

# ¿Es la gestación subrogada comercial moralmente inadmisibles? La objeción de la mercantilización\*

## [Is Commercial Surrogacy Morally Inadmissible? The Commodification Objection]

MARÍA JOSÉ PIETRINI SÁNCHEZ  
*Universidad Nacional Autónoma de México*  
*Instituto de Investigaciones Filosóficas*  
mjpietrinisanchez@gmail.com

**Resumen:** ¿Qué hay de malo en la subrogación comercial como para justificar su prohibición? Este artículo explora cómo se ha utilizado el argumento de la mercantilización para fundamentar la condenación moral y legal de la subrogación comercial. Discuto tres argumentos filosóficos: (i) el argumento de la inconmensurabilidad, (ii) el de la alienación y (iii) el argumento a partir de sus efectos negativos. Introduzco un cuarto argumento: (iv) el de los contratos de consumo. Sostengo que mientras que (i), (ii) y (iii) no ofrecen razones morales fuertes que justifiquen la inadmisibilidad moral de la subrogación comercial, (iv) sí lo hace. El argumento de los contratos de consumo sostiene que la distribución asimétrica entre los derechos y las obligaciones que justifica el modelo de contratos de consumo hace que los padres-madres intencionales y las agencias de subrogación (si las hay) se beneficien injustamente a expensas de las gestadoras subrogadas. Argumento que (iv) aporta razones para la intervención por parte del Estado, pero no para la prohibición de la subrogación comercial.

**Palabras clave:** derechos parentales; reproducción asistida; inconmensurabilidad; alienación; filosofía feminista

**Abstract:** What is wrong with commercial surrogacy that justifies its prohibition? This article explores how the commodification argument has been used in the philosophical literature to substantiate the moral and legal condemnation of commercial surrogacy. I discuss three arguments available in the literature: (i) the incommensurability argument, (ii) the alienation argument, and (iii) the negative effects argument. I introduce a fourth argument: (iv) the consumer contract argument. I argue that while (i), (ii), and (iii) cannot offer strong moral reasons to justify the moral inadmissibility of commercial surrogacy, (iv) can. The consumer contract argument holds that the asymmetric distribution between rights and obligations that justifies the

\* Este artículo fue escrito durante mi estancia posdoctoral en el Instituto de Investigaciones Filosóficas de la UNAM. Agradezco al Programa de Becas Posdoctorales por su increíble apoyo para la investigación. Deseo agradecer a los dos dictaminadores anónimos por sus comentarios, recomendaciones y discusión de las ideas de este texto.

consumer contract model results in the intended parents and the surrogacy agencies (if any) unfairly benefiting at the expense of surrogates. I argue that (iv) provides reasons in favor of state intervention, but not in favor of a ban on commercial surrogacy.

**Keywords:** parental rights; assisted reproduction; incommensurability; alienation; feminist philosophy

## 1. Introducción

La distinción entre la subrogación comercial y la subrogación altruista ha influido en gran medida en la valoración moral y las políticas públicas de muchos países. La subrogación comercial a menudo se considera inmoral y muchos países la prohíben y criminalizan alegando que implica la explotación de las gestadoras subrogadas,<sup>1</sup> involucra la mercantilización de la labor reproductiva de las mujeres y la compraventa de bebés. En contraste, la prohibición de la subrogación con fines altruistas muchas veces se considera inaceptablemente paternalista, razón por la cual muchos países la toleran y, a veces, incluso la fomentan.<sup>2</sup>

En la última década se ha visto una tendencia entre las jurisdicciones que antes permitían la subrogación comercial a adoptar en forma gradual esquemas más restrictivos: prohibir la subrogación comercial por completo y sólo permitir la subrogación con fines altruistas exclusivamente para parejas nacionales. Esta tendencia se puede explicar, al menos en parte, por los problemas que surgen de la conjunción de dos factores: la rápida expansión de la gestación subrogada combinada con una regulación legal pobre, lo que ha dado lugar a varios casos de prácticas abusivas. Por ejemplo, en 2015 Tailandia prohibió la subrogación comercial después de dos casos escandalosos: uno en el que una pareja australiana abandonó a un bebé con síndrome de Down con su gesta-

<sup>1</sup> Utilizo el término “gestadora subrogada” para referirme a las personas que prestan sus úteros y capacidades reproductivas con la intención de que terceras personas se conviertan en padres-madres. Esta expresión se utiliza porque se considera más apropiado desde la perspectiva de los derechos humanos. Para una discusión interesante sobre los diferentes términos que se utilizan en la estudios especializados y sus implicaciones conceptuales, véase Beeson, Darnovsky y Lippman 2015. Uso pronombres femeninos porque la mayoría de las gestadoras subrogadas son mujeres.

<sup>2</sup> Algunas jurisdicciones que toleran la subrogación altruista mientras que prohíben la subrogación comercial son Reino Unido, Canadá (excepto la provincia de Quebec), Australia (excepto el Territorio del Norte), Bélgica, Dinamarca, Hungría y Holanda.

dora subrogada tailandesa y otro en el que se descubrió que un hombre japonés había engendrado al menos 16 bebés a través de gestadoras subrogadas tailandesas. Otro ejemplo es el cambio drástico del gobierno de la India en su posición sobre la gestación subrogada. En 2018 prohibió la subrogación comercial para sólo permitir la subrogación altruista a parejas indias (Schurr y Militz 2018).

Sin embargo, sorprende que algunas jurisdicciones que antes prohibían la subrogación comercial hoy están considerando seriamente permitirla. Por ejemplo, la ley de gestación subrogada del Reino Unido está bajo revisión actualmente por la Comisión Jurídica de Inglaterra y Gales y la de Escocia. Se estima que las nuevas leyes adoptarán una postura más liberal y se inclinarán por permitir algún tipo de subrogación comercial para aumentar la oferta y mitigar el impacto de la subrogación transnacional (Barn 2020, p. 137). Otro ejemplo es el cambio reciente en la percepción de la legalidad de la subrogación comercial en las leyes de gestación subrogada de México. Hasta ahora únicamente dos estados permiten la gestación subrogada: Tabasco y Sinaloa.<sup>3</sup> En 2016 el gobierno de Tabasco prohibió la subrogación comercial para sólo permitir la subrogación altruista para parejas nacionales heterosexuales. Sin embargo, en junio de 2021 la Suprema Corte de Justicia de la Nación dictaminó que la subrogación comercial no es contraria al orden público y que restringir la gestación subrogada contra extranjeros y parejas del mismo sexo es inaceptablemente discriminatorio. La aprobación de la Suprema Corte sugiere que es posible que cada vez más estados incorporen leyes que permitan la subrogación comercial. No obstante, esto ha desatado fuertes críticas y resistencia por parte de grupos feministas, de académicas, la sociedad civil y algunos gobiernos estatales.

Este artículo explora la pregunta *¿qué hay en la subrogación comercial que la hace moralmente inadmisibile?* Discute los argumentos que se han ofrecido en la bibliografía filosófica para fundamentar la inmoralidad de la mercantilización de la labor reproductiva de las mujeres con

<sup>3</sup>La restrictiva ley de Sinaloa ha dificultado que florezca el mercado de la subrogación en ese estado porque prohíbe la gestación subrogada a personas del mismo sexo y a extranjeros. Por el contrario, la ley de Tabasco era mucho más permisiva: el artículo 92 de su Código Civil permitía que se registrara a los bebés nacidos de una gestación subrogada a condición de presentar el certificado de nacimiento del menor y el contrato de subrogación notariado ante un juez, sin mencionar nada acerca de la nacionalidad o el estado civil de los padres-madres intencionales. Esto contribuyó a que Tabasco se convirtiera en un destino internacional de la gestación subrogada.

el objetivo de proveer fundamentos morales para la prohibición legal de la subrogación comercial. La pregunta que explora se aborda desde un contexto en el que se da por sentado que la subrogación altruista es moral y legalmente permisible.

El artículo se centra en una objeción que se utiliza con frecuencia en la filosofía para fundamentar la condenación moral y legal de la subrogación comercial: *el argumento de la mercantilización*.<sup>4</sup> En términos generales, este argumento establece que vender y comprar ciertos bienes y servicios es moralmente problemático. Sostengo que, si bien el argumento de la mercantilización identifica aspectos moralmente preocupantes de la subrogación comercial (muchos de los cuales ameritan la intervención del Estado), no justifica la prohibición legal de la subrogación comercial. Pueden existir otras razones para fundamentar su prohibición como, por ejemplo, razones pragmáticas o prudenciales o razones morales, pero son de otro tipo.

El presente artículo busca hacer avanzar la discusión filosófica sobre el argumento de la mercantilización. Los estudios disponibles sobre este tema se han centrado en responder a la pregunta sobre *qué cosas no se deberían vender y comprar*. Este artículo propone cambiar el enfoque de la discusión hacia la pregunta sobre *cómo la organización de los mercados de ciertas cosas cambia su carácter moral*. Mi trabajo es novedoso en este sentido porque aborda la objeción de la mercantilización desde un enfoque que ha sido poco explorado.

En la segunda sección ofrezco una revisión del argumento de la mercantilización y distingo dos formas que esta objeción usualmente toma en los estudios filosóficos: el argumento no contingente y el argumento contingente. Además, retomo de esos estudios tres criterios que prometen evaluar el valor moral de la mercantilización de ciertos bienes y servicios: el argumento de la inconmensurabilidad, el argumento de la alienación y el argumento sobre sus consecuencias desfavorables. En las secciones 3–5 discuto la aplicabilidad de cada uno de estos criterios para el caso de la subrogación comercial. Sostengo que ninguno de estos argumentos puede ofrecer razones morales fuertes que justifiquen la inadmisibilidad moral de la subrogación comercial. A lo largo del artículo entenderé por *razones morales fuertes* las razones morales que son muy persuasivas, razonables, exactas o acertadas, que tienen un poder explicativo alto o son verificables mediante la evidencia empírica disponible. En contraste, entenderé por *razones morales débiles* a las

<sup>4</sup>Utilizo el término “mercantilización” como traducción del término en inglés *commodification*.

razones morales que son poco persuasivas, poco razonables, inexactas o equivocadas, tienen un poder explicativo bajo o son susceptibles de ser desacreditadas mediante la evidencia empírica disponible. En la sexta sección introduzco un cuarto criterio: el argumento de los contratos de consumo. Sostengo que este argumento capta las preocupaciones de los argumentos anteriores y es capaz de ofrecer razones morales fuertes para la inadmisibilidad moral de las prácticas actuales de subrogación comercial. En la séptima sección sugiero que el argumento de los contratos de consumo ofrece razones para la intervención por parte del Estado, pero no para la prohibición de la subrogación comercial. En la octava sección presento mis conclusiones.

## 2. El argumento de la mercantilización

En los estudios filosóficos el término “mercantilización” se utiliza de forma peyorativa para indicar la desaprobación de la expansión de la esfera mercantil, como en las discusiones sobre la “mercantilización de la educación superior” o la privatización de bienes públicos. En su forma más básica, el argumento de la mercantilización sugiere que la compraventa de ciertos bienes y servicios que no son aptos para venderse y comprarse es moralmente problemática. Entre los trabajos disponibles, las versiones de Anderson 1990, Anderson 1993, Radin 1987 y Radin 1989 han sido particularmente influyentes. Ambas autoras intentan explicar *por qué* la mercantilización de ciertos bienes y servicios es moralmente problemática. Mientras que sus dos versiones difieren en su enfoque, ambas comparten una misma estructura: consisten en la combinación de un argumento no contingente (una teoría de los valores) con un argumento contingente (un argumento sobre sus efectos negativos).

