



**Universitat de les  
Illes Balears**

Facultat de Filosofia i Lletres

**Memòria del Treball de Fi de Grau**

**La mercantilització del ventre: anàlisi crític dels  
fonaments filosòfics dels drets de propietat i de  
l'individu modern.**

Joan Albert Mayol Colom

**Grau de Filosofia**

Any acadèmic 2018-19

DNI de l'alumne:45609786G

Treball tutelat per Tomeu Sales Gelabert  
Departament de Filosofia i Treball Social

S'autoritza la Universitat a incloure aquest treball en el Repositori Institucional per a la seva consulta en accés obert i difusió en línia, amb finalitats exclusivament acadèmiques i d'investigació	Autor		Tutor	
	Sí	No	Sí	No
	<input checked="" type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input checked="" type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>

Paraules clau del treball:

Gestació subrogada, ventres de lloguer, drets de propietat, mercantilització...

**Resum:**

La subrogació de la gestació és una pràctica que s'ha anat popularitzant durant les darreres tres dècades, i la qüestió sobre la seva possible regulació ha suscitat nombroses discussions des de l'ètica, les ciències de la salut, el dret i la filosofia. El propòsit d'aquest treball és el d'aprofitar totes aquestes discussions per posar de manifest les limitacions conceptuals dels fonaments filosòfics dels drets de propietat i de la construcció de l'individu modern. En darrer lloc es defensa una postura abolicionista en virtut del que creiem que hauria de ser la norma en tota qüestió legal: la subordinació del mercat a l'esperit de la llei i no a l'inrevés.

**Paraules clau:**

Gestació subrogada, ventres de lloguer, drets de propietat, mercantilització...

**Abstract:**

Gestational surrogacy is a practice that has been increasingly popularized over the past three decades, and the question about its possible regulation has brought several debates from ethics, health sciences, jurisprudence and philosophy. The purpose of this project is to take advantage of all these debates to show the limitations of the philosophical foundations of property rights and the modern individual. Finally, an abolitionist position is defended by virtue of what we think it should be the rule in every single legal question: the market's subordination to the spirit of the law and not the other way around.

**Keywords:**

Gestational surrogacy, womb for rent, property rights, commodification...

## Índex

1. Introducció .....	4
2. A favor de la subrogació: els arguments liberals .....	6
2.1. La llibertat de contracte .....	6
2.2. Existència d'una demanda .....	6
2.3. Avantatges de la regulació .....	7
2.4. Arguments legals .....	8
3. Els fonaments filosòfics dels drets de propietat d'un ventre .....	9
3.1. Què és un contracte i els límits d'un contracte .....	9
3.2. L'objecte del contracte de subrogació .....	11
3.3. Els fonaments filosòfics dels drets de propietat: el contractualisme .....	13
3.4. La teoria de l'apropiació-treball .....	15
4. En contra de la subrogació: el contracte sexual .....	17
4.1. Bé comú .....	17
4.2. Explotació .....	17
4.3. La mercantilització del ventre .....	19
5. Conclusions .....	22

## 1. Introducció

La subrogació de la gestació, també anomenada maternitat per substitució o despectivament ventres de lloguer<sup>1</sup>, consisteix en un acord mitjançant el qual els pares intencionals aporten material genètic, a través d'alguna de les tècniques de fecundació in vitro (FIV) o inseminació artificial (IAC o IAD), i la mare substituïda accepta procrear el nadó. Una vegada nascut, la mare substituïda renuncia a la custòdia i als seus drets materno-filials a favor dels pares intencionals a canvi d'una recompensa econòmica en forma de compensació pels costos propis de l'embaràs en el cas de la subrogació altruista, o en forma de remuneració pels serveis prestats en el cas de la subrogació comercial.

La subrogació de la gestació no és, doncs, un fenomen únic sinó que es presenta sota formes molt diverses<sup>2</sup>. En els seus inicis, al voltant dels anys 70, es practicava d'una manera que ara s'anomena parcial o tradicional, ja que implicava tan sols la meitat del material genètic dels pares intencionals, essent l'òvul el de la mare substituïda. En un anunci de l'any 1975, a un periòdic de Califòrnia, una parella heterosexual buscava una dona que es sotmetés a inseminació artificial i posteriorment renunciés als seus drets sobre el nadó a favor del pare, de manera que així la seva dona pogués adoptar-lo, a canvi de remuneració econòmica (Vidal 1988). Es tractava d'un anunci aparentment anàleg a qualsevol altra oferta de treball que es podia trobar al mateix diari, emparat per la llibertat de contracte; o al menys així ho van interpretar les corts supremes de Califòrnia en la resolució del cas *Johnson v. Calvert*<sup>3</sup>.

A partir dels anys 80 va cobrant força la que s'anomena subrogació gestacional o gestació subrogada en un sentit més propi. A causa de les FIV, i la subseqüent possibilitat de deslligar la mare gestant de la mare biològica, aquesta forma de subrogació permet l'aportació de material genètic per part d'ambdós pares intencionals en el cas de parelles heterosexuals, o la utilització dels gàmetes d'un donant en la resta de casos. L'any 2003 la subrogació gestacional va arribar a constituir el 95% dels casos de subrogació a EEUU, un dels països més sol·licitats degut a les facilitats legals que

---

<sup>1</sup> L'elecció del nom depèn en gran mesura de la posició que es defensi. Per una discussió al respecte vegi's el capítol corresponent a la maternitat per substitució a (Vidal 1988).

