

.....

Valeria Giordano. Titular del Dipartimento di Scienze Giuridiche de la Università degli Studi di Salerno. Enseña Teoría General del Derecho y Teoría del Derecho y de la Argumentación. Es autora de *Il positivismo e la sfida dei principi* (Nápoles, 2004) y de *Modelli argomentativi delle teorie giuridiche contemporanee* (Nápoles, 2008). Entre sus últimas publicaciones sobre positivismo jurídico, interpretación de los derechos constitucionales y la globalización jurídica, se encuentra (junto con Peter Langford) *Judicial Decision Making. Artificio, razionalità, valori* (Giappichelli, Torino, 2017).
Contacto: vgiordano@unisa.it

.....

VIENTRES DE ALQUILER. APORÍAS DEL AUTOGOBIERNO

Valeria Giordano

Università degli Studi di Salerno

WOMBS FOR RENT. APORIAS OF SELF-GOVERNMENT

DOI: 10.17450/170213

Fecha de recepción 20 de junio de 2017; fecha de aceptación 12 julio de 2017. Este artículo es fruto de un proyecto de investigación desarrollado en el Dipartimento di Scienze Giuridiche de la Università degli studi di Salerno.

Resumen

Este ensayo profundiza en el cuerpo, objeto de prácticas cada vez más diferenciadas que lo descomponen, lo seccionan en un continuo proceso de transformación y redefinición. De unidad problemática, el cuerpo se ha convertido en aislamiento progresivo de porciones del sí: piénsese en la gestación por sustitución, que transforma las trayectorias del *cross border reproductive care* en una lógica que sigue las potencialidades generativas de los cuerpos de las mujeres y que marca una tensión entre incremento, vulnerabilidad y explotación.

Palabras clave

Maternidad subrogada, juridificación del cuerpo, vulnerabilidad, incremento, discriminación.

Abstract

This essay focuses on the body, object of increasingly differentiated practices, which break it up, fragment it in a continuous process of transformation and redefinition. We have moved on to the image of the body as a problem unit to a progressive isolation of portions of the self: it is the case of surrogacy maternity that redraws the trajectories of Cross Border Reproductive Care, in a logic that follows the generative potential of women's bodies and that marks a tension between increase, vulnerability, and exploitation.

Keywords

Surrogate mathernity, juridification of body, vulnerability, emporwerment, discrimination.

1. El cuerpo entre incremento, comerciabilidad y trabajo

Este ensayo profundizará en el cuerpo, objeto de prácticas cada vez más diferenciadas que lo descomponen y seccionan en un continuo proceso de transformación y redefinición.

La imagen del cuerpo ya no es unidad problemática, sino más bien aislamiento progresivo de porciones del sí, de trozos fungibles, de *bodies of law*, tal y como aparece en el título de un famoso libro de Alan Hyde¹, dedicado a las diferentes formas que el cuerpo adquiere en la construcción jurídica.

Precisamente a partir de estas configuraciones del cuerpo y de sus descomposiciones, que reflejan el antiguo dualismo entre la abstracción de la persona y la materialidad del cuerpo, se desarrolla la hipótesis de su juridificación, basada en la posibilidad de fijar la referencia unitaria incluso cuando el cuerpo y sus partes realizan una condición de autonomía recíproca.

Sin lugar a dudas, es este el caso de la gestación por sustitución que –como es notorio– representa una práctica realizada en cada lugar del mundo, hasta exigir –según la mayoría de las opiniones– su definición jurídica a nivel internacional.

Tal y como se destaca en el *Rapport Académie Nationale de Médecine*², el término gestación por sustitución remite a un área semántica compleja, que se puede poner en relación con diferentes situaciones en las cuales una mujer externa a la pareja, la “madre por cuenta ajena”, colabora activamente para la puesta en práctica del proyecto procreativo.

La escisión de la maternidad en diferentes papeles genéticos, gestacionales y sociales anda por caminos muy variados que adquieren el rasgo de una subrogación tradicional en la cual el óvulo fecundado pertenece a la madre portadora, mientras que el espermia procede de la pareja comitente o de la fecundación in vitro entre los gametos pertenecientes a los padres intencionales que luego se transfieren al útero de la madre portadora, o bien una connotación que supera la triangularización del proyecto procreativo, en el caso de que sea necesaria la donación de espermia o la misma donación de óvulos.

