

¿Es la gestación por sustitución una afrenta al valor europeo de la dignidad humana?

Víctor Manuel Vera García

Sumario: I. Introducción. II. Entendiendo el concepto de dignidad humana. III. Las posturas de quienes están en contra. IV. Una réplica a la postura. V. Conclusiones.

I. Introducción

A primera impresión puede parecer que la Unión Europea (UE) se fundó persiguiendo el fin de la libre circulación de personas, bienes y servicios, esto para fomentar la economía en una región del mundo que quedó devastada por la Segunda Guerra Mundial. Lo anterior es cierto, sin embargo, el fomento del desarrollo económico es sólo una forma de alcanzar el objetivo principal, el cual es la paz¹. Esta búsqueda de la paz se da precisamente debido a las dos guerras casi seguidas que dejaron a Europa en un estado de gran crisis no sólo económica, sino principalmente humana. Los valores de los derechos fundamentales nunca se habían visto más amenazados que durante ese periodo corto de tiempo en el que los crímenes de lesa humanidad, las matanzas sistemáticas y la completa indiferencia hacia el sufrimiento de las personas eran la cotidianidad para millones de seres humanos.

Precisamente las primeras organizaciones que dan lugar a la UE buscaron regular la materia prima y la energía que fueron utilizadas para crear armamento, el carbón y la energía atómica. Por otro lado, no es de extrañar que ante los hechos tan terribles acontecidos durante la primera mitad del siglo XX los poderes europeos hayan decidido consagrar el respeto a la dignidad humana como uno de los valores sobre los que se fundamenta la UE. Esto se encuentra consagrado en el artículo 2 del Tratado de la Unión Europea (TUE).

La búsqueda del respeto a la dignidad humana va acorde con la tradición humanística de Europa, razón por la cual se ha hablado en diversos foros sobre el concepto de dignidad y sus alcances. Considero que durante años las vulneraciones a la dignidad humana no fueron objeto de fuerte debate, puesto que en general aquellas conductas que violentan este principio son muy tajantes. Por ejemplo, nadie razonablemente podría afirmar que torturar, violentar sexualmente o no pagar un sueldo justo a una persona no destruye su dignidad. No obstante, hay situaciones en donde no es tan fácil dilucidar si se está o no violentando la dignidad de una persona.

Los avances científicos han revolucionado la forma en que nos relacionamos con otros y con el mundo; a la vez, han buscado revolucionar cómo nos relacionamos con nuestra propia existencia y con nuestros cuerpos. La ciencia ha propiciado la posibilidad de usar herramientas bienvenidas para corregir errores del cuerpo como lentes, aparatos auditivos o marcapasos. La ciencia también ha creado posibilidades que no son del todo bien recibidas,

¹ Comisión Europea (2022). *La Unión Europea – Qué es y qué hace*. Oficina de publicaciones de la Unión Europea. Luxemburgo: p. 7.

como la posibilidad de clonar personas, de instalar pequeñas computadoras en nuestros cuerpos o inseminar un óvulo fuera del cuerpo de las mujeres para después implantarlo en el útero.

Ante estas situaciones que se desarrollan de forma tan acelerada el derecho no ha podido más que reaccionar y buscar prohibir situaciones que en el entendido tradicional de dignidad podrían derivar en vulneraciones flagrantes a la misma. No son pocos los juristas que denuncian los peligros que suponen estos avances al orden público y sobre todo a la dignidad humana. Una práctica que cada vez adquiere más relevancia por su uso es la llamada gestación para otros o gestación por sustitución (GS); práctica que ha sido denunciada por algunos como una afrenta a los valores occidentales y por ende a los valores europeos.

¿Es de verdad la GS una práctica que vulnera la dignidad de las mujeres y de los niños nacidos mediante la técnica? En este breve ensayo no se pretende dar una respuesta final a un debate que genera discusiones tan apasionadas, lo que se busca es cuestionar los argumentos que emplean algunos académicos para expresar de forma absoluta que la GS es una práctica contraria a los valores de dignidad. En este documento también se toca de forma incidental el tema del orden público de los Estados como parte de los fundamentos europeos, sin embargo, se debe de aclarar que el enfoque principal es la dignidad humana.