<sup>2</sup> Vegi's la classificació que fa María José Guerra a (Guerra 2017)

<sup>3</sup> Vegi's la resolució a <<https://law.justia.com/cases/california/supreme-court/4th/5/84.html>>

ofereixen alguns dels seus estats; i la tendència no ha fet més que augmentar (Allen 2018, 759). Aquesta preferència per la subrogació gestacional sobre la tradicional prové sobretot de les facilitats legals i emocionals que comporta. Al no haver-hi una relació biològica entre la mare substituïda i el seu nadó, aquesta ho té molt més difícil, en cas de canviar d'opinió, per disputar-li la custòdia als pares intencionals.

Aquest treball es centrarà sobretot en els casos de subrogació gestacional, al ser els més comuns, els més complexos i els que més demanda de regulació han suscitat en els últims anys, sobretot per part d'agrupacions polítiques liberals<sup>4</sup> i col·lectius LGTB+, en particular pel col·lectiu gai<sup>5</sup>. Aquest treball pretén articular una revisió de la fonamentació filosòfica dels drets laborals per argumentar en contra de la possibilitat d'incloure els acords de subrogació sota la legalitat lligada a la llibertat de contracte, és més, s'intentarà mostrar que aquests es troben precisament al seu límit, juntament amb la prostitució, el tràfic d'òrgans o el tràfic de persones.

Per tal de fer això, en un primer lloc s'analitzaran els arguments més comuns en la defensa de la regulació de la subrogació en termes de com es fonamenten en el dret i, en última instància, en com es fonamenta aquest en el jusnaturalisme. En segon terme es criticarà l'anterior des de dues perspectives: des de l'argumentari comú en contra de la regulació, basat en les categories de bé comú, mercantilització i explotació (Bromfield & Rotabi 2014, 124), i des de la insuficiència, pròpia de l'època en què es van dur a terme, dels fonaments filosòfics dels drets de propietat i de la construcció de l'individu pel que fa a les especificitats del sexe femení. Finalment es conclourà amb la tesi abolicionista<sup>6</sup> i una apel·lació a la necessitat de renovar el debat sobre les bases de la legalitat estatal en vista de les insuficiències que presenta i de l'estancament, tan teòric com pràctic, en l'avanç cap a una legalitat supraestatal o universal.

---

<sup>4</sup> Sobre la posició dels principals partits espanyols: <<https://magnet.xataka.com/en-diez-minutos/gestacion-subrogada-que-opina-cada-partido-su-posible-regulacion>>

<sup>5</sup> Manifest de la plataforma estatal LGTB per la regulació de la gestació subrogada i els seus firmants: <<http://www.cogam.es/presentacion-rueda-prensa-la-plataforma-la-regulacion-la-gestacion-subrogada/>>

<sup>6</sup> Es busca la nul·litat dels contractes de gestació subrogada i la criminalització de clients i agències, anàleg al model nòrdic sobre la prostitució.

## 2. A favor de la subrogació: els arguments liberal

Els arguments a favor de la legalització de la subrogació de la gestació poden ser subdividits en quatre categories<sup>7</sup>: apel·lacions a la llibertat, existència d'una demanda, avantatges de la regulació i arguments legals. Pel que fa a la primera categoria, s'acostuma a presentar com una analogia entre la subrogació i altres procediments defensats històricament pel moviment feminista tals com l'avortament o la llibertat sexual (Vilar 2018, 256). També incloc en aquesta categoria l'equiparació entre el treball productiu i el reproductiu. Es defensa que la comercialització del cos, en aquest cas d'una funció del cos, no és intrínsecament diferent de la comercialització de la força de treball, i per tant la decisió de dur-la a terme o no hauria de caure en mans de l'individu, al igual que en el treball productiu. Un exemple d'aquesta posició es pot trobar a “The ethics of surrogacy: women's reproductive labour” (Van Niekerk & van Zyl 1995).

Pel que fa al contraargument del problema del consentiment, això és, la dificultat de determinar si es tracta de lliure gestació per substitució o embaràs forçós, els regulacionistes responen que «a día de hoy, las mujeres son plenamente capaces para prestar un consentimiento válido y eficaz en decisiones que puedan afectar su cuerpo, al menos, en los países desarrollados en los que tienen garantizados plenamente sus derechos, y prohibir llevar a cabo una gestación altruista a favor de, por ejemplo, un familiar, es lo que sí suspende el derecho de autodeterminación sobre el propio cuerpo impuesto por el legislador» (Vilar 2018, 58).