Los primeros bancos de semen con fines de lucro nacieron en Estados Unidos a finales de los años sesenta. Luego, las agencias de maternidad subrogada, organizadas por bufetes internacionales de abogados que se han desarrollado progresivamente, han venido elaborando sofisticados instrumentos jurídicos en un contexto normativo muy

1. A. Hyde, *Bodies of Law*, Princeton University Press, Princeton, 1997.

2. “La gestation pour autrui”: Rapport 09-05, séance du 10 mars 2009, en *Bulletin Académie Nationale de Médecine*, 2009, 193, 3, pp. 583-618.

incierto, que nace por una serie de transformaciones sociales, comenzando por la desintegración vertical de la familia fordista y el desarrollo de nuevos mecanismos contractuales que garantizan la capacidad reproductora biológica y social fuera del núcleo familiar tradicional.

La primacía del contrato privado y del vacío normativo han representado, indudablemente, factores endógenos del desarrollo creciente de la reproducción transfronteriza a lo largo de las etapas regionales y globales de relaciones económicas de poder que derivan de la reorganización posfordista de la sociedad, según un modelo de funcionamiento glocalizado en el que las categorías de la raza y del sexo se sobreponen en un espacio variable, flexible y precario.

La racionalidad neoliberal se fundamenta en dispositivos de poder diferenciados y crea nuevas formas de subjetividad sobre la base de la lógica de la inclusión/exclusión para entrar en estas nuevas modalidades de gestión e incremento del cuerpo, según el proceso planteado por Nikolas Rose³, que acompaña a la transición gradual de técnicas de gobierno disciplinarias —que objetivan a los cuerpos y a sus innumerables manifestaciones: cuerpos disciplinados, colocados desde el punto de vista espacial, funcionales al poder, unos cuerpos, pues, dóciles⁴— a técnicas de gobierno basadas en la seguridad y el control, que se hacen cargo de los cuerpos, los cuidan, los incrementan, los potencian⁵.

En efecto, si se afirma ampliamente la lógica del *homo oeconomicus*, empresario de sí mismo⁶, se trata de una lógica del incremento que se define con modalidades diferentes respecto de la lógica de la autoconservación del sí que había caracterizado a la reflexión biopolítica sobre la investigación médica, poniéndose en una perspectiva que relaciona

3. N. Rose, *The Politics of Life Itself. Biomedicine, Power and Subjectivity in the Twenty-First Century*, Princeton University Press, Princeton-Oxford, 2007, p. 3: “politics has long been concerned with the vital lives of those who are governed [...] the vital politics of the eighteenth and nineteenth centuries was a politics of health—of rates of birth and death, of diseases and epidemics, of the policing of water, sewage, foodstuffs, graveyards, and of the vitality of those agglomerated in towns and cities. Across the first half of the twentieth century this concern with the health of the population and its quality became infused with a particular understanding of the inheritance of a biological constitution and the consequences of differential reproduction of different subpopulations; this seemed to oblige politicians in so many countries to try to manage the quality of the population, often coercively and sometimes murderously, in the name of the future of the race. However, the vital politics of our own century looks rather different. It is neither delimited by the poles of illness and health, nor focused on eliminating pathology to protect the destiny of the nation. Rather, it is concerned with our growing capacities to control, manage, engineer, reshape, and modulate the very vital capacities of human beings as living creatures”.

4. Cfr. M. Foucault, *Surveiller et punir. Naissance de la prison*, Editions Gallimard, Paris, 1975.

5. En realidad, se trata de la persistencia del rasgo biológico como discriminante, como parte integrante de la actual política de la vida. Tal y como ha afirmado A. Tucci: “L’artificio razziale”, en A. Catania, F. Mancuso (eds.), *Natura e artificio. Norme, corpi, soggetti tra diritto e politica*, Mimemis, el discurso sobre las técnicas contemporáneas de gobierno que atañen a la salud, la enfermedad y el cuerpo y definen ciudadanía a partir de una centralidad del factor biológico molecular y, por ende, intencionalmente pluralístico y diferencialista, no se libera del efecto biopolítico heterónimo, sobre la base en la que se determinan elecciones y programas políticos (Milano-Udine, 2011, p. 207).