Anderson 1993 ofrece una teoría plural de los valores de acuerdo con la cual es apropiado usar distintos modos de valoración para distintos tipos de bienes. Ella distingue entre dos tipos de bienes: *bienes intrínsecos* y *bienes extrínsecos*. De acuerdo con Anderson, las cosas que tienen *valor de uso* son un tipo de bien extrínseco; por ejemplo, “el dinero y muchas cosas que se venden y se compran en el mercado” (Anderson 1993, p. 168). Ella argumenta que, cuando un bien intrínseco se trata como si tuviera valor de uso, su valor intrínseco se corrompe, quien lo vende se degrada y su comercialización envilece su valor intrínseco para terceras partes.<sup>5</sup> Sostiene que el ejemplo paradigmático de

<sup>5</sup> Anderson 1993, p. 154.

mercantilización es la “prostitución”:<sup>6</sup> vender sexo corrompe su valor intrínseco, degrada a la “prostituta” y afecta cómo los hombres valoran la sexualidad femenina tanto en la esfera personal como en la esfera del mercado.

La versión del argumento de la mercantilización de Radin tiene un enfoque distinto. Sostiene que algunos bienes y servicios son una parte integral de nuestra identidad, son importantes para nuestra *personalidad*<sup>7</sup> y florecimiento humano. Por lo tanto, entender estos bienes y servicios como algo completamente separable de nuestro ser y como algo monetizable es “hacer violencia a nuestro entendimiento más profundo de lo que significa ser humano” (Radin 1987, p. 1906). Ella afirma que “una vez que algo tiene un precio, el dinero debe ser parte de la interacción, y la razón o explicación para la interacción, cuando ese algo cambia de manos. Una venta no puede ser simultáneamente un regalo” (Radin 1989, p. 175). Radin 1987 (p. 1912) sostiene que la versión mercantilizada de un bien o servicio destruye su versión altruista. Afirma que la mercantilización es una “pendiente resbaladiza”: funciona como una línea formada por fichas de dominó en la que empujar la primera ficha ocasiona que todas las demás caigan. Para ella, la mercantilización de algunos bienes y servicios conduce a la degradación total del valor de otras instancias de esa cosa.

Los enfoques de Anderson y Radin ofrecen un entendimiento más o menos razonable del argumento de mercantilización y avanzan afirmaciones particulares, como la idea de Radin de que la compraventa de algunos bienes y servicios desplaza el altruismo o la idea de Anderson de que la mercantilización degrada la dignidad de quien lo vende. Sin embargo, la noción básica de mercantilización que discuto en este artículo no está necesariamente comprometida con éstas u otras afirmaciones fuertes que se podrían encontrar en los estudios pertinentes. De aquí en adelante me referiré al argumento de la mercantilización de una forma amplia y recurriré a las versiones de Anderson y de Radin sólo cuando sea necesario.

Una vez dicho esto, un entendimiento general del argumento de la mercantilización puede formularse de la siguiente manera:

Un bien o servicio X se mercantiliza cuando:

<sup>6</sup> Utilizo el término “prostitución” porque es el mismo que Anderson usa.

<sup>7</sup> Radin 1987 (p. 1882) entiende la “personalidad” como la forma en que nos constituimos como entidades personales continuas en el mundo.

1. *X* comúnmente se relaciona con el tipo de cosas que son íntimas, sagradas, integrales al ser o importantes para la *personalidad* y el florecimiento humano.
2. *X* se compra y vende o convierte en o trata como si fuera un bien o servicio que se puede comercializar por un precio.
3. La mercantilización de *X* produce un agravio o degradación al valor de las cosas o personas involucradas en el proceso y/o produce efectos negativos para terceras partes.

Para ilustrar la formulación anterior, consideremos el siguiente ejemplo:

En una sociedad democrática liberal, vender nuestros votos al mejor postor es malo porque:

1. Votar es una expresión de autonomía cívica y una responsabilidad pública.
2. Cuando los votos se mercantilizan se tratan como si fueran propiedad privada y se usan para intereses personales estrechos, pero no como responsabilidades públicas.
3. Por lo tanto, la mercantilización de los votos corrompe el valor del voto porque amenaza la democracia misma al interferir con la capacidad de contar con el voto popular como una medida del apoyo de la gente a las políticas gubernamentales potenciales, socava la autonomía de los votantes porque los aleja de una forma de autoexpresión y perpetúa la corrupción en el sistema porque es probable que el mejor postor no promueva los fines correctos del gobierno.

La fuerza del argumento de la mercantilización se basa en la veracidad de las premisas establecidas antes y en la capacidad para excluir de su aplicación las versiones no comerciales del bien o servicio en cuestión. Por ejemplo, el argumento debe aplicarse exclusivamente a la compraventa de riñones, pero no a su donación. Sin embargo, es importante señalar que el argumento de la mercantilización no implica que la versión altruista de algunos bienes y servicios sea en forma automática moralmente permisible o benigna. La versión altruista de un bien o servicio en particular podría ser moralmente reprochable, pero por diferentes razones. Por ejemplo, en un sistema democrático liberal es moralmente inadmisibles que te regale mi voto. El problema en este

caso no es la mercantilización de los votos, sino la alienación de una forma de autoexpresión.

Una preocupación constante en el debate filosófico es si la mercantilización de ciertos bienes y servicios es moralmente problemática de manera intrínseca o no. Por ejemplo, el argumento de la corrupción en Sandel 2012 sostiene que los bienes tienen un valor moral particular que es intrínseco. Su mercantilización es problemática porque involucra no valorar en forma adecuada ese bien o valorarlo *menos*. Sin embargo, la idea de que los bienes y servicios tienen un valor intrínseco ha sido criticada por algunos teóricos quienes afirman que la mercantilización de ciertos bienes y servicios no es mala *per se*, sino que es mala sólo bajo ciertas condiciones o únicamente en un contexto particular.<sup>8</sup> El argumento no contingente pierde fuerza cuando cambia el contexto o la situación de las personas involucradas en la transacción. Sin embargo, tanto el argumento no contingente como el argumento contingente son razonables. Un ejemplo del argumento no contingente sería la mercantilización de los Premios Nobel: “Tratar los Premios Nobel como algo que se puede vender y comprar quebrantaría el bien honorífico que le da su valor a los Premios Nobel” (Sandel 2012, p. 94). Un ejemplo del argumento contingente es la compraventa de órganos. La compraventa de órganos puede estar mal no porque los órganos tengan un valor intrínseco, sino porque el contexto de pobreza de los proveedores pudo haberlos orillado a vender sus órganos, lo que hace que su consentimiento sea cuestionable. Una teoría satisfactoria de la evaluación moral del argumento de la mercantilización tiene que ser capaz de captar tanto consideraciones contingentes como no contingentes.

Sobre este asunto, McLeod y Baylis 2006 (p. 3) ofrecen tres criterios para evaluar cuándo una instancia de mercantilización es moralmente problemática y cuándo no lo es:

- (i) El valor intrínseco de lo que se comercializa es incompatible con el hecho de que se mercantilece;
- (ii) la existencia de cualquier restricción moral de alienar las cosas de las personas;
- (iii) las consecuencias favorables y desfavorables de mercantilizar un bien o servicio.

En el análisis de McLeod y Baylis, estos tres criterios pueden aplicarse de forma conjunta o independiente. De acuerdo con ellas, es su-

<sup>8</sup> Por ejemplo, véase Satz 2010; Brennan y Jaworski 2015.

ficiente que una instancia de mercantilización satisfaga cualquiera de estos tres criterios para ser considerada moralmente problemática. Este análisis ofrece una interpretación moderada del estatus ético de la mercantilización que no depende necesariamente de supuestos esencialistas y es capaz de captar consideraciones contingentes y no contingentes. Sin embargo, aunque atractivo, el enfoque de McLeod y Baylis tiene algunas limitaciones.

Una limitación está en el criterio (i), pues sugiere que el valor de lo que se mercantiliza es incompatible con su versión mercantilizada. Sin embargo, esta interpretación del argumento de la mercantilización está equivocada. Es común encontrar en los estudios especializados afirmaciones como la de que la mercantilización del amor y de la amistad son ejemplos paradigmáticos de la objeción de la mercantilización. Sin embargo, la mercantilización del amor no es amor, así como la mercantilización de la amistad tampoco es amistad. Dicho de otra forma, hay una incongruencia conceptual en buscar comprar amor o en buscar comprar amistad. Y, si es así, entonces no está claro por qué comprar amor o comprar amistad es moralmente inadmisibile. El criterio (i) del análisis de McLeod y Baylis hace referencia al argumento de la inconmensurabilidad, pero no lo presentan de una forma adecuada. Un mejor entendimiento del argumento de la inconmensurabilidad podría formularse de la siguiente manera:

El valor de X es inconmensurable con su versión comercial ya sea porque su valor va más allá de cualquier pago monetario —por lo que el pago monetario nunca será suficiente— o porque es inapropiado comparar, representar o medir a X con valores monetarios o porque la introducción de valores monetarios en X hace que se pierda algo valioso.<sup>9</sup>

Hasta ahora he ofrecido una descripción general del argumento de la mercantilización y he distinguido dos formas suyas: el argumento no contingente y el argumento contingente. Asimismo, he retomado de la discusión contemporánea tres criterios que prometen evaluar el valor moral de la mercantilización de ciertos bienes y servicios: el argumento de la inconmensurabilidad (i), el argumento de la alienación (ii) y el

<sup>9</sup>Eyal y Tieffenbach 2016 discuten siete concepciones de inconmensurabilidad o nociones similares: “no hay mejor o igualdad”, “no hay una escala común”, “no hay una base para la comparación”, “ocasión de arrepentimiento racional”, “mejor independientemente de los números”, “incompatibilidad” y “diferencia de estatus”. La definición de inconmensurabilidad que propongo en este artículo retoma algunas de estas concepciones.

argumento sobre las consecuencias desfavorables (iii). En las siguientes tres secciones discutiré la aplicación de estos tres criterios al caso de la subrogación comercial. Argumentaré que ninguno de ellos puede ofrecer razones morales fuertes que justifiquen su inadmisibilidad moral. Después, en la sexta sección, introduciré un cuarto criterio: *el argumento de los contratos de consumo*. Sostengo que este argumento sí ofrece razones morales fuertes que justifican la inadmisibilidad moral de la subrogación comercial.

### 3. *El argumento de la inconmensurabilidad*

Por lo común se utilizan dos versiones del argumento de la inconmensurabilidad para argumentar en contra de la subrogación comercial:

- (a) El significado o el valor de la labor reproductiva es inmensamente superior al valor del dinero, por lo que su intercambio corrompe o degrada el valor de la labor reproductiva.
- (b) La introducción de valores comerciales en la esfera de la reproducción desplaza el altruismo y la generosidad.

La diferencia entre (a) y (b) está en que la primera sugiere que, con respecto a dos portadores de valor (*i.e.*, la labor reproductiva y el dinero) dentro de un rango dado, el valor de la labor reproductiva es siempre inmensamente mejor o superior que cualquier cantidad de dinero. Esta objeción sostiene que ofrecer dinero a cambio de la labor reproductiva es un acto indignante, degradante u ofensivo. También pueden encontrarse otras versiones de este argumento para explicar por qué algunas instancias de mercantilización como la esclavitud, la compraventa de esposas y los secuestros son moralmente objetables: estas formas de mercantilización degradan el valor de las personas, pues implican la negación de su autonomía y tratarlas como meros instrumentos para los fines de otros.