II. Entendiendo los conceptos base del ensayo

1. Sobre el concepto de dignidad humana

Como ya se señaló en la introducción, la UE se fundamenta en una serie de principios y valores. El preámbulo del TUE establece que los líderes de los Estados firmantes de inspiran para promulgar tal tratado en: “[...] la herencia cultural, religiosa y humanista de Europa, a partir de la cual se han desarrollado los valores universales de los derechos inviolables e inalienables de la persona, así como la libertad, la democracia, la igualdad y el Estado de Derecho.”. Se mencionan como valores universales los derechos inviolables e inalienables de las personas y estos forman parte de la herencia cultural, religiosa y humanista europea. Que se haga alusión a la tradición religiosa de Europa es una cuestión que a mi consideración da un cierto apoyo a las argumentaciones religiosas de las que se hablarán más adelante.

Ahora bien, es el artículo 2 del TUE el que claramente establece: “La Unión se fundamenta en los valores de respeto de la dignidad humana, libertad, democracia, igualdad, Estado de Derecho y respeto de los derechos humanos, incluidos los derechos de las personas pertenecientes a minorías. Estos valores son comunes a los Estados miembros en una sociedad caracterizada por el pluralismo, la no discriminación, la tolerancia, la justicia, la solidaridad y la igualdad entre mujeres y hombres”. Este artículo es la base sobre la cual se fundamenta el respeto a la dignidad humana en el contexto europeo y por ende resulta necesario saber en que consiste dicho concepto.

La dignidad humana es un concepto abstracto, pero para tener un entendimiento básico es necesario establecer que hay dos corrientes que la engloban, que son complementarias y que son la base del desarrollo del concepto de dignidad en Europa y occidente. La primera de

estas corrientes es la de Kant, que presenta un contenido eminentemente filosófico y otra que es la jurídica, que toma como base la de Kant y no se aparta mucho de ella.

Para Kant la dignidad humana deriva de los postulados del imperativo categórico, establecidos por el mismo, los cuales son tres y son los siguientes:

- 1) Obrar siguiendo una máxima, esto es actuar pensando que los principios que rigen nuestras acciones pueden convertirse en leyes universales.
- 2) Obrar de tal manera que se vea a la humanidad en su conjunto, pero sobre todo a las personas de forma individual como un fin en sí mismas y no únicamente como medios.
- 3) La voluntad de todo ser racional es una voluntad que legisla universalmente. Esto significa que las personas están sometidas a la ley no por imposición, sino que se autorregulan mediante la ley de la que ellas mismas son autoras².

Como se puede observar, según el imperativo categórico las acciones que realizamos pueden convertirse en leyes universales, que respetamos porque así nos parecen más correctas y al obrar buscando leyes universales debemos de observar a las personas como un fin en sí mismo, nunca usarlas como medio. Esta noción de dignidad es la más extendida y se emplea en las argumentaciones que están en contra de la GS.

Por su parte se puede afirmar que la interpretación jurídica de la dignidad enfatiza en cuatro tópicos: “[...] a) prohibición de tratos inhumanos o degradantes; b) garantía y protección de las decisiones individuales que tiendan a lograr la realización de la autonomía y los proyectos de vida personal; c) reconocimiento de la identidad de los diferentes grupos de la sociedad, y d) creación de condiciones para que cada persona satisfaga sus necesidad [sic.] personales”³.

Esta interpretación jurídica de la dignidad sigue la línea argumentativa propuesta por Kant y la desarrolla aún más. La dignidad no sólo implica seguir valores universales y tratar a las personas de acuerdo con esos valores universales. Ahora también se enfatiza la importancia de las decisiones de las personas sobre sus proyectos de vida, su personalidad y el reconocimiento de la pluralidad humana.