La segona categoria engloba a tots aquells arguments que apel·len a l'existència d'una demanda, d'una necessitat social, d'un dret no garantit o fórmules similars. La infertilitat creixent, la formació de nous models de família i l'existència “d'estils de vida” que demanen un físic particular, produeixen cada vegada més demanda en els àmbits de les TRA<sup>8</sup> i l'adopció, una demanda que moltes vegades no pot ser absorbida i que resulta en la recerca d'altres vies com és el cas de la subrogació. L'argument és que la voluntat de les famílies amb aquestes necessitats és més forta que la mera prohibició,

---

<sup>7</sup> Per una discussió extensa i activa dels arguments a favor i en contra de la legalització de la subrogació vegi's: <<https://www.kialo.com/should-commercial-surrogacy-be-legal-in-liberal-democracies-2210>>

<sup>8</sup> Tècniques de Reproducció Assistida

i que per tant l'Estat hauria de proporcionar un marc legal per permetre la subrogació amb garanties (Vilar 2018, 57).

La tercera categoria es correspon al conjunt d'arguments que presenten la subrogació com una realitat ineludible i que proposen la seva regulació com una via pal·liativa als problemes que en sorgeixen<sup>9</sup>. La regulació, segons els que la defensen, permetria un millor control per part de l'Estat dels procediments legals i mèdics, a més que reduiria l'anomenat turisme reproductiu. Aquest últim és un problema en dos sentits.

En primer lloc perquè, tal i com diuen García i Martín, «donde más proliferan éstas prácticas [el turismo reproductivo] es en los países con mayor índice de pobreza y donde la mujer vive una situación de mayor desigualdad con respecto a los hombres, de modo que, en muchos casos, se someten a este proceso para cubrir necesidades propias y de su familia. [Esto] conlleva inexorablemente a la comercialización y la explotación de las potenciales gestantes» (2017, 203). La regulació de la subrogació, doncs, permetria portar-la a terme en els propis països d'origen, evitant així el problema.

En segon lloc perquè la causa principal del turisme reproductiu és la il·legalitat de la pràctica en el país d'origen. Es tracta així d'un cas de turisme de circumval·lació (García & Martín 2017, 200). Més enllà dels problemes legals que es poden derivar d'això en termes de frau de llei es presenta el problema de la filiació del nadó. Segons la llei espanyola, per exemple, la filiació dels nadons nascuts per gestació per substitució és determinada pel part<sup>10</sup>, és a dir, la llei espanyola reconeix únicament, com a mare, la mare substituïda i no la intencional. Això genera i ha generat<sup>11</sup> molts problemes a l'hora de retornar al país d'origen amb els nadons ja que, per una banda, no es reconeix la relació de parentesc entre la mare intencional i el nadó i, per l'altra, no se li reconeix al nadó la nacionalitat espanyola al no complir cap dels supòsits establerts per la llei<sup>12</sup>.

---

<sup>9</sup> Exemples d'aquesta posició es troben a (Vilar 2018) i (Bromfield i Rotabi 2014).

<sup>10</sup> Es troba recollit a l'article 10.2 de la Llei 14/2006 de 26 de maig sobre tècniques de reproducció humana assistida.

<sup>11</sup> Vegi's el cas dels nadons nascuts per subrogació a Ucraïna <<https://www.lavanguardia.com/vida/20190301/46733788382/bebes-gestacion-subrogada-ucrania-parejas-espanolas-kiev.html>>

<sup>12</sup> Degut a la possible desprotecció del menor que això significa, la Direcció General dels Registres i del Notariat ha elaborat una instrucció per establir una sèrie de condicions legals i burocràtiques per tal de permetre la inscripció del menor al Registre Civil espanyol. Vegi's la resolució completa a: <<https://www.boe.es/boe/dias/2010/10/07/pdfs/BOE-A-2010-15317.pdf>>

La quarta i última categoria compren els arguments que es refereixen a la possible existència d'un dret l'aplicació del qual fa necessària la regulació de la subrogació. Aquest dret és l'anomenat dret a la reproducció, i els seus defensors el formulen usualment com un dret derivat d'altres drets reconeguts nacional o internacionalment (Igareda 2011, 258). El dret a la salut, reconegut per l'article 25 de la DUDH<sup>13</sup>, juntament amb el reconeixement de la salut reproductiva com aquell «estat de complet benestar físic, mental i social [...] pel que fa al sistema reproductiu i les seves funcions i processos, [que implica] que les persones siguin capaces de mantenir relacions sexuals satisfactòries i segures i *tinguin la capacitat de reproduir-se i la llibertat de decidir-ho quan i amb quina freqüència fer-ho*»<sup>14</sup> (ICPD 2014, 59), hauria d'implicar l'existència d'uns drets reproductius que, segons es defensa, en alguns casos sols podrien ser garantits a través de la legalització de la gestació subrogada. Altres maneres de defensar aquests drets consisteixen en l'apel·lació a la reproducció com una necessitat bàsica<sup>15</sup> i per tant un dret fonamental, en la seva derivació del dret al lliure desenvolupament de la personalitat i del dret a formar una família o en l'emparament en el dret a la intimitat, tots ells també recollits en la DUDH (Igareda 2011, 257 – 266). Aquest últim és interessant en el sentit que manifesta clarament el confinament de la tasca reproductiva a l'àmbit personal, ja que més endavant es profunditzarà en la relació entre els arguments a favor de la subrogació i la distinció clàssica entre l'àmbit privat i el públic.