En contraste, (b) se basa en la idea de que la labor reproductiva y el dinero se encuentran en dos esferas inconmensurables: la labor reproductiva pertenece a la esfera de las relaciones sociales íntimas, mientras que el dinero pertenece a la esfera de la eficiencia y lo económico o calculador. (b) sostiene que la introducción de dinero en la esfera de la labor reproductiva desplaza el altruismo y la generosidad. Este tipo de argumento se ha utilizado para presentar objeciones en contra de la mercantilización de la sangre y de los órganos. Por ejemplo, Titmuss 1970 sostiene que la mercantilización de la sangre hace que se pierda

algo valioso en las motivaciones del donante como su sentido de comunidad o su expresión de altruismo o generosidad.

En lo que sigue, discutiré estas dos versiones del argumento de la inconmensurabilidad y mostraré que ninguna puede ofrecer razones morales fuertes que justifiquen la inadmisibilidad moral de la subrogación comercial.

- (a) El significado o el valor de la labor reproductiva es inmensamente superior al valor del dinero, por lo que su intercambio corrompe o degrada el valor de la labor reproductiva.

Anderson 1993 ofrece un argumento basado en este entendimiento. La autora afirma que “algunos bienes son incomparablemente superiores en valor que otros” y que “sería racional prohibir ciertos intercambios de bienes superiores por bienes inferiores” (p. 70), pues expresan una consideración inapropiada hacia el bien superior. Señala que el acto de comercializar algo es expresivo de una forma de valorar los bienes. Anderson 1993 (p. 144) afirma que, en nuestra cultura, ese acto es indicativo de que ciertos bienes se valoran como meras mercancías. El argumento de Anderson no sólo sugiere que la mercantilización de la labor reproductiva genera una representación falsa de su valor verdadero (*i.e.*, el valor de la labor reproductiva como equivalente al valor del dinero), sino que también es un acto ofensivo y degradante.

Anderson critica la subrogación comercial sobre la base del significado denigratorio que tiene el mercado. Para ella, la subrogación comercial es degradante para las gestadoras subrogadas porque “la aplicación de normas comerciales en la labor reproductiva reduce a las gestadoras subrogadas de ser personas dignas de respeto y consideración a objetos de mero uso” (Anderson 1990, p. 80). De acuerdo con ella, esto ocurre porque las normas comerciales suprimen, manipulan y trivializan la perspectiva personal de las gestadoras subrogadas sobre sus embarazos impidiendo que formen lazos emocionales con sus fetos (que son propios del amor parental) y que, en cambio, tomen la perspectiva de un trabajador por contrato.<sup>10</sup>

Sin embargo, el argumento de Anderson no ofrece razones morales fuertes que justifiquen la inadmisibilidad moral de la subrogación

<sup>10</sup>La idea de que lo propio de la labor reproductiva de las mujeres es formar vínculos emocionales con sus fetos es una idea controvertida. Sin embargo, en aras de la presente discusión, sostengo que, aunque ese fuera el caso, el argumento de Anderson está equivocado porque las normas del amor parental no son inconmensurables con las normas del mercado como ella sostiene.

comercial. La base que ofrece para su argumento —que las normas del amor parental son incompatibles con las normas comerciales— es falsa. Como veremos en la cuarta sección, las normas comerciales que gobiernan la subrogación comercial promueven un doble discurso: por un lado, se fomenta la “desmaternalización” en el embarazo (como Anderson sostiene). Por otro lado, se anima a que las gestadoras subrogadas formen vínculos de cuidado con sus fetos, ya sea para que lleven sus embarazos a término (véase Pande 2010) o para que se hagan cargo de los bebés cuando los padres-madres intencionales cambian de opinión (véase Parks y Murphy 2018). Este segundo discurso es compatible con lo que Anderson identifica como las normas del amor parental. Para ella, “el amor parental se puede entender como un compromiso apasionado e incondicional para la crianza del hijo, brindándole el cuidado, la afección y la guía que necesita para desarrollar sus capacidades hacia la madurez” (Anderson 1990, p. 75).

Los estudios pertinentes ofrecen otra base para argumentar que la subrogación comercial es moralmente inadmisibles que se fundamenta en el significado denigratorio de esta práctica. Algunas filósofas feministas argumentan que la subrogación comercial es moralmente problemática porque involucra un uso inaceptable del cuerpo.<sup>11</sup> Este argumento se basa en el carácter especial del cuerpo. El argumento sostiene que los actos que involucran el cuerpo son de una naturaleza peculiar, de manera que ameritan un trato especial, incluida la preservación de un derecho a la inviolabilidad total del cuerpo.

El argumento de Pateman 1988 ha sido particularmente influyente en esta discusión. Ella afirma que los contratos de subrogación plantean una forma intensificada de subordinación, pues otorgan a los padres-madres intencionales y a las agencias de subrogación (si las hay) el control sobre el uso del cuerpo de las gestadoras subrogadas. Pateman 1988 (p. 327) argumenta que las gestadoras subrogadas se venden a sí mismas cuando entran en un contrato de subrogación comercial dado el papel que desempeña el cuerpo en la subrogación. Esto es incompatible con tratar a las gestadoras subrogadas como personas, incluso aunque hayan consentido a dicho tratamiento. Según su argumento, las gestadoras subrogadas no pueden separar su cuerpo de su trabajo, pues su cuerpo es el mismo *locus* de su trabajo. Tampoco pueden separarse a sí mismas de su trabajo, pues el cuerpo es inseparable de la persona. Para ella, el papel del cuerpo en la subrogación hace que la subrogación sea equiparable a la esclavitud. Sostiene que la subrogación es mo-

<sup>11</sup> Por ejemplo, Pateman 1988; Radin 1996; Phillips 2013.

ralmente inadmisibles incluso aunque las gestadoras subrogadas hayan consentido libremente a semejante tratamiento, de la misma forma en que la esclavitud voluntaria es moralmente inadmisibles.

Es verdad que muchas prácticas de subrogación comercial tratan a las gestadoras subrogadas con menos del respeto que merecen como personas, por lo que la ley no debería permitir estas prácticas.<sup>12</sup> Sin embargo, es exagerado afirmar que la subrogación comercial es equiparable con la esclavitud (si se entiende la esclavitud como la renuncia completa de los derechos sobre uno mismo) y es inadecuado decir que involucra la mercantilización de las gestadoras subrogadas.

Las gestadoras subrogadas venden el acceso a sus capacidades reproductivas, pero no otorgan derechos ilimitados sobre sí mismas a los padres-madres intencionales y a las agencias de subrogación (si las hay). Por ejemplo, algunos contratos de subrogación comercial prohíben obligar a las gestadoras subrogadas a tener un aborto en contra de su voluntad o a continuar con el embarazo en contra de sus deseos. Asimismo, las gestadoras subrogadas no se venden a sí mismas, sino que venden un servicio, un servicio que implica otorgar a los padres-madres intencionales un acceso a su cuerpo con propósitos reproductivos por un periodo de tiempo determinado. Siguiendo a Phillips 2013 (p. 68), podemos decir que esta descripción se asocia más con la de la renta del cuerpo (o de una parte del cuerpo) y no con la venta de una persona. Si esto es correcto, entonces podemos decir que la permisibilidad moral de la subrogación depende en cierta medida de los derechos y protecciones que tengan las gestadoras subrogadas sobre sus cuerpos. Diré más sobre esto en la sección séptima. Ahora procederé con la segunda formulación del argumento de la inconmensurabilidad:

- (b) La introducción de valores comerciales en la esfera de la reproducción desplaza el altruismo y la generosidad.

Sandel ofrece un argumento de este estilo. Afirma que la subrogación comercial es moralmente objetable porque “se trata la capacidad reproductiva como una herramienta para la ganancia monetaria y no como un regalo o como un fideicomiso para ser ejercido de acuerdo con las normas de cuidado y responsabilidad” (Sandel 2012, p. 46). Este argumento pretende que explica por qué la subrogación comercial es moralmente objetable, mientras que la subrogación altruista no lo es.

De acuerdo con (b), la subrogación altruista se basa en la retórica de la “relación de regalo”: la gestadora subrogada, motivada por amor o

<sup>12</sup>Diré más sobre esto en la sección séptima.

altruismo, acepta gestar un bebé para las madres-padres intencionales (Brazier, Golombok y Campbell 1997, par. 4.36). Muchas veces la subrogación altruista se ve como una práctica socialmente valiosa porque expresa benevolencia y solidaridad hacia los padres-madres intencionales, y establece una relación personal valiosa entre las gestadoras subrogadas y los padres-madres intencionales que permite el entendimiento mutuo y la interacción personal recíproca (Baker 1996). Por el contrario, la subrogación comercial promueve el interés individual a expensas de los motivos altruistas. Es así como la introducción de dinero en los servicios de gestación subrogada causa que algo valioso se pierda; por ejemplo, en las motivaciones de la gestadora subrogada como su empatía por los padres-madres intencionales o su expresión de altruismo o generosidad. Este argumento sugiere que una sociedad en la que las personas con capacidad de gestar están dispuestas a donar su labor reproductiva a quienes la necesitan es mejor que una sociedad en la que las gestadoras subrogadas sólo lo harían a cambio de dinero.<sup>13</sup>

Sin embargo, (b) presenta algunas limitaciones que ponen en duda su fuerza para justificar la inadmisibilidad moral de la subrogación comercial. Una limitación está en la idea de que la introducción de dinero en la esfera de lo altruista provoca necesariamente que se pierdan motivaciones de empatía y generosidad, pero esto no siempre ocurre así. Por ejemplo, varios estudios etnográficos revelan que, aunque muchas de las gestadoras subrogadas que se dedican a la subrogación comercial lo hacen por motivos económicos, a menudo desarrollan una retórica altruista durante el proceso, como la de que la subrogación es una “labor de regalo” o de “hermandad” o una “misión” (Ragoné 1994; Teman 2010; Pande 2011; Hovav 2019; Olavarría 2018a). Lejos de desplazar el altruismo de la labor reproductiva, esta retórica lo promueve, pues a menudo se utiliza para minimizar el aspecto pecuniario de la transacción (Hovav 2019).

Otra limitación está en la idea de que la donación y su versión comercial no pueden coexistir, sino que la mercantilización de un bien o

<sup>13</sup> Este argumento sigue la misma estructura que el argumento que ofrece Titmuss 1970, quien sostiene que el mercado de sangre en Estados Unidos desalentó la donación voluntaria. Según su estudio, se donó menos sangre en un sistema híbrido de lo que se hubiera hecho en un sistema puramente voluntario (Gold 2019, p. 168). Concluyó que, con la introducción de dinero, se perdió algo valioso en las motivaciones del donante, como su sentido de comunidad o la expresión de altruismo (Gold 2019, p. 168). De acuerdo con Titmuss, una sociedad en la que las personas están dispuestas a donar es mucho mejor que aquella en la que sólo se ofrece sangre a cambio de dinero.

servicio siempre desplaza o reduce su versión altruista. Pero esto no siempre es el caso. Por ejemplo, en sus estudios etnográficos sobre la subrogación en México, Olavarría 2018b (p. 18) cita el caso de una señora que actuó como gestadora subrogada para su hijo y su pareja de una forma completamente altruista en un contexto en el que la subrogación comercial era accesible. Dada la informalidad que puede tomar la subrogación altruista, existen pocos casos documentados que muestren que la subrogación comercial no desplaza la subrogación altruista. Sin embargo, es fácil imaginar casos de personas con capacidad de gestar que ofrecen sus úteros a familiares o amistades de una forma completamente altruista en contextos en los que la subrogación comercial está disponible. Por ejemplo, podemos imaginar el caso de una gestadora subrogada que establece un acuerdo privado con familiares o amistades y se insemína artificialmente en su casa para evitar los gastos asociados con las clínicas de reproducción asistida.