6. M. Foucault, *The Birth of Biopolitics Lectures at the Collège de France. 1978-1979*, Palgrave Macmillan UK, London, 2008.

cada vez más el trabajo con la biología de la especie y con técnicas neogubernamentales de “hacerse cargo de los cuerpos” en una continua subsunción de lo biológico en lo jurídico.

Sin lugar a dudas, en la racionalidad neoliberal se vuelven a trazar los itinerarios marcados en el siglo pasado por el Estado social en la lógica de un mercado transnacional que supera la distinción entre producción y reproducción⁷, para estructurarse alrededor de las potencialidades generativas de los cuerpos en una relación cada vez más apremiante entre producción-consumo, producción-circulación, producción-comerciabilidad.

Si, por un lado, las tecnologías de la reproducción asistida abren posibilidades geográficas flexibles y establecen nuevas relaciones productivas para la biología de la fertilidad, a escala global, por otro lado, se destaca un aumento exponencial de la demanda de ovocitos, úteros, espermatozoides, placenta y embriones, lo cual muestra que la externalización de la fertilidad se está transformando en un modo específico de trabajo clínico y reproductivo⁸ que redistribuye riesgos y crea jerarquías no solo entre individuos, sino también entre diferentes poblaciones y grupos económicos.

Piénsese en que uno de los bancos de espermatozoides más importantes del mundo, el California Cryobank exige una reorganización de las relaciones clínicas y una planificación eficiente del sistema de abastecimiento de los recursos, requiriendo el historial clínico de las enfermedades personales y familiares en un proceso de selección del donante muy riguroso, fundamentado en el compromiso contractual del donante de mantener un adecuado estilo de vida, caracterizado por la ausencia de actividad sexual, de drogas y alcohol, para reducir los riesgos biológicos a la hora de comercializar el producto.

Tal y como se ha aclarado eficazmente, se trata de dispositivos de selección y exclusión de capital genético humano que superan la tradicional concepción de la fuerza de trabajo basada en la inalienabilidad del sí y en la enajenación de competencias en el mercado laboral, desembocando en cambio en técnicas de autovalorización y autoinversión que, por un lado, siguen la lógica del incremento y del *empowerment* y, por otro lado, un proceso de acumulación de capital y de reproducción de clase.

Es un trabajo de externalización de la reproducción que, sin embargo, lleva a las madres subrogadas y a las vendedoras de ovocitos a seguir itinerarios diferentes por lo que a la reglamentación se refiere, pasando del rechazo total a la lógica del don o a la de un mínimo reembolso hasta la absoluta ausencia de límites jurídicos, en un

7. Así lo considera M. J. Radin, *Contested Commodities*, Harvard University Press, Cambridge MA, 1996.

8. Esta tesis se desarrolla y problematiza en M. Cooper, C. Waldby, *Clinical Labor: Tissue Donors and Research Subjects in the Global Bioeconomy*, Duke University Press, Durham, 2014.

panorama fragmentado y heterogéneo que traza coordenadas inestables y precarias de la legalidad internacional.

2. ¿Hacia una juridificación del cuerpo?

La gestación por sustitución es una práctica presente en todo el mundo, aunque California lleva la delantera por lo que al número de acuerdos de subrogación se refiere, seguida por los otros Estados americanos (Alabama, Arkansas, Connecticut, Illinois, Iowa, Maryland, Massachusetts, Minnesota, Nevada, Dakota del Norte, Ohio, Oregón, Pensilvania, Carolina del Sur, Tennessee, Texas, Utah, Virginia Occidental y Wisconsin), así como por Rusia, Ucrania y la India. Estos datos demuestran que esos acuerdos son más numerosos en legislaciones permisivas o que atestiguan –si no hay una ley que reglamente explícitamente la maternidad subrogada– la gran importancia normativa de la jurisprudencia, como en el caso californiano, donde la extensión del *Uniform Parentage Act*, que regula los procedimientos para definir la relación de genitorialidad y filiación, ha sido el resultado de una lucha procesal.