Com es pot veure, les quatre categories no són excloents sinó que es mesclen entre sí. A vegades els arguments d'una depenen lògicament de l'acceptació dels arguments d'una altra com a premisses, com per exemple els arguments de la demanda, que han de pressuposar la inclusió de la subrogació en el marc de la llibertat de contracte. Això no és coincidència. Tampoc és que s'hagin traçat malament les categories, òbviament es podrien fer classificacions més extenses i detallades però el resultat seria el mateix: els arguments a favor de la subrogació gestacional són interdependents. Tal vegada la categoria que més es salvaria d'aquesta acusació seria la tercera, que pretén ser purament utilitarista, però fins i tot aquesta, com es veurà, comparteix el marc conceptual amb la resta. La tesi que es defensa és que tots els

---

<sup>13</sup> Vegi's a <[https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR\\_Translations/spn.pdf](https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/spn.pdf)>

<sup>14</sup> Traducció i cursiva pròpies

<sup>15</sup> Segons es troba a Heller, A. 1996. *Una revisió de la teoria de las necesidades*. Paidós. Barcelona.



arguments presentats a favor de la subrogació de la gestació pressuposen una interpretació del liberalisme clàssic jusnaturalista contrària al seu esperit.

Per què dic esperit? Doncs per dues raons. En primer lloc perquè no és una interpretació contrària al liberalisme clàssic tal i com es va anar construint al llarg de la modernitat, al contrari, en certa manera n'és una conseqüent i en gran mesura depèn de les seves idees i dels seus conceptes. En segon lloc perquè crec que aquesta conseqüència, el fet de que els arguments a favor de la subrogació de la gestació es puguin seguir del liberalisme clàssic, és una demostració de les limitacions conceptuals pròpies de la modernitat especialment pel que fa al tema del cos femení. En altres paraules, la interpretació pro-subrogació del liberalisme clàssic és un excés possibilitat per les mancances conceptuals, històricament justificades, del propi liberalisme clàssic. Anomeno esperit del liberalisme clàssic, doncs, a l'establiment dels límits que constitueixen el mercat com l'àmbit fonamental de la llibertat humana. Estam parlant, òbviamment, de llibertat negativa.

### **3. Els fonaments filosòfics dels drets de propietat d'un ventre**

Adam Smith ho formula així: «toda persona, en tanto no viole las leyes de la justicia, queda en perfecta libertad para perseguir su propio interés a su manera y para conducir a su trabajo y su capital hacia la competencia con toda otra persona o clase de personas» (2015, 12). La llibertat de perseguir el propi interès, en termes jurídics la llibertat de contractació, troba els seus límits en les lleis de la justícia, fundades doctrinalment, com diu Allen, en el bé comú i el floriment humà en la tradició jusnaturalista (2018, 760). La qüestió és determinar si la subrogació de la gestació cau en el primer àmbit, en si és un legítim i lliure contracte entre dues persones jurídiques, o en el segon, en si es troba precisament en el límit de la llibertat de contracte en tant que es protegeix el bé comú i el floriment humà. Ambdós conceptes, per cert, positivitzats internacionalment en la DUDH i, nacionalment, en els drets fonamentals recollits en les cartes constitucionals de cada Estat.

Un contracte, segons l'article 1254 del codi civil espanyol<sup>16</sup>, consisteix en un acord mitjançant el qual una o diverses persones consenten en obligar-se, respecte d'una altra o altres, a donar alguna cosa o prestar algun servei. Els elements constitutius del

---

<sup>16</sup> Vegi's a <<http://civil.udg.es/normacivil/estatal/CC/4T2.htm>>

mateix son els següents: consentiment dels contractants, objecte del contracte i causa del contracte. Sobre el consentiment, per la part que ens ocupa, s'estipula que ha de ser lliure d'error, violència, intimidació o dol; l'error es refereix principalment a un equívoc sobre l'objecte del contracte, la resta ajuden a aproximar el consentiment legal a allò que intuïtivament s'entén per consentiment, però les definicions son suficientment vagues per donar lloc a diverses interpretacions. Pel que fa a la subrogació, els seus defensors apel·len, com ja s'ha vist, a una regulació garantista per protegir, per una banda, la llibertat d'elecció de la gestant i, per l'altra, per evitar la violació del lliure consentiment a través de la coacció o de l'engany.

Sobre l'objecte del contracte s'estableix que poden ser-ho totes aquelles coses que no estiguin fora del comerç dels homes així com tots aquells serveis que no siguin contraris a les lleis o a les bones costums. Poca cosa aporta aquesta caracterització si el que es cerca és, precisament, determinar si una determinada cosa o servei és objecte de contracte o no; simplement es reitera la limitació de la llibertat de contracte en tant que xoca contra la llei i la moral, o la "llei de la justícia" en termes d'Adam Smith. En el cas de la gestació per subrogació es fa difícil determinar si l'objecte de contracte és el nadó, si és el "servei" gestacional, o si són els drets materno-filials. En tot cas la posició dominant entre els que la defensen és que es paga pel "servei" gestacional de la mateixa manera que es paga per altres formes de labor (McLahan & Swales 2009, 97).