Aunque la distinción entre subrogación altruista y subrogación comercial no ha sido definida adecuadamente y su justificación legal y moral tampoco está clara, esto no significa que no podamos señalar una diferencia entre ellas. Muchas jurisdicciones que prohíben la subrogación comercial a la vez que toleran la subrogación altruista, como el Reino Unido o Canadá, establecen que la diferencia está en el tipo de pago: la subrogación altruista sólo permite pagos de reembolso o compensación por los gastos incurridos por actuar como gestadora subrogada y prohíbe cualquier otro tipo de pago. Sin embargo, esto ha llevado a algunos a identificar estos pagos como formas implícitas de subrogación comercial (Jackson 2016).<sup>14</sup> Otros han señalado que, en realidad, los casos de subrogación altruista son raros y que sólo ocurren entre familiares y amistades que no reciben ningún tipo de pago por sus servicios y que entran a la subrogación por el deseo desinteresado de ayudar a los padres-madres intencionales a tener su propia familia (Banerjee 2013; Baker 1996).

Dado que la objeción de la mercantilización descansa en parte en la distinción entre la subrogación altruista y la comercial, resulta importante mantener esta diferencia. Para efectos del presente artículo,

<sup>14</sup>Según un estudio en el Reino Unido, la cantidad de dinero que una gestadora subrogada recibe por un proceso de subrogación altruista en el Reino Unido puede ser igual o mayor al que una gestadora subrogada recibe por un proceso de subrogación comercial en la India. El mismo estudio demuestra que los padres-madres intencionales gastan más dinero en promedio por un proceso de subrogación altruista en el Reino Unido que por un proceso de subrogación comercial en la India (véase Horsey *et al.* 2015).

supondré que la subrogación altruista es compatible con la idea de que no sea la gestadora subrogada ni su familia quienes tengan que cargar con los gastos incurridos durante la gestación y el embarazo, y es incompatible con la idea de que la gestadora subrogada reciba un salario por su trabajo con la expectativa de lucrar como resultado de su participación en la subrogación. Aclarado esto, podemos estar de acuerdo en que, así como en muchas sociedades coexisten mercados comerciales y mercados altruistas,<sup>15</sup> también es posible que la subrogación comercial y la subrogación altruista puedan coexistir.

En esta sección mostré que los argumentos que se basan en la incommensurabilidad no ofrecen razones morales fuertes que justifiquen la inadmisibilidad moral de la subrogación comercial. Por un lado, quienes defienden la idea de que la mercantilización de la labor reproductiva es un acto indignante u ofensivo no aportan una base sólida que fundamente su argumento. Por el otro lado, la evidencia empírica muestra que se equivocan quienes defienden la idea de que la introducción de valores comerciales en la esfera de la labor reproductiva hace que se pierdan motivaciones de generosidad y empatía o que se desplace su versión altruista.

#### 4. *El argumento de la alienación*

En los estudios sobre la moralidad de la subrogación destacan dos concepciones distintas de la noción de alienación. Una tiene sus raíces en la noción marxista de alienación entendida como la separación problemática entre un ser y otro que propiamente pertenecen juntos (Leopold 2018). La otra la define la filosofía del derecho como la transferencia de un pedazo de propiedad o la transferencia de derechos de propiedad de una persona a otra. Aunque es común encontrar que ambas concepciones se usen de forma más o menos mezclada para argumentar en contra de la subrogación comercial, es importante abordarlas de forma separada pues, como veremos en esta sección, encierran consideraciones morales diferentes. Comenzaré con los argumentos que se anclan en la tradición marxista.

El argumento de la alienación de raigambre marxista se ha formulado de la siguiente manera: *Algo se mercantiliza indebidamente cuando su compraventa enajena importantes atributos de la persona o relaciones*

<sup>15</sup> Por mencionar un ejemplo, después del terremoto de 2017 en la Ciudad de México miles de ciudadanos salieron a las calles para ayudar a los damnificados ofreciendo de forma gratuita y desinteresada, entre otras cosas, alimentos, cobijas y medicamentos que normalmente se venden en el mercado.

*personales* (Radin 1987, p. 1904). Algunas filósofas feministas han advertido que este tipo de argumento se debe tomar con mucho cuidado para no involucrar enfoques esencialistas sobre la maternidad que pudieran amenazar algunos compromisos feministas como el derecho al aborto o el derecho a dar en adopción cuando se trata de un embarazo no deseado.<sup>16</sup> Como afirma Brenda Baker, “la idea de que la experiencia reproductiva es normativamente inalienable parece reforzar una imagen de las mujeres comprometidas con la procreación y crianza de los hijos” (Baker 1996, p. 47, n. 9).

Anderson 1990 (p. 81) ofrece un argumento de la alienación marxista que se basa en los lazos emocionales que se forman entre la madre y el feto durante el embarazo. Es cuidadosa cuando argumenta que la subrogación comercial requiere que la gestadora subrogada suprima cualquier amor maternal que sienta por la o el hijo, por lo que las normas comerciales convierten la labor reproductiva en trabajo alienado. Anderson no afirma que las mujeres embarazadas “naturalmente” amen a sus fetos, sino más bien que las prácticas sociales del embarazo se organizan de tal forma que facilitan y promueven el vínculo materno-filial. Desde su punto de vista, la subrogación comercial es alienante porque la gestadora subrogada debe desviar su experiencia del embarazo del fin que las prácticas sociales promueven correctamente: un vínculo emocional de la mujer embarazada con su feto. Este argumento ha sido usado por otras filósofas feministas que se oponen a la subrogación comercial. Por ejemplo, Ekman 2013 (pp. 170–171) señala que las gestadoras subrogadas que cambian de opinión y reclaman la custodia de las o los hijos amenazan “las ideologías fundacionales de la subrogación”.

Aunque atractivo, el argumento de la alienación explica en forma parcial por qué las prácticas actuales de subrogación comercial son moralmente objetables. Como veremos en la sexta sección, cuando consideramos las prácticas actuales de subrogación comercial podemos observar que lo que las hace moralmente objetables es la manipulación y el control que muchas agencias de subrogación ejercen sobre las gestadoras subrogadas para sus propios fines y no sólo la alienación del vínculo materno-fetal.

Las agencias de subrogación usan un doble discurso (uno alienante y otro no alienante) para facilitar el cumplimiento del contrato:

<sup>16</sup>Aunque la adopción en realidad se trata de un derecho que tienen las niñas y los niños en necesidad de cuidados parentales, es posible defender la idea de que una persona que gestó y dio a luz a un bebé tiene derecho a renunciar a sus derechos parentales siempre y cuando coloque al menor a cargo de un adulto competente que desee hacerse responsable o de una institución que sirva para tales efectos.

por un lado, incitan a las gestadoras subrogadas a suprimir cualquier sentimiento maternal hacia sus fetos. Por el otro, se les dice que deben cuidar y alimentar a sus fetos (como señalé en la tercera sección). Las investigaciones de Amrita Pande sobre la subrogación comercial en la India dan cuenta de este fenómeno. Describe la subrogación comercial como un “proyecto disciplinario” que busca producir “trabajadoras disciplinadas” que entregarán al bebé inmediatamente después del parto. Pande 2010 (p. 977) observa que las agencias de subrogación ofrecen sesiones de asesoramiento a las gestadoras subrogadas en las que les reiteran que su papel es el de una “vasija” y que no son madres de los bebés porque no tienen conexiones genéticas con ellos. Hasta aquí, podemos decir que las investigaciones de Pande apoyan el argumento de la alienación marxista. Sin embargo, Pande 2010 (p. 976) señala que la subrogación comercial promueve simultáneamente que las gestadoras se vean a sí mismas como madres desinteresadas que no usarán la subrogación como un negocio lucrativo. Parks y Murphy 2018 argumentan algo parecido. Señalan que, por un lado, la subrogación comercial promueve la “desmaternalización” de las gestadoras subrogadas y, al mismo tiempo, “mantiene bajo reserva el estatus maternal de las gestadoras subrogadas para ser usado como una red de seguridad cuando los padres-madres intencionales rechazan a los bebés” (Parks y Murphy 2018, p. 554). Por ejemplo, cuando los bebés tienen defectos congénitos o los padres-madres intencionales cambian de opinión sobre sus deseos procreativos. Este doble discurso daña la autonomía reproductiva de las gestadoras subrogadas porque les impide formar su propia perspectiva sobre sus embarazos. Como veremos en la sexta sección, el argumento de contratos de consumo puede captar mejor este doble discurso y usarlo como argumento para la inadmisibilidad moral de las prácticas actuales de subrogación comercial.

Tras este bosquejo de la noción marxista de la alienación, discutiré ahora la concepción contractual de la alienación.

La noción contractual de la alienación involucra, de una forma u otra, la capacidad para una propiedad o para un derecho de propiedad de ser transferido de una persona a otra, ya sea a través de un intercambio comercial o de una donación. Algunos autores sostienen que la alienación es un elemento crucial del argumento de mercantilización porque para que algo se mercantilice es necesario que se trate como una propiedad que se puede transferir a otros.<sup>17</sup> Por ejemplo, Phillips 2013 (p. 65) escribe que, cuando se desarrolla un mercado de servicios

<sup>17</sup> Por ejemplo, Dickenson 2007; Phillips 2013; Ekman 2013.

corporales íntimos, los cuerpos con los que se realizan dichas transacciones se llegan a considerar, en cierto sentido, propiedad y, por lo tanto, disponibles para el comercio.

La noción contractual de la alienación permite argumentar que la donación de partes del cuerpo —como la donación de sangre o de órganos— o de servicios corporales —como la subrogación altruista— es moralmente permisible, pero que su venta no lo es. Por ejemplo, Phillips 2013 argumenta que la donación fomenta la igualdad y la empatía, mientras que la comercialización impulsa actitudes individualistas. Sin embargo, el argumento de la alienación contractual colapsa en un argumento de inconmensurabilidad: la mercantilización de la labor reproductiva hace que algo valioso se pierda, como el sentido de comunidad o las motivaciones de empatía y generosidad. Como argumenté en la tercera sección, la evidencia empírica disponible desacredita este argumento de inconmensurabilidad. Por ejemplo, cuando observamos que los mercados altruistas y los mercados comerciales pueden coexistir o que las motivaciones económicas y las motivaciones de empatía y generosidad no son mutuamente excluyentes.<sup>18</sup>

En esta sección consideré dos maneras de entender la alienación que se utilizan para argumentar a favor de la condenación moral de la subrogación comercial: la alienación de tradición marxista y la alienación como una propiedad o derechos de propiedad que se transfieren a otros. Demostré que ninguna de estas concepciones aporta razones morales fuertes que justifiquen la inacceptabilidad moral de la subrogación comercial. Por un lado, los argumentos que se basan en la noción marxista de la alienación explican de manera parcial por qué la subrogación comercial es moralmente inadmisibile. Por otro lado, los argumentos que se apoyan en la noción contractual de alienación colapsan en un argumento de inconmensurabilidad que, como argumenté, no aporta

<sup>18</sup> Se podría formular otro argumento basado en la noción contractual de alienación que se apoya en la idea de Dworkin 1983 y Eyal 2009 sobre la inviolabilidad del cuerpo o la idea de que las partes del cuerpo no deben emplearse como recursos sociales en absoluto. Sin embargo, la noción de que el cuerpo es especial o de que existe un “excepcionalismo corporal” que hace que esté moralmente prohibido considerar las partes del cuerpo o servicios corporales como un tipo de propiedad es un argumento poco atractivo porque puede ser demasiado incluyente. Por ejemplo, podría implicar que cualquier transferencia que involucre una parte del cuerpo o un servicio corporal como la donación de sangre o de órganos sea moralmente inacceptable, aunque se cuente con el consentimiento informado de la persona que transfiere o los costos para la persona que transfiere sean muy bajos y los beneficios para el receptor o para la comunidad sean muy altos.

razones morales fuertes para la inadmisibilidad moral de la subrogación comercial.