Tradicionalmente una cuestión importante sobre la dignidad es la no explotación de las personas y de su cuerpo, lo cual está regulado en muchas constituciones del mundo y en tratados internacionales. Esto puede ser una vertiente derivada de las ideas filosóficas del cristianismo europeo. En las religiones abrahámicas, no sólo el cristianismo, la vida y el poder vital tienen una importancia sagrada, puesto que son un regalo de Dios, es por esa concepción de que solo el creador puede quitar la vida. De igual forma muchos de los productos del cuerpo se consideran sagrados, en el judaísmo, por ejemplo, la sangre es vista

² Rodríguez Tovar, Magda Viridiana, & Camarillo Govea, Laura Alicia. (2021). Gestación subrogada: alcances y límites en la teoría kantiana. *Intersticios sociales*, (22): p. 76 y 77.

³ *Ibidem*: p. 78.

como el líquido que contiene la esencia vital, razón por la cual el comer sangre o las transfusiones de la misma se consideran una transgresión fuerte a la vida⁴.

De esto se puede hilar la idea tradicional de dignidad no sólo de la persona misma sino de su cuerpo y sus derivados. Esto es así, ya que no sólo está prohibida la explotación del ser humano, sino de comercializar consigo mismo y con las cosas que el mismo cuerpo produce como sangre, ovules, esperma, embriones humanos y en el caso de las personas con capacidad gestante, la prohibición de comercializar, por así decirlo, con bebés que han traído al mundo.

Esta idea de no explotación del cuerpo humano no sólo tiene sus orígenes en la religión, sino que también es un recordatorio de lo terriblemente acontecido durante la Segunda Guerra Mundial. Es necesario recordar que el holocausto judío no sólo produjo la muerte de millones de personas, sino que significó una completa despersonalización de los individuos, pues las formas en que se mataba buscaban la máxima eficiencia y eficacia posibles, como si de una línea de producción en una fábrica se tratase.

2. Sobre el concepto de gestación por sustitución

Ahora bien, la GS es una técnica de reproducción asistida (TRA) que se puede definir de la siguiente manera: “[...] una forma de reproducción asistida, por medio de la cual una persona, denominada gestante, acuerda con otra persona, o con una pareja, denominadas comitente, gestar un embrión con el fin de que la persona nacida tenga vínculos jurídicos de filiación con la parte comitente”⁵.

De esta definición se pueden desprender los elementos esenciales de la GS los cuales son:

- 1) es una forma de reproducción asistida, pese a que algunos académicos hablan en contra de esto
- 2) existe una parte gestante, que hasta la fecha siempre es una mujer, sin embargo, considero afortunado en esta definición que se mencione a una persona, pues no se puede descartar que en algún momento un hombre trans pudiera ser gestante en algún procedimiento;
- 3) existe una parte comitente, la cual en definiciones tradicionales se ha señalado como una pareja formada entre hombres y mujeres, sin embargo, en la realidad pueden acudir a la GS también parejas formadas por personas del mismo sexo o incluso hombres solteros; y

⁴ La información (2013). Por qué los judíos no deben comer morcilla y otras curiosidades de su tradición. *La Información*. Disponible en: https://www.lainformacion.com/espana/por-que-los-judios-no-deben-comer-morcilla-y-otras-curiosidades-de-su-tradicion_0vevpgfsy8iqquspjaluz4/

⁵ Lamm, Eleonora (2013). *Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*, Publicacions i Edicions de la Universitat de Barcelona, Barcelona: p. 24.

- 4) el recién nacido tendrá vínculos de filiación con la parte comitente, este es el objetivo final del convenio de GS y algunos académicos afirman que debería ser el enfoque del contrato y no el procedimiento por el cual se llega a este objetivo.

Cabe señalar también que la doctrina distingue dos tipos de gestación por sustitución: La tradicional y la gestacional. El primero se refiere a que la gestante aporta tanto el material genético como la gestación misma. El segundo tipo se da cuando una tercera mujer aporta el ovulo y la gestante aporta únicamente la gestación. La tendencia actual dentro de la GS es que los convenios sean de este segundo tipo. Esto debido a que se busca evitar situaciones donde la gestante tenga un vínculo genético con el recién nacido y por ende se niegue a entregarlo. El hecho de que no exista un vínculo genético con el niño nacido ayuda a que algunos ordenamientos sean más tolerantes con la figura⁶.