Sobre la causa del contracte es diu que pot ser lícita o il·lícita. En el segon cas, això és, si s'oposa a les lleis o a la moral, el contracte deixa de ser vàlid i no produeix efecte cap legal. En cas de regulació, la causa lícita seria, segons alguns, per part dels pares intencionals, la voluntat de tenir fills juntament amb la impossibilitat d'aconseguir-ho per altres vies i, per part de la gestant, l'altruisme (Vilar 2018); i segons altres, per part dels pares intencionals, la mera voluntat de tenir fills i, per part de la gestant, la remuneració (McLahan & Swales 2009, 100). Aquí es on divergeixen més les posicions a favor de la subrogació altruista de les de la subrogació comercial; no obstant això, no s'entrarà més en tals distincions ja que es creu que el que aquí es presenta és aplicable als dos casos, sobretot a causa de la dificultat que suposa diferenciar, tant pràctica com jurídicament, les dues modalitats (McLahan & Swales 2009, 99 – 100).

Més enllà de la problemàtica del consentiment i, com s'acaba de dir, obviant la motivació o causa del contracte, la qüestió principal ara és determinar quin seria l'objecte del possible contracte. Si s'atén únicament a l'*input* i a l'*output* absoluts de la subrogació, es podria pensar que es tracta d'un intercanvi, més o menys complex, de diners per un nadó. Aquesta és la posició d'aquells que defensen que la subrogació és una forma encoberta de tràfic de persones. L'objecte, en aquest cas, seria el propi nadó convertit en mercaderia. Si fos aquest el cas, el contracte podria ser fàcilment invalidat en virtut de l'article 35 de la *Convención sobre los derechos del niño* que diu «Los Estados Partes tomarán todas las medidas de carácter nacional, bilateral y multilateral que sean necesarias para impedir el secuestro, la venta o la trata de niños para cualquier fin o en cualquier forma»<sup>17</sup>.

De la caracterització, en canvi, que es feia al principi sobre el procediment en què consisteix la subrogació gestacional se'n desprèn que, si bé el que és entregat és el nadó; el que es compra, l'objecte del contracte, és el "servei" gestacional, és a dir, el treball de la gestant durant els nou mesos d'embaràs juntament amb tot el que implica. Això seria així al considerar que el nadó prové directament dels gàmetes dels pares intencionals i que, al ser aquests els pares biològics, el fill ja és seu i tan sols requereixen d'un ventre que el gesti. Es pot fer la següent analogia. Si la tecnologia avancés el suficient com per recrear el procés gestacional en una màquina-ventre, seria difícil pensar que el que es compra és el nadó i no el servei de la màquina.

Un altre enfocament seria que, a part d'això, també s'estan venent els drets materno-filials al exigir el contracte la renúncia a ells per part de la gestant. Aquesta posició s'assembla a la primera però evita la crítica òbvia de la relació biològica entre els pares intencionals i el nadó. McLahan i Swales argumenten que, si fos així, es tractaria d'un cas de compravenda d'infants, però que en el cas d'un contracte gestacional el que es fa és elaborar un compromís en «fer A mentre s'evita fer B<sup>18</sup>», això és, gestar i parir el nadó mentre s'evita reclamar els drets materno-filials sobre el mateix (2009, 99). Per aquests autors l'objecte del contracte no és ni el nadó ni el servei gestacional, sinó la renúncia als drets materno-filials de la gestant, és a dir, es paga per que *tan sols* sigui mare gestant.

---

<sup>17</sup> Vegi's a <<https://www.un.org/es/events/childrenday/pdf/derechos.pdf>>

<sup>18</sup> Traducció pròpia

Considerant l'argument de McLahan i Swales parcialment vàlid, aquí es considerarà com objecte del contracte gestacional tant la gestació del nadó com la renúncia als drets materno-filials de la gestant. Interpretar aquesta renúncia com la venda d'un infant és un assumpte complex. Ignorar les especificitats del procés gestacional subrogat, atenint-se únicament a la situació prèvia i posterior al compliment del contracte, podria implicar haver de considerar l'adopció o altres TRA també com situacions de compravenda d'infants i, amb les seves diferències, el mateix podria dir-se de la donació d'òrgans. No obstant això, hi ha cert consens, fins i tot entre aquells que la defensen, que si bé és discutible que la subrogació gestacional mercantilitzi els nadons, sí que els tracta d'una manera anàloga o similar a com es tracten les mercaderies.

Així doncs, l'objecte d'anàlisi d'aquest apartat serà la gestació com a labor. Si la gestació pot ser considerada un treball, així com l'ensenyança o l'agricultura, no hi ha cap raó per impedir, com deia Smith, «la libertad para perseguir su propio interés a su manera y para conducir a su trabajo y su capital hacia la competencia con toda otra persona o clase de personas» de l'individu. Tanmateix, grups tan dispars com gran part del feminisme, l'Església Catòlica, la bioètica, alguns professionals de la medicina i acadèmics de diferents branques (Allen 2018, 769 – 770) consideren el contrari, que la gestació, per les raons que sigui, no es pot considerar una forma de labor, al menys no en el mateix sentit que la labor d'un cambrer, d'un oficinista o d'un cirurgià.