### 5. *El argumento de las consecuencias desfavorables*

En los estudios especializados destacan dos argumentos sobre las consecuencias desfavorables de la subrogación comercial: el argumento de la desigualdad de género y el argumento sobre el impacto negativo en los niños y las niñas. En esta sección sostengo que ninguno de ellos ofrece razones morales fuertes para justificar la inadmisibilidad moral de la subrogación comercial. Comenzaré por el primer argumento.

#### La desigualdad de género

Este argumento sugiere que la mercantilización de la labor reproductiva refuerza las jerarquías de género y, por lo tanto, produce un agravio importante a los intereses de las mujeres. En la medida en que se trata de un trabajo que sólo pueden realizar las personas con capacidad de gestar, la subrogación comercial dispara preocupaciones feministas importantes sobre la autonomía corporal, la vulnerabilidad, la desigualdad y los derechos reproductivos de las mujeres, entre otras. Este argumento sostiene que la subrogación comercial otorga a los hombres acceso y control considerables sobre los cuerpos de las gestadoras subrogadas (i.e., de las mujeres) en una sociedad que históricamente ha subordinado los intereses de las mujeres a los de los hombres, sobre todo a través del control de su sexualidad y su reproducción (Satz 2010, p. 125).

El argumento de la desigualdad de género parte de la observación de que la mayoría de las mujeres que ofrecen sus úteros en la subrogación comercial provienen de contextos que albergan las desigualdades profundas que comúnmente caracterizan la relación entre mujeres y hombres: los padres-madres intencionales son usualmente más ricos que las gestadoras subrogadas y la subrogación transnacional ocurre por lo general en países del llamado Sur Global, como India, Camboya, Ucrania y Georgia, entre otros, en los que la intersección de sexo, clase y raza la hace especialmente explotadora (Puleo 2017). El contexto de desigualdades profundas coloca a las gestadoras subrogadas en una posición en la que para ellas resulta irracional rechazar la oferta monetaria, pues el dinero que pueden ganar a través de la subrogación comercial es mucho mayor al que pueden ganar con otros trabajos accesibles para ellas, como el de empleadas domésticas, meseras, policías, enfermeras o supervisoras de fábricas (Olavarría 2018b).

El argumento de la desigualdad de género trae a la luz un aspecto moralmente preocupante sobre la industria de la subrogación comercial, a saber, que se moldea comúnmente por asimetrías de poder. Los padres-madres intencionales se aprovechan de la situación de pobreza y desesperación económica de las gestadoras subrogadas (que las induce indebidamente a ofrecer sus úteros a cambio de dinero) para satisfacer sus deseos procreativos. Sin embargo, este argumento no logra identificar correctamente qué es lo que hace que la subrogación comercial sea moralmente inadmisibile.

De acuerdo con el argumento de la desigualdad de género, la subrogación comercial es moralmente inadmisibile porque atrae a mujeres que viven en contextos de pobreza. Sin embargo, esto no es una razón moral fuerte en contra de la subrogación comercial. La subrogación comercial podría aumentar la autonomía de las mujeres que provienen de contextos de privación económica en la medida en que las ayudaría a incrementar sus ingresos y a mejorar su calidad de vida y la de su familia (Wertheimer 1992).<sup>19</sup> En la sexta sección muestro que lo que está mal de la subrogación comercial es que los padres-madres intencionales y las agencias de subrogación (si las hay) tomen una ventaja injusta de la necesidad económica de las gestadoras subrogadas para imponerles términos y condiciones que de otra forma no aceptarían, especialmente cuando su participación en la subrogación comercial pone en riesgo sus posibilidades para llevar una vida mínimamente floreciente.

### El impacto negativo en los niños y las niñas

Existen tres líneas de argumentación diferentes en apoyo de esta objeción. La primera sugiere que la subrogación comercial daña a las y los niños porque el conocimiento de que su madre gestacional los transfirió a otros a cambio de dinero puede producir un trauma emocional (véase Overall 1993). La segunda sugiere que la subrogación comercial daña a las o los hijos preexistentes de la gestadora subrogada porque podrían sentirse agraviados al ver que su madre está embarazada y luego ser testigos de cómo ella entrega el bebé a otra pareja para que lo críe. La tercera apunta a que los y las niñas nacidas como resultado de estos acuerdos corren el riesgo de ser abandonadas cuando los padres-madres intencionales cambian de opinión.

<sup>19</sup>El argumento de la desigualdad de género revela que la labor reproductiva de las mujeres está profundamente desvalorada en nuestra cultura. Mientras que el pago monetario es atractivo para inducir a mujeres pobres o en situación de vulnerabilidad económica, no lo es para atraer a mujeres de clases sociales más altas.

Sobre las dos primeras objeciones podemos decir que existen hasta la fecha pocas investigaciones sobre el impacto a largo plazo de la subrogación en los adultos e infantes involucrados y los estudios existentes concluyen que no hay evidencia definitiva que muestre que la subrogación produzca algún tipo de agravio a las y los niños. Por citar algunos ejemplos, Golombok *et al.* 2011 llevaron a cabo un estudio en el Reino Unido que examina el impacto de la subrogación en la relación materno-filial y su adaptación psicológica. Concluyen que las familias subrogadas funcionan bien durante los primeros años escolares. Sin embargo, hasta hoy no hay investigaciones sobre cómo funcionan estas familias cuando las hijas e hijos alcanzan la adolescencia o la edad adulta. Otro ejemplo es el estudio de Jadva e Imrie 2014, también conducido en el Reino Unido, que examina el impacto de la subrogación en las y los hijos preexistentes de las gestadoras subrogadas. Estas autoras concluyen que las y los hijos no son afectados negativamente por la decisión de su madre de trabajar como gestadora subrogada. Señalan que las familias de las gestadoras subrogadas desarrollan estrategias ingeniosas para lidiar con la subrogación en contextos en los que no es socialmente aceptada. Por ejemplo, Jadva e Imrie 2014 (pp. 90–96) mencionan que es común que las y los hijos preexistentes de las gestadoras subrogadas se refieran a quienes nacen de la subrogación como “primos” o “hermanos de madre subrogada”, y algunas veces llegan a establecer relaciones personales con ellos.

Podemos decir que la evidencia empírica que se tiene hasta hoy no aporta razones morales para justificar la inadmisibilidad moral de la subrogación comercial. Sin embargo, la escasez y el alcance limitado de los estudios disponibles son razones para que se impulsen más investigaciones sobre este tema, en especial en contextos de subrogación comercial explícita.

Sobre la tercera objeción hay que decir que, por desgracia, se han documentado casos de abandono infantil en el contexto de la subrogación comercial. El caso del bebé Gammy es uno de los más escandalosos. En 2014, una pareja australiana contrató a una mujer tailandesa para que fuera su gestadora subrogada y quedó embarazada de gemelos no idénticos. En el séptimo mes de embarazo, se descubrió que el hijo varón (Gammy) tenía síndrome de Down. Después de que nacieron los gemelos, la pareja australiana se llevó sólo a la niña y abandonó al bebé Gammy en Tailandia. El rechazo de una sola de las partes a asumir la responsabilidad por el hijo o hija que han contribuido a traer a la existencia puede ser suficiente para colocar al bebé en un limbo legal, dejándole sin padres claramente definidos o, en algunos casos, apátri-

das (Parks y Murphy 2018). La falta de uniformidad en la asignación de responsabilidades parentales provoca en todo el mundo este riesgo de daño, y en especial cuando se trata de acuerdos transnacionales. Sin embargo, este perjuicio potencial no es una razón moral fuerte para fundamentar la inadmisibilidad moral de la subrogación comercial, sobre todo cuando existen instancias de subrogación comercial que sí integran disposiciones para establecer las responsabilidades parentales de las partes en coordinación con las disposiciones legales de paternidad de las jurisdicciones pertinentes, como ocurre con las leyes de subrogación en Israel. Estas leyes integran salvaguardas que protegen el interés superior de los menores.

En esta sección mostré que el argumento sobre los efectos negativos de la subrogación comercial no aporta razones morales fuertes que justifiquen su inadmisibilidad moral. Primero, la idea de que la subrogación comercial fomenta la desigualdad de género es inexacta. Segundo, la evidencia empírica disponible para el argumento de que la subrogación comercial daña a las niñas y a los niños es insuficiente. Y, tercero, la subrogación comercial es compatible con la integración de salvaguardas que protejan el interés superior de los menores involucrados.

#### 6. *El argumento de los contratos de consumo*

Hasta ahora he argumentado que los tres argumentos disponibles en los estudios filosóficos —el argumento de la inconmensurabilidad, el argumento de la alienación y el argumento sobre las consecuencias desfavorables— no ofrecen razones morales fuertes que justifiquen la inadmisibilidad moral de la subrogación comercial. Esto es porque aportan razones morales poco persuasivas, con un poder explicativo bajo, razones equivocadas o que pueden desacreditarse mediante la evidencia empírica. En esta sección discuto el argumento de los contratos de consumo. Sostengo que este argumento sí brinda razones morales fuertes para justificar la inadmisibilidad moral de la subrogación comercial.

El argumento de los contratos de consumo sugiere que las prácticas actuales de subrogación comercial son moralmente objetables porque la forma en la que se organizan estas prácticas justifica que los padres-madres intencionales y las agencias de subrogación (si las hay) se beneficien injustamente a expensas de los intereses de las gestadoras subrogadas. Las prácticas actuales de subrogación comercial se establecen según el modelo de los *contratos de consumo*, en el que los padres-madres intencionales son los clientes o consumidores y las gesta-

doras subrogadas son las proveedoras de servicios o vendedoras.<sup>20</sup> Estos contratos distribuyen de manera injusta los derechos y las obligaciones de las partes, con lo que perjudican la autonomía reproductiva de las gestadoras subrogadas e incrementan su vulnerabilidad.

La evolución histórica particular del modelo de contratos de consumo ha sido tal que se le otorgan mayores derechos y protecciones a los clientes y mayores obligaciones a los vendedores con un fin particular: *la satisfacción del cliente*.<sup>21</sup> Si bien el uso del modelo de contratos de consumo es justo para regular muchas transacciones comerciales, no lo es cuando se trata de la subrogación comercial.<sup>22</sup> La adopción incuestionada de este modelo en los acuerdos de subrogación comercial restringe y distorsiona nuestro análisis moral de esta práctica. Su uso enmascara la injusticia de los procesos que comúnmente se utilizan en las

<sup>20</sup> Se podría ofrecer un argumento similar para mostrar que el trabajo sexual es una forma de mercantilización moralmente problemática sobre la base de que la distribución del placer sexual es asimétrica.