Ahora bien, el Glosario de terminología en Técnicas de Reproducción Asistida no nos da una definición de gestación subrogada, y sólo nos define que debemos entender por gestante subrogada: “mujer que lleva adelante un embarazo habiendo acordado que ella entregará el bebé a los padres previstos. Los gametos pueden originarse de los padres previstos y/o de terceros”⁷. Indirectamente entendemos los elementos más importantes de la técnica citada como lo es un embarazo acordado la entrega a los padres previstos y que los gametos pueden provenir ya sea de los padres, de alguno de ellos, de terceros una combinación de entre los padres y terceros.

Antes de terminar cabe señalar que académicas como Lamm expresan que el término maternidad subrogada es incorrecto. En primer lugar, porque subrogar se define como “sustituir o poner una persona o cosa en lugar de otra”⁸, esta expresión sólo tiene sentido cuando la gestante aporta tanto la gestación como el material genético. Sustitución es la palabra que mejor define a quien gesta por y para otro que no puede hacerlo.

Por otro lado, maternidad es un término que engloba una realidad mucho más extensa que la gestación. El estado de madre es un proceso que inicia desde antes de la gestación con la etapa del deseo de ser madre, y continúa más allá después del nacimiento del hijo, es la etapa de tener que ser madre. Por tal motivo llamar madre a la gestante es incorrecto. En definitiva, como la maternidad no se subroga, más bien es la gestación, la terminología correcta sería gestación por sustitución.

III. Las posturas de quienes están en contra

Una vez explicados los conceptos de dignidad humana y exponer las implicaciones de la GS resulta sencillo entender por qué existe una resistencia tan grande entre algunos juristas

⁶ Ávila Hernández, Carlos Javier (2017). La maternidad subrogada en el Derecho comparado. *Cadernos de Derecho Actual*, núm. 6: p. 317.

⁷ Zegers-Hochschild, Fernando *et al.* (2010). *Glosario de terminología en Técnicas de Reproducción Asistida (TRA). Versión revisada y preparada por el International Committee for Monitoring Assisted Reproductive Technology (ICMART) y la Organización Mundial de la Salud (OMS)*, Organización Mundial de la Salud. Disponible en: https://www.who.int/reproductivehealth/publications/infertility/art_terminology_es.pdf?ua=1: p. 7.

⁸ Lamm, Eleonora (2013). Op. cit.: p. 26.

y la sociedad civil en general. Y es que la GS es un contrato que desafía las nociones más arraigadas de la cultura occidental, como la de familia, maternidad, paternidad, filiación y el respeto casi religioso del cuerpo humano.

En varios países de la UE la GS está prohibida y en algunos casos como el de Italia, incluso está criminalizado. En España el contrato es nulo de pleno derecho y se han señalado una serie de documentos tanto vinculantes, como de soft law que amparan esa nulidad.

Uno de estos documentos es la Convención sobre Derechos del Niño que en su artículo 7.1 consagra el derecho a la identidad y a la familia, así como la prohibición de injerencias ilícitas por parte de los Estados. Por su parte el artículo 8 regula la obligación de los Estados de actuar en casos donde la identidad de los niños deba ser restablecida. Para los detractores de la GS esta técnica representa una falta al derecho de la identidad de niñas y niños, así como una injerencia arbitraria por vulnerar el orden jurídico nacional e internacional.

Por su parte la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer (CEDAW), en su artículo 6 establece que los Estados Parte tomarán todas las medidas adecuadas para suprimir todas las formas de trata de mujeres. Este artículo es relevante para quienes se oponen a la GS, ya que la comparan con diversas figuras criminales como la explotación laboral, la trata de personas, la esclavitud, entre otras.

El artículo 21 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y la Dignidad del Ser Humano, respecto de las aplicaciones de la Biología y Medicina de 1997 (Convenio sobre Derechos Humanos y Biomedicina o Convenio de Oviedo) establece “El cuerpo humano y sus partes, como tales, no deberán ser objeto de lucro”.