En particular, en la destinación preferida por el turismo procreativo, la eficacia de las prácticas de gestación por sustitución frente al vacío legislativo está garantizada por el papel muy fuerte de las cortes, a las que progresivamente se les ha añadido la recepción reglamentada de algunos instrumentos muy importantes de *soft law*: las *best practices* en materia de *surrogacy* aplicadas por los más famosos bufetes de abogados internacionales, que han aumentado su vinculación y facilitado el trabajo de explicación terminológica y conceptual en el variado mundo de la procreación asistida.

Como es notorio, el *soft law* –representado sobre todo por recomendaciones, pareceres, actos preparatorios y *best practices*– presenta una controvertida naturaleza jurídica, puesto que se trata de una modalidad de autoreglamentación que sale de las tradicionales geometrías del poder y que, sin embargo, registra progresivos niveles de *enforcement*, desarrollando una función de institucionalización del conflicto en una perspectiva de creciente proceduralización de los sistemas jurídicos; es algo que, sin lugar a dudas, convierte en más problemático todo el sistema de las fuentes del régimen internacional⁹.

9. Por lo que al tema del *soft law* se refiere, cfr. por lo menos B. Pastore, “*Soft law* y la teoría de las fuentes del derecho”, en *Soft power. Revista euro-americana de teoría e historia de la política y del derecho*, 1, pp. 75-89; y A. Somma (ed.), *Soft Law e hard law nelle società postmoderne*, Giappichelli, Torino, 2009.

Esa reglamentación *soft* –acatada a nivel legislativo en 2013, aunque dejando invariado el régimen previsto por las cortes de reconocimiento de los padres con independencia de si tienen o no tienen relación biológica con el hijo nacido tras un acuerdo de maternidad subrogada– proporciona nuevas orientaciones sobre cómo se deben ejecutar los acuerdos y las modalidades para iniciar los trámites médicos, permitiéndoles a los *intended parents* establecer la genitorialidad y ejercer acción legal en el país en el que va a nacer el hijo, en aquel donde residen los padres comitentes, o aquel donde se ha realizado el acuerdo o se han llevado a cabo los trámites médicos. Así que, si California primero comenzó a la maternidad subrogada –antes a través del *judge made law*, luego con el *soft law* y finalmente con su recepción legislativa, ampliando desmedidamente las garantías de los *intended parents*–, en muchos Estados del país norteamericano esa modalidad gestacional se ha juridificado, al prever un régimen diferenciado dependiendo de si el acuerdo tiene finalidades lucrativas o no las tiene, como en los Estados de Nueva York, Nueva Jersey, Nuevo México, Nebraska, Virginia, Oregón y Washington, donde solo está permitida la elección altruista. En realidad, ese régimen diferenciado está fuera de los confines de Estados Unidos, precisamente en Australia, Canadá, Hong Kong, así como en Hungría, en el Reino Unido, en los Países Bajos y Bélgica, en Grecia y Dinamarca, donde la reglamentación a través de instrumentos de *hard law* solo legitima la gestación por sustitución a la samaritana.

En particular, se cree que se trata de una elección que, tras una postura altruista, corre el riesgo de esconder una transacción económica, puesto que –como lo demuestra Hart– la naturaleza humana tiene unas características estructurales, como el altruismo limitado y la vulnerabilidad que, hoy día, presentan rasgos alarmantes, persiguiendo la erosión de la estructura tradicional de los Estados sociales y grupos pobres emergentes con equilibrios políticos inestables; esto ha hecho que los horizontes de las vidas contemporáneas¹⁰ estén caracterizados por una cotidianidad por lo general incierta y por riesgos de pobreza extrema, convirtiendo en más apremiante la cuestión de los límites de la juridificación del cuerpo.