<sup>21</sup> En 1962 se integraron protecciones para los consumidores en el Molony Report del Comité para la Protección del Consumidor en Inglaterra. Después, el presidente J.F. Kennedy introdujo la Declaración de los Derechos del Consumidor, que fue reconocida y aceptada por muchos países. Posteriormente, la Asamblea de las Naciones Unidas, a través de las Directrices de las Naciones Unidas para la Protección del Consumidor (UNGCP, por sus siglas en inglés), adoptó el conjunto de ocho derechos que sustentan los principios generales para la protección del consumidor. Estas directrices fueron ampliadas por el Consejo Económico y Social (1999) y revisadas recientemente por la Asamblea General en la resolución 70/186 (2015), lo que dio como resultado un conjunto de once derechos del consumidor. En México, la ley reconoce siete derechos básicos del consumidor: a la información, a la educación, a elegir, a la seguridad y calidad, a no ser discriminados, a la compensación y a la protección.

<sup>22</sup> Como veremos más adelante, el modelo de contratos de consumo supone que existe una asimetría de información entre los vendedores y consumidores en la que los primeros tienen información relevante de la transacción, pero no los segundos. Esta asimetría facilita que los vendedores puedan tomar ventaja de su posición al momento de la negociación o después de la negociación y que puedan actuar de forma oportunista; por ejemplo, generando problemas de selección adversa o de riesgo moral. El modelo de contratos de consumo supone que los consumidores son la parte vulnerable en la transacción y la justicia pide que se integren protecciones para los consumidores (como los que se establecen en los derechos del consumidor). Sin embargo, cuando se trata de la subrogación, es injusto usar este modelo. Dada la naturaleza de la gestación y el embarazo, son las gestadoras subrogadas (*i.e.*, las proveedoras del servicio) quienes asumen mayores riesgos de daño en la transacción, mientras que los padres-madres intencionales (*i.e.*, los clientes o consumidores) quedan a salvo de estos riesgos. En Pietrini-Sánchez 2020 (pp. 447–449), ofrezco un argumento más detallado desde este enfoque.

prácticas actuales de subrogación comercial: impone mayores deberes en las gestadoras subrogadas *qua* proveedoras de servicios o vendedoras, como la divulgación de información, transparencia, compensación, entre otros, pero no les otorga ningún derecho. Además, el uso de este modelo oscurece las *responsabilidades especiales* de los padres-madres intencionales y de las agencias de subrogación (si las hay) para con las gestadoras subrogadas.

En el campo de la filosofía, los argumentos que se han desarrollado en torno a la distribución injusta de derechos y obligaciones entre las gestadoras subrogadas y los padres-madres intencionales o las agencias de subrogación se han centrado en las condiciones previas a la transacción o en el resultado de la misma, pero muy poco se ha dicho sobre lo que ocurre durante el proceso. Por ejemplo, muchas discusiones hacen referencia a la situación de pobreza y desesperación económica que induce indebidamente a las gestadoras subrogadas a ofrecer sus úteros y capacidades reproductivas a cambio de dinero.<sup>23</sup> Otras discusiones hacen referencia a la idea de que obligar a una mujer a entregar al bebé que gestó en su vientre durante nueve meses a terceras personas es una injusticia grave.<sup>24</sup> Sin embargo, estos dos argumentos han sido cuestionados. El primero ha sido muy criticado porque no atiende el tipo de vulnerabilidad que el mismo argumento identifica, a saber, la vulnerabilidad económica de las gestadoras subrogadas (véase Straehele 2016). Además, se ha señalado que la subrogación comercial podría ayudar a las mujeres pobres a incrementar sus ingresos y mejorar su calidad de vida y la de sus familias (véase Wertheimer 1992).<sup>25</sup> Sobre el segundo argumento, podemos decir que no es inherente a la subrogación comercial que los contratos se consideren ejecutables. Un contrato de subrogación comercial puede ser anulable o simplemente

<sup>23</sup> Por ejemplo, véanse Puleo 2017; Satz 2010; Pateman 1988.

<sup>24</sup> Por ejemplo, véanse Anderson 1990; Fabre 2006; Field 1990; Cohen 1984.

<sup>25</sup> Sobre este asunto, Schurr 2019 señala que la industria de la gestación subrogada en México le promete a las gestadoras subrogadas ganar mucho dinero en poco tiempo (mucho más de lo que podrían ganar en otros trabajos a su alcance). Sin embargo, nota que, en el mejor de los casos, se trata de una solución superficial a corto plazo. Según sus investigaciones, las gestadoras subrogadas reciben entre doce mil y 16 mil dólares en total, que corresponde a la tercera parte de lo que llegan a gastar los padres-madres intencionales por todo el proceso. De acuerdo con Schurr, esto se debe en parte a que la ley en México establece que el pago que reciben las gestadoras subrogadas debe entenderse como una “compensación” de tal forma que la subrogación se pueda considerar una forma de altruismo.

se podría dejar decidir a la gestadora subrogada si entrega o no al bebé después de su nacimiento.<sup>26</sup>

En esta sección me enfoco en lo que ocurre durante el proceso de selección, gestación y embarazo y dejo de lado los asuntos que tienen que ver con las condiciones previas a la transacción y sus resultados. Argumento que la aceptación incuestionada de los contratos de consumo como la forma en la que se organizan las prácticas actuales de subrogación comercial enmascaran un defecto en el proceso del cual se benefician injustamente los padres-madres intencionales y las agencias de subrogación (si las hay) a expensas de los intereses de las gestadoras subrogadas. En lo que sigue, ilustro cómo el modelo de los contratos de consumo organiza las prácticas actuales de subrogación comercial y mostraré cómo la distribución asimétrica de los derechos y obligaciones que se justifica con dicho modelo daña la autonomía reproductiva de las gestadoras subrogadas e incrementa su vulnerabilidad. Por cuestiones de espacio, sólo me concentraré en dos derechos: el derecho a la información y el derecho a compensación.

### El derecho a la información

Los acuerdos de subrogación generalmente suponen que existe una asimetría en la información entre las gestadoras subrogadas y los padres-madres intencionales, en la cual las primeras tienen acceso a información crucial para la transacción, mientras que los segundos no. Este desequilibrio puede facilitar casos de fraude, engaño, coerción o extorsión. Por ello, la justicia requiere que se garantice el derecho a la información de los padres-madres intencionales, lo que a su vez genera mayores deberes para las gestadoras subrogadas, como los deberes de divulgación y transparencia.

Parece razonable y moralmente justificable que las gestadoras subrogadas revelen información clave para la transacción, como la descripción de sus servicios, los costos, información de contacto, identidad, localización geográfica, etc. Sin embargo, los procedimientos por los cuales la información se obtiene y administra encierran muchos daños a la autonomía reproductiva de las gestadoras subrogadas. Con frecuencia son las agencias de subrogación quienes se encargan de esos procedimientos. Aunque los procesos varían de agencia en agencia, es común

<sup>26</sup> Para discusiones interesantes sobre la no ejecutabilidad de los contratos de subrogación, véanse Cohen 1984; Field 1990; Fabre 2006; Phillips 2013; Pietrini-Sánchez 2020.

que sigan procedimientos similares tanto en el proceso de selección como en los procesos de evaluación médica, financiera y psicológica. Por ejemplo, Olavarría 2018a señala que los exámenes médicos generalmente requieren que las gestadoras subrogadas se sometan a una serie de procedimientos invasivos y dolorosos como la histeroscopia sin ninguna compensación o garantía de que serán seleccionadas. Además, es común que también evalúen la salud de su pareja (si la tiene) y de sus hijos o hijas. Las parejas de las gestadoras subrogadas generalmente se someten a pruebas de detección de enfermedades infecciosas como el VIH o la hepatitis y un pediatra evalúa a sus hijos o hijas para garantizar que la gestadora subrogada sea capaz de tener bebés sanos (Olavarría 2018a). A menudo las evaluaciones psicológicas que se utilizan son demasiado invasivas, intimidatorias y discriminatorias. Por ejemplo, las candidatas a gestadoras subrogadas pueden ser descalificadas por su opinión sobre el aborto. Además, en ocasiones, se evalúa psicológicamente a la pareja de la gestadora subrogada y a sus descendientes con la excusa de que esto garantiza que la gestadora subrogada cuenta con el apoyo de sus seres queridos.

Aunque algunas agencias de subrogación también examinan a los padres-madres intencionales —verifican, por ejemplo, sus antecedentes penales o les realizan pruebas psicológicas y evaluaciones domiciliarias si es necesario—, esta información casi nunca se revela a la gestadora subrogada. Además, estos procedimientos no son tan rigurosos como las evaluaciones que se aplican a la gestadora subrogada. Las gestadoras subrogadas deben dar por sentado que los padres-madres intencionales siempre actúan de buena fe, mientras que ellas mismas son vistas con sospecha.

El modelo de contratos de consumo justifica que sean las gestadoras subrogadas y no los padres-madres intencionales o las agencias de subrogación quienes tengan la carga de la prueba. Esto entraña que las gestadoras subrogadas no tengan autoridad para informarse sobre cuestiones cruciales para su autonomía reproductiva. Por ejemplo, se considera grosero que una gestadora subrogada interrogue a los padres-madres intencionales sobre situaciones difíciles que podrían ocurrir durante el proceso, como, por ejemplo, si la obligarán a continuar con el embarazo en contra de sus deseos o si le pagarán la cantidad acordada en caso de que pierda el feto.

Además, el modelo de contrato de consumo se utiliza como justificación para pasar por alto el derecho a la información de las gestadoras subrogadas. Un ejemplo extremo es el de las investigaciones de Pande. Esta autora encontró que la mayoría de los contratos de subrogación en

la India están escritos en inglés, un idioma que la mayoría de las gestadoras subrogadas no sabe leer (Pande 2010, p. 796). Aunque normalmente las agencias de subrogación les describen el contrato, lo hacen de una forma muy simplificada y les dan poca información sobre los posibles riesgos o las situaciones difíciles que podrían ocurrir durante el proceso. Además, Pande encontró que es común que las clínicas de subrogación usen de forma rutinaria una variedad de prácticas médicas discutibles, como la implantación de múltiples embriones seguida de reducciones fetales selectivas y que obligan a las gestadoras subrogadas a tener los nacimientos por cesárea.

### El derecho a compensación

El derecho a compensación se refiere al derecho que tienen los consumidores a una retribución cuando el producto o servicio por el que pagaron no cumple sus expectativas o no se apega a la descripción del contrato de compraventa. La ley establece varios remedios para proteger los intereses de los consumidores, como la reparación o reemplazo del bien o servicio, la devolución total o parcial del dinero, una reducción del precio o descuentos en próximas adquisiciones.