Los pocos documentos señalados son las argumentaciones legislativas en contra de la GS, pero estas legislaciones van apoyadas de ideas filosóficas y morales. Sobre eso se puede señalar que existen argumentos morales en contra de la GS, los cuales son los siguientes.

La GS trivializa la relación que se da entre madre e hijo durante el embarazo: Esto deja a la gestante en un profundo estado de malestar psicológico⁹. La GS es en sí misma una explotación del cuerpo de las mujeres y su capacidad gestante: y aquí entran las críticas relacionadas con la pérdida de autonomía de las mujeres porque en casos son obligadas a abortar o se les impide abortar¹⁰, o también los casos en que los comitentes rehúsan a hacerse cargo de un bebé debido a alguna discapacidad¹¹. En este sentido también se habla de aquellas mujeres pertenecientes a países pobres e incluso mujeres secuestradas para gestar por otros¹². Así mismo se menciona que la GS se convierte en un mercado de bebés¹³, donde dichos bebés pueden ser modificados o seleccionados genéticamente a gusto de los comitentes, una práctica eugenésica¹⁴.

⁹ Contreras Peláez, Francisco José (2020). Contra la gestación subrogada. *Dignidad y vida humana: eutanasia, gestación subrogada y transhumanismo*, Sánchez Sáez, Antonio José (coord.): p. 363

¹⁰ Ibidem: p. 363.

¹¹ Ibidem: p. 364.

¹² Ibidem: p. 364, 365.

¹³ Ibidem: p. 363.

¹⁴ Ibidem: p. 365.

En el ámbito europeo se han decidido algunas sentencias al respecto de la GS, pero que hablan exclusivamente de la situación de filiación, esto es, cuando los niños y niñas ya han nacido y por ende existe una situación en la que se debe dilucidar quienes son padres de los recién nacidos. Sobre lo anterior se pueden señalar las primeras sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH): *Menesson vs. Francia* (26 junio 2014) y *Labasse vs. Francia* (26 junio 2014). De acuerdo con Ruiz Bursón a esta sentencia se le escapan dos cuestiones importantes, primero el señalar que la filiación debe ser solo con el padre mas no con la madre comitente, pues no existe vínculo “biológico” con ella. Y en segundo lugar que la sentencia pasa por alto y no hace valoración alguna del evidente fraude a la ley. Se está así ante una aplicación plana y sesgada del presunto interés del menor que deja de lado cuestiones relevantes como el respeto a los principios del orden público¹⁵.

De acuerdo con la interpretación del artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), la forma en la que se reconozca dicha filiación no tiene que ser exclusivamente a través de la inscripción directa en el registro civil del acta de nacimiento otorgada en el extranjero. También existe la posibilidad de que la madre comitente realice una adopción del hijo de su cónyuge¹⁶. Para Ruiz Bursón sin embargo, aún es debatible que se haga tal reconocimiento puesto que el TEDH ya ha establecido las normas en materia de adopción internacional y esta tiene como límite legítimo los principios de orden público del país donde se realizará la adopción, los cuales son de acuerdo con la sentencia de *Paradiso y Campanelli* la de prohibición de la GS en base al interés superior de la infancia y la protección de la gestante¹⁷.

Ahora, existe un debate importante sobre si los tribunales están o no creando nuevos derechos, cosa que en una sociedad democrática no es aceptable ya que su principal función es la de interpretar las normas. En relación con los derechos humanos es muy común que una línea de académicos estén preocupados por la amplitud de derechos que se están creando a través de la labor interpretativa de los tribunales, bástese con ver lo señalado por el artículo 8 del Convenio Europeo y como se argumenta que el precepto se ha extendido a una serie de cuestiones que ni están en la literalidad de la norma y mucho menos en su espíritu. Tal es el caso de la orientación sexual, la identidad de género, el nombre, el desarrollo personal, el derecho a establecer relaciones con otros seres humanos y el mundo exterior, hasta la autodeterminación¹⁸.

