto alla prova del futuro*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2019.
- PUNZI, A., *L'ordine giuridico delle macchine. La Mettrie Helvétius D'Holbach. L'uomo macchina verso l'intelligenza collettiva*, Giappichelli, Torino, 2003.
- RIPEPE, E., *Sulla dignità umana e su alcune altre cose*, Giappichelli, Torino, 2014.
- RODOTÀ, S., *Ipotesi sul corpo «giuridificato»*, en «Rivista critica di diritto privato», 1994.
- , *Questioni di bioetica*, Laterza, Roma-Bari, 1995.
- , *Repertorio di fine secolo*, Laterza, Roma-Bari, 1999.
- RODOTÀ, S., *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*, Feltrinelli, Milano, 2006.
- RODOTÀ, S., ZATTI, P. (eds.), *Trattato di biodiritto*, dirigido por S. Rodotà e P. Zatti: *Il governo del corpo*, ed. por S. Canestrari, G. Ferrando, C. M. Mazzoni, S. Rodotà, P. Zatti, Giuffrè, Milano, 2011, Tomo II.
- ROMBOLI, R., *La libertà di disporre del proprio corpo*, Zanichelli, Bologna, 1988.
- ROSS, A., *Il nostro futuro. Come affrontare il mondo dei prossimi vent'anni*, Feltrinelli, Milano, 2016.
- RUSSELL, B., *La visione scientifica del mondo*, Laterza, Roma-Bari, 1988, p. 174.
- SALARDI, S., SAPORITI, M. (eds.), *Le tecnologie 'moralì' emergenti e le sfide etico-giuridiche delle nuove soggettività*, Giappichelli, Torino, 2020.
- SANDEL, M., *Quello che i soldi non possono comprare. I limiti morali del mercato*, ed. por C. Del Bò, Feltrinelli, Milano, 2013.
- SAVATER, F., *Il coraggio di scegliere. Riflessioni sulla libertà*, Laterza, Roma-Bari, 2004.
- SCHMITT, C., *Lo Stato come meccanismo in Hobbes e in Cartesio* (1936), en *Scritti su Thomas Hobbes*, a cura di Carlo Galli, Giuffrè, Milano, 1986.

- SEARLE, J., *The Construction of Social Reality*, Free Press, New York, 1995.
- SEVERINO, E., *La buona fede. Sui fondamenti della morale*, Rizzoli, Milano, 1999.
- SKINNER, Q., *La libertà prima del liberalismo*, ed. por M. Geuna, Einaudi, Torino, 2001.
- SPALLAROSSA, M. R., *La procreazione responsabile*, en *Trattato di biodiritto*, dirigido por S. Rodotà e P. Zatti: *Il governo del corpo*, Tomo II, pp. 1373-1401.
- SUGAMELE, L., *Il valore economico della procreazione al tempo del biomercato neoliberalista*, en «Ragion Pratica», 2, 2019.
- SUPIOT, A., *Homo juridicus. Saggio sulla funzione antropologica del diritto*, Bruno Mondadori, Milano, 2006.
- TALLACCHINI, M. C., *Habeas corpus? Il corpo umano tra non-commerciabilità e brevettabilità*, en «Bioetica», 1998.
- TAYLOR, J.S. (ed.), *Personal Autonomy. New Essays on Personal Autonomy and Its Role in Contemporary Moral Philosophy*, Cambridge, 2005.
- VALLINI, A., *Sistema e metodo di un biodiritto costituzionale: l'illegittimità del divieto di fecondazione "eterologa"*, en «Diritto penale e processo», n. 7, 2014.
- VECA, S., *Cittadinanza. Riflessioni filosofiche sull'idea di emancipazione*, Milano, 2008.
- VEGETTI FINZI, S., *Oscurità dell'origine e bioetica della verità*, in S. Rodotà (ed.), *Questioni di bioetica*, cit., pp. 182-197.
- VENDITTI, V., *Maternità reloaded. Una riflessione sui processi di assimilazione e normalizzazione delle forme alternative di maternità*, en «Politica & Società», n. 3, 2014, pp. 449-465.
- VIROLI, M., *Repubblicanesimo*, Laterza, Roma-Bari, 1999.
- ZANETTI, G., *Filosofía de la vulnerabilidad. Percepción, Discriminación, Derecho*, ed. por F. J. Ansuátegui, Editorial, Dikynson, Madrid, 2020.

ENFOQUE BIOÉTICO DE LA MATERNIDAD
SUBROGADA EN EL SISTEMA
JURÍDICO MEXICANO, COMO ACTO
DE DISPOSICIÓN DEL CUERPO HUMANO

FERNANDO CATAÑO MURO SANDOVAL
Escuela Libre de Derecho

RESUMEN: En este estudio, se plantean cuestionamientos en torno a la maternidad subrogada, realidad humana en la que el Derecho debe dar respuesta, en un marco de ética y derechos humanos.

RIASSUNTO: In questo studio vengono affrontate alcune questioni riguardo la maternità surrogata, una realtà umana alla quale la legge deve rispondere all'interno di un contesto di etica e diritti umani.

ABSTRACT: in this paper, questionings about surrogated motherhood are stated; human reality to which Law must solve within a frame of ethics and human rights.

PALABRAS CLAVE: Filiación, maternidad, paternidad, familia, derechos humanos.

PAROLE CHIAVE: Filiazione, maternità, paternità, famiglia, diritti umani.

KEY WORDS: Filiation, paternity law, family, human rights.

I. INTRODUCCIÓN

El mundo actual, con la diversidad de actividades en las que incursiona la ciencia y la tecnología, con las múl-