De hecho, se asiste a una transformación del concepto de vulnerabilidad de categoría solo antropológica –como en Hart¹¹, en cuya opinión la exposición a ataques corporales deriva de la limitación intrínseca de la naturaleza humana– a problemática social muy relevante para la teoría del derecho; eso depende de la contracción de las capacidades

10. Sobre este aspecto se han fundamentado los análisis de N. Negri, “La vulnerabilità sociale. I fragili orizzonti delle vite contemporanee”, en *Animazione sociale*, 2006, XXXVI (205), pp. 14-19 y de N. Negri, C. Saraceno (eds.), *Povertà e vulnerabilità sociale in aree sviluppate*, Carocci, Roma, 2003.

11. H. L. A. Hart, *The Concept of Law*, Oxford University Press, Oxford, 1961.

individuales y colectivas de los sujetos que, cada vez más, queda amenazada por una inserción inestable en los principales sistemas de integración social y de distribución de los recursos¹².

En este caso, hay que darle un doble significado a la palabra vulnerabilidad: por un lado, fragilidad y finitud de la existencia humana, obviamente expuesta a perjuicios permanentes; por otro lado, peculiar condición social y cultural, en la cual el riesgo de menoscabar la dignidad y la integridad de las personas necesita de la protección de los ordenamientos jurídicos y de las instituciones internacionales.

3. El *best child interest* en el *judge made-law*

Frente a un régimen extremadamente diferenciado en todas las partes del mundo, alrededor de Estados Unidos, México, Bielorrusia y la India se trazan las coordenadas de lo que ha sido definido *cross border reproductive care*, cuyas ganancias llegan a los 400 millones de dólares solo en la India, y que puede alcanzar un coste para cada gestación de más de 150 mil dólares; sin pensar en las agencias internacionales que ofrecen a los *intended parents* elevados estándares médicos y asesoramientos legales muy sofisticados los cuales, tras una fase muy proceduralizada que desemboca en el acontecimiento-nacimiento, implican la emisión del certificado que atestigua la genitorialidad de los comitentes.

La discrepancia normativa a nivel global atestigua la dificultad de afrontar el tema de la comercialización del cuerpo humano, por cuya prohibición vela el Convenio de Oviedo, así como por los límites de la juridificación de los cuerpos: por un lado, se asiste a una lógica del incremento y del *empowerment* que está caracterizada por otras modalidades respecto de la lógica de la autoconservación del sí, desde el punto de vista neoliberal de un creciente reconocimiento de la libertad y de la autonomía de cada sujeto; por otro lado, la fungibilidad de los cuerpos, su intercambiabilidad restituye toda la ambigüedad típica de la relación corporeidad-subjetividad, aclarando que el cuerpo no es el lugar del intercambio simbólico, sino más bien y sobre todo de identidad subjetiva irreductible a categorías “objetivantes”.

Está claro que la garantía de los derechos derivados de la gestación por sustitución es impresionante: derechos de genitorialidad y filiación, derechos de ciudadanía realizables a través de la recepción de los efectos de la normativa extranjera (cuya adversidad

12. Cfr. a este propósito C. Ranci, *Le nuove disuguaglianze sociali in Italia*, Il Mulino, Bologna, 2002.

al orden público es muy estudiada), pues es un aspecto que aumenta de forma exponencial el conflicto. Es un conflicto remitido a las cortes —en la óptica de una resemantización del lenguaje de los derechos, entre exigencias de legalidad interna y construcción de nuevas realidades familiares y de elecciones procreativas alternativas— y solucionado a través de estrategias de reconstrucción racional del derecho basadas en criterios de coherencia, congruencia y sensatez respecto de principios expresados por la comunidad internacional; por ejemplo, en una importantísima sentencia italiana, la reinterpretación del concepto de “orden público” en el ámbito internacional¹³ tiene la finalidad de borrar las diversidades entre sistemas jurídicos, garantizando los derechos fundamentales del hombre.