Què té de distint la gestació d'un nadó a la manufactura d'una mercaderia? La resposta possiblement es trobi en la separació radical entre la labor reproductiva, lligada a l'àmbit privat i tradicionalment duta a terme per les dones, i la labor productiva, lligada a l'àmbit públic i tradicionalment duta a terme pels homes. La divisió sorgeix, segons Carole Pateman, del *contracte sexual* que es duu a terme prèviament *al contracte social* segons el qual queden establertes les bases de la societat civil moderna (Pateman 1988). Es profunditzarà més en aquesta idea en l'apartat final del treball, en el qual es recolliran les principals crítiques a la subrogació de la gestació i a les idees que s'exposaran a continuació.

Com s'ha arribat a considerar tal noció del treball que possibilita la seva alienació a través de la lògica del mercat? Com s'ha arribat a entendre i defensar la llibertat en termes mercantils o contractualistes? Com s'ha arribat a la noció d'individu modern, essencialment racional i posseïdor? La resposta a aquestes preguntes es troba

en la construcció de la societat moderna, això és, en el naixement del capitalisme i de les institucions que el sustenten, i en la ficció política que suposa el contractualisme que les promou i justifica. Entendre bé això pot ajudar a dilucidar què hi ha de diferent entre posar a disposició del mercat la força de treball i posar-hi el propi cos.

Hobbes és un dels primers que proposa una alternativa a la visió de la societat com un ens natural anàleg a la família on el poder civil comparteix les característiques del poder patern (Alemany 2005, 27). La idea de que els individus són sobirans, en el sentit que d'ells emanen els drets fonamentals o naturals i que, per la seva preservació, s'estableixen en societats que els protegeixen a través del poder polític basat en el consens, ja es troba present a l'obra d'Hugo Grotius. No obstant això, la formulació de Hobbes en termes contractualistes és la que dona forma a la tradició que en gran mesura fonamenta els textos constitucionals dels Estats-nació moderns.

Tot i que Hobbes dona suport a la forma monàrquica, les seves raons disten molt d'apel·lar al dret diví, que era la forma prominent de justificació paternalista de la monarquia, sinó que ho fa a través del pacte sorgit del càlcul racional i de la naturalesa dels individus en l'Estat precivil. És precisament aquesta naturalesa humana, egoista i traïdora, que impedeix a Hobbes portar el contractualisme fins a les seves últimes conseqüències, i l'obliga a proposar el monarca com el garant necessari de l'estabilitat de la societat civil; sense ell, la naturalesa de l'home portaria a la ruptura del pacte i el conseqüent retorn a l'Estat de naturalesa. En cert sentit Hobbes no escapa de la visió paternalista del monarca i, per tant, no es pot considerar un liberal.

És Locke qui presenta una més forta oposició al paternalisme. En el seu *Primer assaig sobre el govern civil* ataca els arguments de *El patriarca*, un llibre de Robert Filmer que justifica la monarquia absoluta a partir de tres idees: el dret diví, la teologia natural i l'autoritat paternal. Per Filmer, la diferència entre l'Estat i la família és una qüestió quantitativa, i el poder civil és tan natural i irrenunciable com el poder patern. Això ho fonamenta en la idea de que les distintes famílies reials descendeixen directament dels patriarques bíblics, heretant així els seus drets a l'exercici de la suprema jurisdicció (Alemany 2005, 33 – 34).

La idea del pare com un rei, la idea del rei com un pare, la identificació de la família amb una petita societat i la concepció familiar de l'Estat, aquesta analogia que s'ha anomenat paternalisme és el principal enemic del contractualisme. En l'Estat de

naturalesa domina el pare, domina cada nucli familiar i entra en conflicte amb altres pares amb els mateixos interessos que ell, moltes vegades violant els seus drets naturals (principalment els de llibertat, vida i propietat) i posant en perill els seus. En la societat civil governa el poder executiu, governa garantint els drets naturals dels individus, establint-los com els únics límits a la llibertat dels pares, ara individus que, mitjançant el consens, han establert i participen del poder executiu. La crítica al paternalisme passa necessàriament per establir una divisió absoluta entre l'àmbit privat i l'àmbit públic, entre un àmbit de domini i un àmbit de llibertat.

L'analogia entre el pare i l'Estat perd força a mesura que les idees il·lustrades i les dinàmiques mercantils s'estenen arreu del món. Però no s'ha d'oblidar que el contractualisme, al igual que el paternalisme, es fonamenta també en una ficció: el contracte social no és un fet històric, el contracte social sorgeix d'una altra analogia, la de la societat civil amb el mercat. Tant per Hobbes com per Locke els problemes de l'Estat de naturalesa són per norma general conflictes sobre la propietat, conflictes entre individus que desitgen posseir el mateix. La tasca més important de l'Estat, doncs, és la d'establir mecanismes de adquisició, legitimació i traspàs d'aquestes propietats, en altres paraules, la de possibilitar el mercat. Els fonaments filosòfics dels drets de propietat, juntament amb els fonaments filosòfics de l'individu modern i l'assumpció de que el bé comú coincideix amb el lliure exercici dels drets individuals són els fonaments filosòfics de les societats liberals modernes (Alemany 2005, 38). Determinar com la gestació d'un nadó pot ser considerada una propietat d'un individu lliure, que és la gestant, des de la filosofia contractualista, és trobar el fons comú dels arguments a favor de la regulació de la gestació subrogada. Si la manera de fer-ho requereix un excés interpretatiu respecte algun dels fonaments clàssics de la propietat, es corroborarà la intuïció que es presentava a l'inici sobre la incompatibilitat dels contractes de subrogació i l'esperit del liberalisme clàssic.