En un punto de este trabajo se tiene que hablar sobre el activismo judicial, sobre como las interpretaciones de los tribunales en materias controvertidas como el aborto, la eutanasia y el suicidio asistido, la identidad de género, y claro las TRA y en específico la GS son vistas por algunos académicos como actuaciones legislativas ilegítimas por parte de los tribunales¹⁹. Se llega afirmar que los valores occidentales se están perdiendo, valores surgidos del

¹⁵ Ruiz Bursón, Francisco Javier (2020). La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre eutanasia y vientres de alquiler. *Dignidad y vida humana: eutanasia, gestación subrogada y transhumanismo*. Sánchez Sáez, Antonio José (coord.): p. 341.

¹⁶ *Ibidem*: p. 345.

¹⁷ *Ibidem*: p. 345.

¹⁸ *Ibidem*: p. 348.

¹⁹ *Ibidem*: p. 354-ss.

pensamiento filosófico griego y la religión cristiana²⁰. Se vaticina una suplantación del sistema jurídico occidental basado en la razón, “la propia naturaleza del ser humano”, y la democracia por uno basado en “ideologías del deseo”. Además se llama a la rebelión, en la defensa de una cultura de la vida donde todos los seres humanos “[...] tengamos cabida de acuerdo con nuestra suprema dignidad de hijos de Dios”²¹.

Existen a su vez quienes afirman que la GS es una pendiente resbaladiza que debe ser detenida, para no ver dilapidados los rasgos esenciales de nuestra especie, los cuales son la determinación aleatoria de nuestro fenotipo y la reproducción sexuada, resultante “del amor entre un hombre y una mujer”²². Lo cual está totalmente en contra y es irreconciliable con “[...] un contrato entre una pareja gay -o soltero californiano- y una anonima mujer del Tercer Mundo que alquila sus entrañas, o de la inseminación de una lesbiana con semen de un desconocido”²³.

Para estos académicos el derecho siempre ha asumido una determinada intencionalidad y presupuesto un cierto orden de valores en las conductas humanas, se califican a unas de buenas y otras de malas, según estén acordes o no con la noción de dignidad humana, aquellas conductas que no estén acordes con dicha dignidad el derecho no las ampara, pues a lo mucho puede tolerarlas o le son ajenas²⁴.

Hay quienes consideran además que el individualismo exacerbado de la sociedad actual nos está llevando a un extremo de manejar la propia vida sin consecuencias y da lugar a personas egoístas²⁵. “Si disponer legalmente de la propia vida es un derecho subjetivo, exigible, los motivos para ejecutarlo resultan secundarios”²⁶. Por su parte Le Pourhiet afirma que “a los valores objetivos que imprimían una lógica y una coherencia a la sociedad y a su Derecho los sustituyen unos intereses objetivos a la carta que conducen al relativismo anárquico”²⁷.

IV. Una réplica a la postura

Aquí es cuando podemos afirmar que el derecho se ha quedado atrás, busca proteger una serie de valores y normas que ya no son aptos para la sociedad que rige y nosotros mismos podemos caer en esa idea de que el derecho persigue un cierto orden de valores al que la humanidad debemos ajustarnos, cuando más bien es el derecho quien debe de ajustarse a los valores que vivimos en el momento en que nos rige. No quiere decir con esto que ahora se

²⁰ Ibidem: p. 357 y Sánchez Cámara, I. 2014: El asedio cultural al cristianismo. *¿Democracia sin religión? El derecho de los cristianos a influir en la sociedad*, Contreras, F.J. y Kluge, M. coords., 122.

²¹ Ruiz Bursón, Francisco Javier (2020). Op. cit.: p. 358.

²² Contreras Peláez, Francisco José (2020). Op. cit.: p. 365.

²³ Ibidem: p. 365.

²⁴ Prieto Álvarez, Tomás (2020): La disposición de la propia vida: la respuesta del Estado ante la decisión personal de perder la vida. *Dignidad y vida humana: eutanasia, gestación subrogada y transhumanismo*, Sánchez Sáez, Antonio José (coord.): p. 114.