Por lo tanto, la construcción de los derechos en el ámbito de la gestación por sustitución se ha dado gracias al papel fundamental desempeñado por la argumentación jurídica (que, como es notorio, representa una estrategia de reducción de las controversias jurídicas por medio de la individuación de cánones racionales, que se van a aplicar a la hora de elegir entre principios constitucionales como razones de alguna manera “definitivas” de justificación jurídica). Está claro que, en el variado panorama jurídico, es imposible reconstruir con total congruencia el camino emprendido por las cortes por lo que al reconocimiento de los derechos de genitorialidad y filiación derivados de un acuerdo de maternidad subrogada se refiere, puesto que la respuesta jurídica se ha dificultado más también por la diferencia de tratamiento de algunas reglamentaciones *hard* (por ejemplo, en algunos países los extranjeros no pueden acceder a la gestación por sustitución; en otros, las parejas heterosexuales). Con relación a este último aspecto, se considera fundamental la reciente decisión del Tribunal de Segunda Instancia de Trento, el cual tuvo que decidir si convalidar la partida de nacimiento en otro Estado que atestaba la doble paternidad; esa decisión sanciona como inaceptable la supuesta exclusividad del paradigma genético/biológico en la constitución del estado jurídico y, pues, de padre. Se piensa que la contribución de las cortes a la hora de superar el rasgo biológico en sentido estricto atestigua la sensibilidad jurídica de la jurisprudencia que logra caminar al mismo paso que una realidad en continua evolución, respecto de la cual se cree que una reglamentación específica sería aún más excluyente. Está claro que, frente a la persecución de lo biológico, a la subsunción en el paradigma biológico de nuevos modelos de genitorialidad, la construcción jurisprudencial avanza hacia la ampliación de los derechos de genitorialidad y filiación, desvinculándolos de una

13. Sentencia del Tribunal de Segunda Instancia Bari 13-2-2009.

perspectiva naturalista. Piénsese también en la Casación francesa, primera sección civil, con la Sentencia 824 del 5 de julio de 2017¹⁴, con la cual comenzó a la transcripción de una partida de nacimiento obtenida en California, afirmando que, para verificar el valor probatorio de un documento de estado civil expedido en el exterior, se debe tomar en consideración la realidad jurídica y no la biológica.

Obviamente, lo que más importa es el reconocimiento más amplio de los derechos del menor: *the best child interest* (principio sancionado por el Convenio de Nueva York sobre los derechos del niño, en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea), que prevalece respecto de los derechos de genitorialidad, así como de exigencias de legalidad interna, y se concreta en las argumentaciones de la Corte Europea de los Derechos Humanos (CEDH) en un canon interpretativo, en una razón de orientación práctica a la que se le llamaría “última”, “definitiva”.

En particular, recuérdense también las decisiones de la CEDH de 2014 acerca de dos casos franceses, *Mennesson y Labasse*¹⁵, respecto de los cuales precisamente a partir del pleno reconocimiento del interés del menor se dispone la violación del art. 8 de la CEDH por parte del Estado francés por no haber reconocido la relación de filiación entre padre biológico e hijo nacido mediante gestación por sustitución. Lo mismo ocurrió en Italia en el caso *Paradiso/Campanelli*¹⁶ por la sustracción de un niño nacido de madre subrogada en Rusia a causa de la falta de una relación biológica con la pareja, llevando de esa manera a una ilegítima interferencia en la vida privada del menor, sufragada por un sistema complejo de garantías inviolables (art. 8 CEDH). Esta decisión tuvo un vuelco con la segunda sentencia de la Gran Sala del Tribunal Europeo de

14. Arrêt N.º 824 du 05 juillet 2017 (15-28.597) – Cour de Cassation – Première Chambre Civile – ECLI:FR:CCASS:2017:C100824|Cour de cassation. En particular, la Corte Suprema ha acogido la transcripción solo respecto de la designación del padre, excluyendo a la madre no biológica. La pareja, de nacionalidad francesa, había tenido dos hijas en California, recurriendo a la maternidad subrogada y había pedido la transcripción de la partida de nacimiento en el registro de estado civil consular, pero el fiscal se opuso y el Tribunal de Nantes compartió su posición. Luego se llegó a la Casación. Tal y como sostiene la Corte Suprema, la ley francesa prohíbe la maternidad subrogada, prohibición que, de por sí, no choca con el art. 8 de la CEDH, la cual garantiza el derecho al respeto de la vida privada y familiar. Sin embargo, además de eso, cabe destacar que el interés superior del menor exige la transcripción en los registros de estado civil francés de la partida de nacimiento que se ha firmado en el exterior regularmente. Por lo tanto, a la luz de ese principio, la Casación no ha compartido la elección del Tribunal de Nantes que había prohibido la transcripción, ordenando la transcripción parcial solo para el padre, excluyendo a la madre. Para la Corte Suprema, esta elección no compromete excesivamente el derecho garantizado por la Convención, porque el menor sigue viviendo en la familia y su única limitación es no tener una partida de nacimiento francesa. Además, es posible recurrir a la adopción.