Lawrence Becker recull i fa un estudi dels principals arguments filosòfics a favor de la propietat privada liberal, són cinc: l'argument de la primera ocupació, la teoria de l'apropiació-treball, els arguments d'utilitat, l'argument de la llibertat política i les consideracions de caràcter moral (1977). També distingeix, seguint l'obra d'Honoré, entre tretze elements necessaris pel concepte complet de propietat liberal, si bé remarca que cap d'ells és constituent de la propietat *per se*, ja que és comú l'ús de la paraula

propietat en un sentit restringit, és a dir, quan s'hi troben tan sols alguns d'aquests elements. Els tretze elements són els següents: el dret a la possessió (física o metafòrica), el dret a l'ús, el dret a la gestió, el dret a la renda, el dret al consum, el dret a la modificació, el dret a l'alienació, el dret a la seguretat, el dret a la transmissibilitat, l'absència de data d'expiració, la prohibició de l'ús nociu, la responsabilitat d'execució i, finalment, el caràcter residuari<sup>19</sup> (Becker 1977, 19).

Pel que fa a l'objectiu de l'apartat, per esbrinar en quin sentit la força de treball és una propietat, i si aquest mateix sentit es pot aplicar al procés gestacional, s'han de considerar especialment la teoria de l'apropiació-treball de Locke i els drets a l'alienació i a la transmissibilitat, que són els necessaris i suficients per tal que una mercaderia donada pugui ser considerada objecte de contracte, i la prohibició de l'ús nociu. La teoria de l'apropiació-treball parteix de l'assumpció de que cada individu posseeix el seu cos i el seu treball, d'aquí es segueix que quan algú treballa en alguna cosa que no és de ningú, és a dir, la treu del seu estat natural a través del treball, hi està "unint" o "mesclant" aquest treball i, per tant, l'exclou de la propietat comú (o de la no-propietat) fent-la seva. Això es troba unit a tres limitacions: que és possible tan sols allà on n'hi ha suficient pels altres, que no es pot apropiat-se de més que d'allò que un pot treballar i que allò que s'ha apropiat no es tudi (Becker 1977, 33).

Si es considera la gestació una forma més de labor i s'hi aplica l'argument de l'apropiació-treball s'esdevé una contradicció. Essent els drets de propietat fonamentalment drets excloents, de la forma "o x pertany a A o x pertany a B", si la gestació fos considerada una forma de labor més es seguiria que el producte de tal treball, el nadó, seria propietat de la mare. Però això es contradiu amb la primera premissa de l'argument, que diu que tot individu es posseeix a sí mateix i al seu treball. D'aquí es segueix que o es renuncia a considerar la gestació d'un nadó una forma més de labor, limitant l'argument a tots els casos en què el producte de el treball no és un ésser humà, o es manté la generalitat de la teoria apel·lant a què en alguns casos, els drets de propietat derivats d'ella són anul·lats per altres drets més fonamentals.

Segons Becker és natural pensar que es tracta de la segona possibilitat, ja que reconeix la dificultat d'establir una diferència qualitativa entre les dues labors en virtut de la qual es pugui argumentar d'alguna manera la incapacitat de la gestació de produir

---

<sup>19</sup> Traducció pròpia.

propietat (1997, 38). La solució, doncs, passa per considerar com s'originen els drets de propietat del propi cos i del treball. Becker argumenta que el dret a propietat del treball seria derivat del cos i aquest, a la vegada, del dret més fonamental de llibertat. Si, com s'ha dit, el dret a propietat és fonamentalment un dret excloent, la llibertat individual implica necessàriament tal exclusivitat sobre el propi cos, així com algun més dels drets que caracteritzen el dret de propietat liberal. Així, al ser el dret de propietat un dret derivat del dret a la llibertat, aquest anul·laria el primer en el cas de la gestació i la teoria de l'apropiació-treball no s'hauria de modificar (1997, 38-39).

La teoria de l'apropiació-treball troba més objeccions i es fa més complexa, però pel que fa al que aquí es vol il·lustrar la caracterització que se n'ha fet ja és suficient. Aquests són els fonaments filosòfics dels drets de propietat d'un ventre o, en el seu defecte, de la capacitat gestacional si s'actualitza el debat entenent, a partir de Marx, que el que es ven no és el treball en sí si no la força de treball, és a dir, «el seguit de capacitats físiques i mentals, que hi ha en el cos, en la personalitat viva d'un home, i que es posen en moviment sempre que produeix un valor d'ús de qualsevol mena» (Marx 2008, 203).