²⁵ Ibidem: p. 112.

²⁶ Ibidem: p. 113.

²⁷ Le Pourhiet, A.-M. (2007). Droit à la vie, droit à la mort: réflexions sur certaines contradictions postmodernes. *En hommage à Francis Delpérée. Itinéraires d'un constitutionnaliste*, Bruylant-LGDJ, Bruselas-París: p. 779.

debe de permitir cualquier actuar humano y que reine la anarquía o lo que Durkheim llamaba, la anomia²⁸. Sino que debemos observar cuáles son los nuevos valores y ajustar nuestro derecho a los mismos si acaso vemos que son funcionales. Esta idea puede leerse como utilitarista y tal vez al final lo es, pero debe de recordarse que el derecho es una herramienta que sirve a las personas y no somos las personas quienes debemos servir a la herramienta, como también ya ha expresado el historiador Noah Harari²⁹.

¿El contrato de GS es una forma de venta de niñas y niños? En términos estrictos yo considero que no, y he aquí las razones del porque pienso eso. En primer lugar, el contrato de GS es una figura compleja que implica un acuerdo más allá del intercambio de un bebé por un precio. Pensando en procesos de GS donde a la gestante sí se le da una compensación económica, el bebé nacido tiene, o al menos se busca que en la mayoría de los casos tenga una relación genética con uno de los comitentes y ninguna relación genética con la gestante. Para que esto fuera una venta en el sentido estricto, la gestante debería ser “dueña” o al menos tener la “posesión” de hecho del bebé recién nacido. Estas expresiones pueden resultar chocantes, pero se utilizan con la intención de que el ejemplo haga alusión lo más posible a la figura de la compraventa.

De hecho, el bebé nacido tendría que estar en una situación análoga a la esclavitud o en esclavitud para que se pudiera hablar de verdadera mercantilización. En los casos en que se da una compensación económica a la gestante, la misma compensación se da, no por la entrega del bebé, sino por los “servicios” prestados, que consisten en poner en servicio de otros su capacidad reproductiva con la finalidad de concebir un hijo unido genéticamente a estos. A mi parecer, no se puede reducir una práctica tan compleja, que era impensable y por ende imposible de prever, con figuras que han existido desde hace muchísimos años y han sido reguladas por el derecho.

¿Es realmente la GS una forma de explotación contra las mujeres que vulnera su dignidad? Este es el debate más férreo y divisivo de todos en relación con esta técnica, y no es tan sencillo contestar que sí es o no es una vulneración a la dignidad de las mujeres. Existen posturas que por un lado afirman que es otra forma de explotación del cuerpo de las mujeres más vulnerables y que termina por ser una especie de trata de personas o esclavitud, ya que se coarta por completo la libertad de las mujeres. También se ha expresado que ninguna mujer por gusto propio se sometería a un proceso de GS, sin embargo, muchas de estas posturas son suposiciones y las mujeres gestantes rara vez son consultadas sobre sus sentimientos.

La dignidad además es un concepto que va resignificándose con el tiempo, no se puede quedar estancado. Se ha argumentado que actualmente vivimos en una época donde se da más preponderancia a los deseos de las personas que a su propia dignidad o al orden público establecido. Sin embargo, no se puede dejar de cuestionar, si acaso la libertad de la persona de hacer con su propio cuerpo lo que deseé, no es una expresión más de la dignidad. Después

²⁸ Ferrer Arroyo, Francisco (2022): *Sociología jurídica: Aportes de la sociología para la práctica del derecho*, Universidad de Palermo. Argentina: p. 82.

²⁹ Harari, Yuval Noah (2019): *Obra completa: Pack con: Sapiens | Homo Deus | 21 lecciones para el siglo XXI*, Debate, Edición Kindle.

de todo, dentro de los límites de razonabilidad alguien puede decidir poner a disposición su cuerpo o las partes del mismo para lograr un fin que otra u otras personas hayan deseado³⁰.