15. Sentencia *Mennesson* contra Francia (65192/11), disponible en: [Labasse contra Francia \(65941/11\) del 26 de junio de 2014, disponible en: \[.\]\(https://hudoc.echr.coe.int/eng#{\)](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{)

16. Pleito *Paradiso y Campanelli* c. Italia –Segunda Sección–, Sentencia del 27 de enero de 2015 (recurso 25358/12), disponible en: [.](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{)

Derechos Humanos¹⁷ que, a la hora de redefinir la decisión estatal, respecto de los derechos del menor excluye la violación del derecho de identidad personal en virtud de la ausencia de una relación biológica entre la pareja y el menor y la breve duración de la relación con el niño, lo cual atestigua un cuadro jurídico incierto, opinando al mismo tiempo que las medidas adoptadas por el Estado italiano satisfacen los principios de necesidad y proporcionalidad¹⁸.

Por lo tanto, se nota que, a pesar de partir de un desacuerdo en el control de la decisión estatal evidenciado por las dos sentencias de la CEDH, de todas formas hay un equilibrio que adelanta el posible contraste entre el respeto a la vida privada de los recurrentes y los *competing interests* que las autoridades estatales se proponen tutelar y que encuentra su realización jurídica en la máxima ejecución del derecho a la protección del menor¹⁹.

Está claro que, aunque a través de este criterio es posible reducir discursivamente los conflictos interpretativos al considerar que el sacrificio de los demás derechos competentes se justifica sobre la base de los criterios que gobiernan la argumentación jurídica (necesidad, conveniencia, proporcionalidad de las medidas), siempre queda un espacio de disenso nunca neutralizable que nace del pluralismo ético.

4. ¿Legalizamos la gestación por sustitución?

De hecho, varias son las propuestas de legalización de las prácticas de gestación por sustitución a nivel internacional y, recientemente, el Parlamento Europeo ha expresado su posición negativa respecto de una decisión que ha dividido a la mayoría y por la que las previsiones hablaban de un resultado bien diferente de lo que ha ocurrido en realidad.

¿Pero, hasta dónde puede llegar la juridificación del cuerpo? ¿Hasta dónde puede llegar el derecho a la hora de reglamentar las modalidades a través de las cuales se hacen posibles los actos de disposición sobre el propio cuerpo para sacar provecho de este? ¿Y cuál es el límite de un sometimiento del derecho mismo a una lógica puramente económica?

17. Sentencia de la Gran Sala de la Corte Europea Derechos Humanos, 24 de enero de 2017, recurso N.º 25358, disponible en: <https://www.ieb-eib.org/fr/pdf/20170123-cedh-paradiso.pdf>.

18. Por lo que al criterio de la necesidad en una sociedad democrática se refiere, las cuestiones relativas a la identidad del menor y a su derecho de conocer sus propios orígenes no entran en ese caso, porque los recurrentes no pueden escudarse en la posición del menor, puesto que solo actúan a su nombre.

19. Por lo que a la ilegitimidad del comportamiento de los recurrentes se refiere, tras un profundo análisis de todos los elementos tomados en consideración por las autoridades italianas a la hora de tomar una decisión sobre el eventual alejamiento del menor de la pareja, la Corte considera que el comportamiento del Estado se basa en razones relevantes y suficientes y que satisface el principio de proporcionalidad.