En el contexto de la subrogación comercial, muchas agencias ofrecen “programas de subrogación garantizados”. Por ejemplo, una agencia de subrogación que opera en México y en otros países de Europa del Este ofrece un “programa de bebés garantizados” que promete entregar a los padres-madres intencionales un bebé sano en un tiempo específico. De acuerdo con la información de su página electrónica, el programa incluye lo siguiente:

Un bebé propio y sano o la devolución del dinero; satisfacción garantizada; implementación y planeación tranquila y eficaz; posibilidad de seleccionar una donante de óvulos de su base de datos; procedimientos FIV/ICSI ilimitados y nuevas donantes de óvulos si es necesario; cobertura de todos los programas de FIV, gastos del programa de donación de óvulos, costos en caso de aborto hasta alcanzar un embarazo exitoso y un bebé sano; cobertura ilimitada de los honorarios médicos.<sup>27</sup>

Aunque no todas las agencias de subrogación ofrecen planes garantizados, el contrato de consumo se utiliza como justificación para que los padres-madres intencionales puedan reclamar su derecho a una compensación.

<sup>27</sup> <<https://www.newlifemexico.net/es/subrogacion-garantizada-en-mexico/>>.

Dado que las agencias de subrogación trabajan como intermediarias entre los padres-madres intencionales y las gestadoras subrogadas, no está claro cuál de las partes debe cargar con los costos de compensación y con qué fundamentos. Aunque pensemos que las agencias de subrogación son quienes se deben hacer responsables de los costos económicos, el contrato de consumo sigue imponiendo cargas físicas y emocionales desproporcionadas sobre las gestadoras subrogadas. Por ejemplo, los procedimientos de FIV o ICSI, además de ser invasivos y dolorosos, presentan riesgos para la salud de las gestadoras subrogadas como estrés, complicaciones en el procedimiento de extracción de óvulos, embarazos múltiples, abortos espontáneos, embarazos ectópicos, síndrome de hiperestimulación ovárica y cáncer de ovario. El derecho a compensación de los padres-madres intencionales aumenta estos riesgos de daño porque es posible que se requiera que las gestadoras subrogadas se sometan en repetidas ocasiones a estos procedimientos que amenazan su salud hasta que se logre el embarazo o, de lo contrario, corren el riesgo de no recibir su pago o ser reemplazadas por otra gestadora subrogada. Asimismo, el derecho de los padres-madres intencionales a una compensación pasa por alto los numerosos riesgos de daño físicos y emocionales que afectan a las gestadoras subrogadas, pues las colocan en una posición en la que tienen que decidir entre tener un aborto o asumir la responsabilidad parental de un bebé al que ellas tenían la intención de entregar a otros.

Las prácticas actuales de subrogación comercial se organizan de forma que los padres-madres intencionales y las agencias de subrogación (si las hay) se benefician injustamente a expensas de las gestadoras subrogadas. En esta sección mostré que el argumento de los contratos de consumo ofrece razones morales fuertes que justifican la inadmisibilidad moral de las prácticas actuales de subrogación comercial: el modelo de contratos de consumo enmascara una injusticia en los procesos de subrogación por la cual los padres-madres intencionales y las agencias de subrogación (si las hay) obtienen un beneficio injusto a expensas de la vulnerabilidad de las gestadoras subrogadas. El modelo de contrato de consumo daña la autonomía reproductiva de las gestadoras subrogadas e incrementa su vulnerabilidad. Este argumento es razonable, persuasivo, tiene un alto poder explicativo y es verificable con la evidencia empírica disponible. Además, tiene la virtud de que puede captar las preocupaciones de los argumentos de inconmensurabilidad, alienación y efectos negativos y, al mismo tiempo, propone una mejor explicación de por qué la mercantilización de la labor reproductiva es moralmente inadmisibile.

### 7. *¿Se debería prohibir la subrogación comercial?*

En esta sección sostengo que la asimetría de los derechos y obligaciones que justifica el modelo de contratos de consumo brinda razones en favor de la intervención del Estado, pero no para la prohibición de la subrogación comercial. Según mi análisis, la intervención estatal abarca un rango amplio de acciones que pueden servir para mitigar o reducir los daños identificados en la sección anterior, pero no necesariamente implica la prohibición de la subrogación comercial.

Mi argumento en contra de la prohibición de la subrogación comercial es un argumento utilitario. Parte de la premisa de que la política que minimiza los daños de la subrogación comercial es la política correcta. La estrategia de este apartado consiste en sopesar los daños que la prohibición de la subrogación comercial podría ocasionar con los daños que ocasionaría no prohibirla. Después, sugiero algunas formas en las que el Estado podría intervenir para proteger mejor los derechos de las gestadoras subrogadas y los mejores intereses de los niños y niñas involucrados y señalo algunas implicaciones de esto.

A continuación, discuto en forma breve tres daños que la prohibición de la subrogación comercial puede causar o incrementar y muestro por qué pesan más que los daños asociados con no prohibirla.

El primer daño que provocaría la prohibición es el que se produciría en contra de las personas con capacidad de gestar. Por un lado, la prohibición de la subrogación comercial podría ser inaceptablemente paternalista para quienes deseen ofrecer sus úteros a cambio de dinero. Aunque en algunos casos el consentimiento de las gestadoras subrogadas para participar en este tipo de transacciones puede ser cuestionable (por ejemplo, cuando es resultado de la coerción económica como indiqué en las secciones quinta y sexta), esto no justifica la prohibición de la práctica. Sería injusto pensar que algunas gestadoras subrogadas no tienen la capacidad de formar estos deseos de forma genuina.<sup>28</sup> Además, la prohibición les cerraría una alternativa para ganar dinero e

<sup>28</sup> Alguien podría objetar que la “elección” de las personas de entrar en la subrogación comercial no es la única condición para la autonomía ni la más importante. Como señalé en la sexta sección, es verdad que existen ciertas condiciones materiales que afectan la estructura de las elecciones de las personas y que hacen que dichas elecciones no sean libres o benéficas, como cuando las elecciones de las gestadoras subrogadas son el resultado de injusticias previas y resultan en una desventaja. Esta objeción ofrece razones para que el Estado intervenga, pero no justifica la prohibición de la subrogación comercial. Como veremos en esta sección, se deben considerar otros daños asociados con una política prohibicionista.

incrementar sus ingresos en un mundo donde ya de por sí tienen pocas opciones económicas.<sup>29</sup>

Por otro lado, la prohibición de la subrogación comercial haría que fuera más difícil satisfacer la demanda de personas con fuertes deseos de formar sus propias familias, pero que no pueden hacerlo si alguien no pone su útero a su disposición. Esto podría tener el efecto indeseable de que podría imponer presiones emocionales inaceptables a personas con capacidad de gestar para que ofrezcan sus úteros de forma altruista. La prohibición de la subrogación comercial podría exacerbar la explotación de las gestadoras subrogadas que son familiares o amigas cercanas con los padres-madres intencionales. Cuando se trata de subrogación altruista, es muy probable que las gestadoras subrogadas se sientan presionadas a aceptar peticiones particulares de los padres-madres intencionales que van desde cambiar sus hábitos alimenticios hasta aceptar intervenciones médicas invasivas y riesgosas para su salud y bienestar (Mullock, Romanis y Begović 2021).

El segundo tipo de daño consiste en que la prohibición de la subrogación comercial podría facilitar el desarrollo de un mercado negro. Así como con la prohibición de otros bienes y servicios que tienen una demanda como el alcohol, el trabajo sexual, las drogas y la pornografía, la prohibición de la subrogación comercial invita a la formación de un mercado negro que satisfaga esa demanda. Esto haría que las condiciones de trabajo sean más peligrosas para las gestadoras subrogadas, pues las agencias de subrogación operarían por debajo del agua sin ninguna vigilancia. Por otro lado, aun si suponemos que la prohibición fuera efectiva en un país, una política de este tipo podría conducir al incremento de la subrogación transnacional, lo que implica una violación a las leyes del propio país. Esto trasladaría los problemas asociados con la subrogación comercial a países con regulaciones pobres y podría fomentar lo que Puleo 2017 llama “extractivismo reproductivo”.

El tercer daño es el que produciría una política prohibicionista que criminaliza a los adultos. Por un lado, esta política dañaría a las gestadoras subrogadas que provienen de contextos de injusticias previas.

<sup>29</sup> La prohibición por sí sola no atendería el tipo de vulnerabilidad que hace cuestionable el consentimiento de las gestadoras subrogadas que provienen de contextos de privación económica. Una política prohibicionista debería acompañarse con otras acciones como, por ejemplo, ampliar las oportunidades laborales para las mujeres, garantizar sus derechos y procurar una mejor distribución de la riqueza. Sin embargo, como señalo en esta sección, una política prohibicionista produciría otros daños que no se aliviarían con sólo mejorar el contexto de vulnerabilidad de las gestadoras subrogadas.

La criminalización va acompañada con frecuencia de estigmas sociales y castigos penales, por lo que considerar a las gestadoras subrogadas como criminales incrementaría su vulnerabilidad. Por otro lado, una política de este tipo perjudicaría los mejores intereses de los niños y niñas, pues los colocaría en la posición altamente perjudicial de ser criados por criminales.

En resumen, la prohibición podría causar o incrementar los daños asociados con la subrogación comercial: (i) podría dañar los intereses de las personas con capacidad de gestar; (ii) no logra suprimir el uso de la subrogación comercial y fomenta indirectamente que se eluda la ley, ya sea través de la creación de un mercado negro o de la promoción indirecta de la subrogación transnacional; y (iii) la criminalización de la prohibición dañaría los intereses de las niñas y los niños involucrados en la subrogación e incrementaría la vulnerabilidad de las gestadoras subrogadas. La prohibición sería una apuesta riesgosa: podría reducir algunos de los daños identificados en el argumento de los contratos de consumo, pero podría producir o incrementar más daños.

El argumento antiprohibicionista es compatible con que se introduzca una regulación adecuada que mitigue los daños y los riesgos de daño de la no prohibición. Por ejemplo, una buena regulación debe proteger los derechos reproductivos de las gestadoras subrogadas garantizando su derecho a decidir si continuar o no con el embarazo, aunque esto contravenga los deseos de los padres-madres intencionales. También debe integrar salvaguardas para que las niñas y los niños no sean agraviados en estas transacciones. Por ejemplo, mediante el establecimiento de responsabilidades parentales desde un principio. Asimismo, una política que proteja los derechos de las gestadoras subrogadas debe procurar su derecho a la información y su derecho a reclamar una indemnización en caso de que los padres-madres intencionales y las agencias de subrogación no cumplan con sus obligaciones contractuales. De igual forma, debe asegurar que las cargas del derecho a una compensación de los padres-madres intencionales no recaigan sobre las gestadoras subrogadas.<sup>30</sup>

Un acuerdo de subrogación comercial que incluya términos como los que se sugieren en el párrafo anterior podría no ser atractivo para los padres-madres intencionales, pues sus intereses no estarían garantizados. Esto podría ocasionar una reducción del mercado cuando estos

<sup>30</sup> Esto es compatible con que los padres-madres intencionales tengan un derecho a reclamar una compensación económica a las agencias de subrogación cuando el contrato falla.

términos se apliquen. Sin embargo, se trata de un costo que cualquier política que busque proteger los derechos de las gestadoras subrogadas debe asumir. Además, aunque la aplicación de estos términos podría provocar que el mercado emigrara a otros contextos con regulaciones pobres para las gestadoras subrogadas, ésta es también una razón a favor de procurar una regulación coordinada entre los países.<sup>31</sup>

## 8. Conclusión

¿Qué hay de malo en la subrogación comercial que justifica su prohibición? En este artículo examiné qué tan útil es el argumento de la mercantilización para justificar la condenación moral y legal de la subrogación comercial. Demostré que mientras que los argumentos de incommensurabilidad, alienación y el de los efectos negativos no ofrecen razones morales fuertes que justifiquen la inadmisibilidad moral de la subrogación comercial, el argumento de los contratos de consumo sí lo hace. Sin embargo, el argumento de los contratos de consumo no es suficiente para fundamentar la prohibición legal de la subrogación comercial. Los daños que podría producir la prohibición de estas prácticas pesan más que los daños de no prohibirlas. Sin embargo, sí aporta razones morales fuertes para procurar una mejor regulación.

### REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Anderson, Elizabeth S., 1990, “Is Women’s Labor a Commodity”, *Philosophy and Public Affairs*, vol. 19, no. 1, pp. 71–92.
- Anderson, Elizabeth S., 1993, *Value in Ethics and Economics*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts.
- Baker, Brenda M., 1996, “A Case for Permitting Altruistic Surrogacy”, *Hypatia*, vol. 11, no. 2, pp. 34–48. <<https://doi.org/10.1111/j.1527-2001.1996.tb00663.x>>
- Banerjee, Swapnendu, 2013, “Gestational Surrogacy Contracts: Altruistic or Commercial? A Contract Theory Approach”, *The Manchester School*, vol. 81, no. 3, pp. 438–460. <<https://doi.org/10.1111/j.1467-9957.2011.02287.x>>
- Barn, Gulzaar, 2020, “Mary Warnock”, en Rebecca Buxton y Lisa Whiting (comps.), *The Philosopher Queens. The Lives and Legacies of Philosophy’s Unsung Women*, Unbound, Londres.
- Beeson, Diane, Marcy Darnovsky y Abby Lippman, 2015, “What’s in a Name? Variations in Terminology of Third-Party Reproduction”, *Reproductive Bio-*

<sup>31</sup>En Pietrini-Sánchez 2020 digo algo más sobre las posibles implicaciones de aplicar contratos de gestación subrogada que protejan la autonomía reproductiva de las gestadoras subrogadas y considero algunas objeciones potenciales.

- Medicine Online*, vol. 31, no. 6, pp. 805–814. <<https://doi.org/10.1016/j.rbmo.2015.09.004>>
- Brazier, Margaret, Susan Golombok y Alastair Campbell, 1997, “Surrogacy: Review for the UK Health Ministers of Current Arrangements for Payments and Regulations”, *Human Reproduction Update*, vol. 3, no. 6, pp. 623–628. <<https://doi.org/10.1093/humupd/3.6.623>>
- Brennan, Jason y Peter Jaworski, 2015, *Markets Without Limits. Moral Virtues and Commercial Interests*, Routledge, Londres.
- Cohen, Barbara, 1984, “Surrogate Mothers: Whose Baby Is It?”, *American Journal of Law and Medicine*, vol. 10, no. 3, pp. 243–285. <<https://doi.org/10.1017/S0098858800010042>>
- Dickenson, Donna, 2007, *Property in the Body. Feminist Perspectives*, Cambridge University Press, Cambridge. <<https://doi.org/10.1017/9781316675984>>
- Dworkin, Donald, 1983, “Comment on Narveson: In Defense of Equality”, *Social Philosophy and Policy*, vol. 1, no. 1, pp. 24–40. <<https://doi.org/10.1017/S0265052500003307>>
- Ekman, Kajsa Ekis, 2013, *Being and Being Bought. Prostitution, Surrogacy and the Split Self*, Spinifex Press, Melbourne.
- Eyal, Nir, 2009, “Is the Body Special? Review of Cécile Fabre, *Whose Body is it Anyway? Justice and the Integrity of the Person*”, *Utilitas*, vol. 21, no. 2, pp. 233–245. <<https://doi.org/10.1017/S09538208090003513>>
- Eyal, Nir y Emma Tieffenbach, 2016, “Incommensurability and Trade”, *The Monist*, vol. 99, no. 4, pp. 385–405. <<https://doi.org/10.1093/monist/onw012>>
- Fabre, Cécile, 2006, *Whose Body is it Anyway? Justice and the Integrity of the Person*, Oxford University Press, Oxford.
- Field, Martha A., 1990, *Surrogate Motherhood. The Legal and Human Issues*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts.
- Gold, Natalie, 2019, “The Limits of Commodification Arguments: Framing, Motivation Crowding, and Shared Valuations”, *Politics, Philosophy & Economics*, vol. 8, no. 2, pp. 165–192. <<https://doi.org/10.1177/1470594X19825494>>
- Golombok, Susan, Jennifer Readings, Lucy Blake, Polly Casey, Alex Marks y Vasanti Jadva, 2011, “Families Created Through Surrogacy: Mother-Child Relationships and Children’s Psychological Adjustment at Age 7”, *Developmental Psychology*, vol. 47, no. 6, pp. 1579–1588. <<https://doi.org/10.1037/a0025292>>
- Horse, Kirsty, Natalie Smith, Sarah Norcross, Louisa Ghevaert y Sarah Jones, 2015, *Surrogacy in the UK: Myth Bursting and Reform. Report of the Surrogacy UK Working Group on Surrogacy Law Reform* (Surrogacy UK, November 2015). <[https://www.familylaw.co.uk/docs/pdf-files/Surrogacy\\_in\\_the\\_UK\\_report.pdf](https://www.familylaw.co.uk/docs/pdf-files/Surrogacy_in_the_UK_report.pdf)>
- Hovav, April, 2019, “Producing Moral Palatability in the Mexican Surrogacy Market”, *Gender & Society*, vol. 33, no. 2, pp. 273–295. <<https://doi.org/10.1177/0891243218823344>>

- Jackson, Emily, 2016, “UK Law and International Commercial Surrogacy: ‘The Very Antithesis of Sensible’”, *Journal of Medical Law and Ethics*, vol. 4, no. 3, pp. 197–214.
- Jadva, Vasanti y Susan Imrie, 2014, “Children of Surrogate Mothers: Psychological Well-Being, Family Relationships and Experiences of Surrogacy”, *Human Reproduction*, vol. 29, no. 1, pp. 90–96. <<https://doi.org/10.1093/humrep/det410>>
- Leopold, David, 2018, “Alienation”, en Edward N. Zalta (comp.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*. <<https://plato.stanford.edu/entries/alienation/>>
- McLeod, Carolyn y Françoise Baylis, 2006, “Feminists on the Inalienability of Human Embryos”, *Hypatia*, vol. 21, no. 1, pp. 1–14, Cambridge University Press. <<https://doi.org/10.1111/j.1527-2001.2006.tb00961.x>>
- Mullock, Alexandra, Elizabeth Chloe Romanis y Dunja Begović, 2021, “Surrogacy and Uterus Transplantation Using Live Donors: Examining the Options from the Perspective of ‘Womb-Givers’”, *Bioethics*, vol. 35, no. 8, pp. 820–828. <<https://doi.org/10.1111/bioe.12921>>
- New Life México, <<https://www.newlifemexico.net/es/>>.
- Olavarría, María Eugenia, 2018a, *Gestación para otros en México. Parentesco, tecnología y poder*, Centro de Estudios Mexicanos y Centroamericanos, Universidad Autónoma Metropolitana/Gedisa, México. <<https://doi.org/10.4000/books.cemca.4610>>
- Olavarría, María Eugenia, 2018b, “La gestante sustituta en México y la noción de trabajo reproductivo”, *Revista Interdisciplinaria de Estudios de Género de El Colegio de México*, vol. 4, pp. 1–31. <<https://doi.org/10.24201/eg.v4i0.144>>
- Overall, Christine, 1993, *Human Reproduction: Principles, Practices, Policies*, Oxford University Press, Toronto y Oxford.
- Pande, Amrita, 2010, “Commercial Surrogacy in India: Manufacturing a Perfect Mother-Worker”, *Signs*, vol. 35, no. 4, pp. 969–992. <<https://doi.org/10.1086/651043>>
- Pande, Amrita, 2011, “Transnational Commercial Surrogacy in India: Gifts for Global Sisters”, *Reproductive BioMedicine Online*, vol. 23, no. 5, pp. 618–625. <<https://doi.org/10.1016/j.rbmo.2011.07.007>>
- Parks, Jennifer y Timothy F. Murphy, 2018, “So Not Mothers: Responsibility for Surrogate Orphans”, *Journal of Medical Ethics*, vol. 44, no. 8, pp. 551–554. <<http://dx.doi.org/10.1136/medethics-2017-104331>>
- Pateman, Carole, 1988, *The Sexual Contract*, Polity Press, Oxford.
- Phillips, Anne, 2013, *Our Bodies, Whose Property?*, Princeton University Press, Princeton.
- Pietrini-Sánchez, María José, 2020, “A Case for the Asymmetric Enforceability of Surrogacy Contracts”, *The Journal of Political Philosophy*, vol. 28, no. 4, pp. 438–454. <<https://doi.org/10.1111/jopp.12214>>
- Puleo, Alicia H., 2017, “Nuevas formas de desigualdad en un mundo globaliza-

- do. El alquiler de úteros como extractivismo”, *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, vol. 29, pp. 165–184.
- Radin, Margaret Jane, 1982, “Property and Personhood”, *Stanford Law Review*, vol. 34, no. 5, pp. 957–1015. <<https://doi.org/10.2307/1228541>>
- Radin, Margaret Jane, 1987, “Market-Inalienability”, *Harvard Law Review*, vol. 100, no. 8, pp. 1849–1937. <<https://doi.org/10.2307/1341192>>
- Radin, Margaret Jane, 1989, “Justice and the Market Domain”, *Nomos*, vol. 31, pp. 165–197.
- Radin, Margaret Jane, 1996, *Contested Commodities*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts.
- Ragoné, Helena, 1994, *Surrogate Motherhood. Conception in the Heart*, Westview Press, Boulder, Colorado.
- Sandel, Michael J., 2012, *What Money Can't Buy. The Moral Limits of Markets*, Penguin Books, Reino Unido.
- Satz, Debra, 2010, *Why Some Things Should Not Be for Sale. The Moral Limits of Markets*, Oxford Political Philosophy, Nueva York. <<https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780195311594.001.0001>>
- Schurr, Carolin, 2019, “Multiple Mobilities in Mexico’s Fertility Industry”, *Mobilities*, vol. 14, no. 1, pp. 103–119. <<https://doi.org/10.1080/17450101.2019.1522881>>
- Schurr, Carolin y Elisabeth Militz, 2018, “The Affective Economy of Transnational Surrogacy”, *Environmental and Planning A: Economy and Space*, vol. 50, no. 8, pp. 1626–1645. <<https://doi.org/10.1177/0308518X18769652>>
- Shultz, Marjorie M., 1990, “Reproductive Technology and Intent-Based Parenthood: An Opportunity for Gender Neutrality”, *Wisconsin Law Review*, vol. 1990, no. 2, pp. 297–398.
- Straehle, Christine, 2016, “Is There a Right to Surrogacy?”, *Journal of Applied Philosophy*, vol. 33, no. 2, pp. 146–159. <<https://doi.org/10.1111/japp.12145>>
- Teman, Elly, 2010, *Birthing a Mother. The Surrogate Body and the Pregnant Self*, UCLA, Berkeley.
- Titmuss, Richard, 1970, *The Gift Relationship. From Human Blood to Social Policy*, George Allen and Unwin, Londres.
- Wertheimer, Alan, 1992, “Two Questions About Surrogacy and Exploitation”, *Philosophy and Public Affairs*, vol. 21, no. 3, pp. 211–239.

Recibido el 25 de febrero de 2022; revisado el 30 de mayo y el 18 de agosto de 2022; aceptado el 27 de agosto de 2022.