No quiere decirse con esto que se debe de permitir toda forma de disposición del cuerpo así sin más, sino que deben establecerse reglas claras y sobre todo la persona que decida hacer uso de su cuerpo para lograr el fin que persiguen otros debe de hacerlo con pleno conocimiento de su situación, de las consecuencias de su decisión y realizarlas en total libertad. Así lo deberían de hacer de igual forma las mujeres que deciden ser gestantes³¹.

Es también común observar que aquellas personas que están totalmente en contra de la GS, sea altruista o remunerada, anteponen ideas que son contrarias al orden jurídico laico bajo el cual se deben regir los Estados para servir a todas las personas y no solo a un grupo, independientemente de si este es mayoría o no. Un ejemplo ilustrativo de las ideas contrarias a la laicidad es argumentar que el contrato de GS afecta el derecho a la integridad “espiritual” de la persona³². Claramente existen juristas que entienden la tradición cristiana de Europa y por eso consideran que estos valores deben ser compartidos por todos los Estados miembros de la Unión. Después de todo, en el preámbulo del TUE se hace alusión a la herencia cristiana de Europa.

Sin embargo, se debe recordar igualmente, que el artículo 2 del tratado citado además del respeto a la dignidad humana, tiene como valor el respeto a los derechos de las minorías. En una sociedad democrática no es válido hacer argumentaciones relacionadas con una religión en específico aunque tengan su equivalente en la laicidad, ya que el gobierno debe velar por los intereses no sólo de cristianos, sino de cualquier otra expresión legal de fe.

Por lo que hace a la vulneración a la vulneración al orden público nacional e internacional existen otras posturas que explican como debe de ser esa limitación con respecto del reconocimiento a situaciones jurídicas acontecidas en otros Estados. Esta limitación sigue siendo una vulneración al orden público internacional del Estado requerido, como lo afirman las personas más fundamentalistas. Sin embargo hay una palabra que diferencia esta vulneración y esa es la de flagrante³³. Esto se refiere a que los Estados no deben de reconocer cualquier situación jurídica acontecida en otros países como el matrimonio contraído con un menor de edad, por ejemplo, pero sí aquellas que acarrear el reconocimiento o no de un derecho humano fundamental como es la filiación de niñas y niños.

V. Conclusiones

Como se ha visto las innovaciones tecnológicas han cambiado el concepto de gestación el cual ha sido separado por completo del de maternidad. Esto trae consigo una serie de

³⁰ Rodríguez Tovar, Magda Viridiana, & Camarillo Govea, Laura Alicia. (2021). Op. cit.: 81.

³¹ Ibidem: p. 81 y 82.

³² Fernández Arévalo, Ángela (2020). Por qué es nulo el contrato de gestación por sustitución y qué efectos derivan de dicha nulidad. *Dignidad y vida humana: eutanasia, gestación subrogada y transhumanismo*, Sánchez Sáez, Antonio José (coord.): p. 315.

³³ Durán Ayago, Antonia (2023). *Derechos humanos y método de reconocimiento de situaciones jurídicas: hacia la libre circulación de personas y familias. Perspectiva internacional y europea*, Aranzadi, España: p. 27.

cuestionamientos éticos y morales, que parecen amenazar los valores occidentales y en específico los valores sobre los que se cimienta la UE. El debate debe de llevarse a cabo para dilucidar si es que acaso esta técnica es o no violatoria de la dignidad, no obstante, ese debate debe de ser conducido siguiendo un test de razonabilidad. Equiparar las nuevas situaciones con figuras criminalizadas sólo genera reacciones sensacionalistas que no ayudan y más bien polarizan la discusión.

Al decir esto no estoy expresando que se debe de aceptar de inmediato y sin meditar las nuevas realidades. Mi argumento es que estas nuevas realidades se deben de analizar, pero no desde una visión dogmática, sino desde una óptica más abierta a nuevas respuestas y propuestas que estén acordes con los valores y la moral actuales. Estos valores y moral actuales no salen de la nada, sino que, a mi consideración, forman parte de una evolución de los valores esenciales occidentales y europeos. Valores que la sociedad está reclamando, por lo que sea que funcionen o no al final, deberían ser tomados en consideración.