Es cierto que, como afirma Stefano Rodotà²⁰, la vida presenta un excedente respecto de las reglas y que formalizar a toda costa –en la óptica de la gestión del riesgo y de la seguridad– las prácticas de gestación por sustitución significaría confiar en una selección que produce nuevas ambivalencias, asimetrías y desigualdades. Frente a una realidad extremadamente diferenciada y fragmentada, que igual sería un excedente respecto de la forma jurídica y que no lograría ser englobada en una estrategia de formalización, con el único resultado de ser ella misma excluyente, se considera que lo único que se puede hacer es garantizar los derechos que, todas las veces, emergen de las prácticas gestacionales a través de la actividad de *judge made law*, en la cual el caso concreto se analiza respecto de las condiciones normativas y empíricas, exigiendo para su definición un equilibrio *ad hoc* para cada caso, respetando y garantizando el *best child argument*. En efecto, radicalizar las exigencias de control y gestión del riesgo implicaría una reproducción excesiva de asimetrías y discriminaciones, puesto que precisamente la gran conexión existente entre vulnerabilidad y “commodification” –hoy día tan exacerbada por los grandes grupos de pobreza global– inevitablemente acabaría convirtiendo el cuerpo en el lugar invisible de la desigualdad.

Por lo tanto, la interpretación no puede aceptarse desde un punto de vista liberal, basado en el concepto de *choice* y que diferencia entre *commodification* y *exercise of self-ownership*²¹, pues un dualismo necesario para justificar la posibilidad de disponer de su propio cuerpo o, mejor dicho, de porciones del mismo para descomponerlas y aislarlas de forma incrementativa.

De hecho, esa perspectiva implicaría volver a interpretar de forma superficial la noción de *commodification*, atribuyéndole un significado parcial e incompleto²²: mercantilización de específicas porciones del cuerpo, que se pueden evaluar en términos de costo-beneficio por parte de cada cual y basada en la absoluta prioridad de las libertades negativas y del autogobierno.

Es una interpretación que permite repensar el tema en las perspectivas que denegan la ecuación mercantilización-explotación a través de la reinterpretación de la noción kantiana de dignidad remitible solo al cuerpo considerado de forma unitaria, como totalidad, pero que acaba inevitablemente por disimular las condiciones de vulnerabilidad social y política, pacificándolas en la libertad y en la docilidad del autogobierno.

20. S. Rodotà, *La vita e le regole, Tra diritto e non diritto*, Feltrinelli, Milano, 2009.

21. A este propósito, véase el ensayo de P. Halewood, “On Commodification and Self-Ownership”, en *Yale Journal of Law & the Humanities*, 20, 2008, pp. 131 y ss.

22. Cfr. M.J. Radin, “Market- Inalienability”, en *Harvard Law Review*, 100, 1987, pp. 1849-1937.

De ahí que *commodification* sea un término que remite enseguida a dinámicas de explotación y discriminación, a modalidades no controladas de dominio y comercialización del cuerpo humano que, muchas veces, son “invisibles”, escondidas en las bolsas de desigualdad social y en la condición de vulnerabilidad relacionada con la proliferación de situaciones de desventaja económica y condiciones de marginalidad social, llevando a una reproducción exponencial a escala global de desigualdades y asimetrías.

El reconocimiento de la vulnerabilidad de la persona, tanto desde el punto de vista universal y antropológico como en su alcance social, sin duda representa un pasaje fundamental en el debate filosófico-bioético en el cual, junto con la dignidad y autonomía de los sujetos, se eleva a principio fundamental²³, desembocando más específicamente en un derecho a ayudar a los sujetos considerados débiles y en la tutela de la integridad y de la autonomía que fundamentan el principio de solidaridad y el de no discriminación.

De ahí que en este caso haya que entender la vulnerabilidad en un doble sentido: por un lado, como fragilidad y finitud de la existencia humana, obviamente expuesta a perjuicios permanentes; por otro lado, como específica condición social y cultural, en la cual el riesgo de dañar la dignidad y la integridad de las personas adquiere rasgos preocupantes.

En este sentido, juridificar el cuerpo a través de una comercialización que podría adquirir diferentes modalidades y formas de beneficio en sentido amplio económico correría el riesgo de transformar a las personas y a los cuerpos de categoría humana en objetos del deseo económico²⁴.

Traducción del italiano de M. Colucciello

23. En particular, el reconocimiento se da con la Declaración de Barcelona, 1998.

24. L. A. Sharp, “The Commodification of the Body and Its Parts”, en *Annual Review of Anthropolgy*, 29, 2000, p. 293.