En resum, la defensa de la legalització de la gestació subrogada s'assenta en la idea de que l'individu posseeix els drets naturals a la vida i a la llibertat, que aquesta llibertat és traduïble a un conjunt de drets de propietat i que, per tant, el seu àmbit és el del mercat, que la gestació d'un nadó i qualsevol altra labor són distintes tan sols en allò que produeixen i no en elles mateixes, que la força de treball és una propietat alienable i transmissible i, finalment, que la mercantilització de la gestació no constitueix necessàriament un ús nociu d'aquesta propietat.

Tal argumentació pareix plausible, a més concorda amb la idea més o menys vaga que es té al respecte del lema feminista “nosaltres parim, nosaltres decidim”. No obstant això, tres d'aquests punts son fortament criticables. Gran part dels arguments que es veuran a continuació concentren la seva crítica en l'última proposició, és a dir, que la mercantilització de la gestació sí constitueix un ús nociu de la gestació, ja sigui nociu pel propi individu, la mare gestant, pel nadó o per la societat en general. Tot i que aquesta línia és interessant, cau més en el terreny de la bioètica o la psicologia i, per tant, tan sols se'n farà un esbós.



Una altra perspectiva ataca la idea de que els drets de propietat sobre el cos i el treball propis siguin una traducció adequada dels drets naturals a la vida i a la llibertat. Aquest qüestionament del concepte liberal de llibertat servirà d'enllaç amb l'última de les crítiques que es defensarà, que si bé la gestació pot ser considerada una forma de treball, en cap cas pot ser subjecte del dret d'alienació i transmissibilitat que sí és possible en altres casos de labor. Això serà defensat en termes d'un anàlisi de la naturalesa pròpia de la gestació i de les condicions de possibilitat culturals de la seva incorporació a l'àmbit públic a través de lògiques de mercat.

#### **4. En contra de la subrogació: el contracte sexual**

Les quatre principals categories d'arguments a favor de la gestació subrogada eren les apel·lacions a la llibertat, la existència d'una demanda, els avantatges de la regulació i els arguments legals. Es poden entendre les categories d'arguments en contra com a respostes a cada una d'elles. Els arguments al voltant del bé comú subratllen que la interpretació que es fa per part dels regulacionistes dels fonaments liberals del mercat, com un àmbit essencialment de llibertat, ignora per complet les importants restriccions que els seus teòrics van plantejar reduint-ho tot a termes de pur consentiment. Aquest argument sol presentar-se a través de dues formes: una apel·lació a l'humanisme inherent a la tradició liberal que posa en relleu la incompatibilitat de conceptes tals com el bé comú o el floriment humà amb l'alienació del cos, o una reducció a l'absurd que, partint de les mateixes premisses que els de l'apel·lació a la llibertat, deriva la permissibilitat de l'esclavitud o la venda d'òrgans. Un exemple de la primera forma es pot trobar a (Allen 2008) i (Vidal 1998), mentre que de la segona a (Winddance 2015).

Els arguments basats en l'explotació defensen que la regulació de la gestació subrogada tan sols serveix per legitimar l'explotació de dones que, tan sols per motius d'urgència econòmica, accedeixen a passar per un embaràs i la traumàtica experiència d'haver d'entregar un nadó a una altra família a canvi de diners. L'argument parteix de que, en condicions d'igualtat, cap dona en els seus cabals accediria a tals pràctiques i que, per tant, el suposat consentiment en el qual es basa el contracte de subrogació és molt qüestionable. D'entre les proves empíriques que s'aporten cal destacar l'elevat nombre de contractes que es duen a terme a països desfavorits (Winddance 2015, 54), els estudis psicològics al respecte del llaç emocional que es desenvolupa entre mare

gestant i fill i les conseqüents dificultats<sup>20</sup> que això suposa (Ahmari et al. 2014) i (Andrews 1987) o els estudis mèdics al respecte de les preocupants contraindicacions de la FIV (Kamphuis et al. 2014).

No obstant això també hi ha estudis que mostren el contrari (Parry 2018) i que manifesten la falta de dades degut a ser una pràctica recent i il·legal en la majoria de països. Generalment, entre els qui consideren aquests riscos, domina l'argument que defensa la disminució d'aquests a través de la regulació legal de la pràctica. Tanmateix es fa difícil pensar com una simple regulació legal ajudaria a disminuir els riscos mèdics i psicològics lligats a la gestació subrogada. I si bé es podria prevenir el fals consentiment per urgència econòmica, tampoc és clar com això no podria ser considerat una forma de discriminació laboral; i fins a quin punt es podrien distingir els pagaments per compensació, en la forma altruista, dels pagaments per remuneració, en la forma comercial.

L'argument utilitarista, per altra banda, també pot ser reduït a l'absurd de la mateixa manera que el del consentiment, de manera que si, per exemple, s'apliqués a Líbia, coneguda pel creixent tràfic de persones des de la caiguda de Gadafi, recomanaria la regulació de l'esclavitud per evitar les males pràctiques derivades de l'ocultament que requereixen tals activitats pel fet de ser il·legals. Òbviament això es podria respondre retornant a la qüestió de que la gestació és un treball anàleg al de, per exemple, cuidar una persona, mentre que l'esclavitud és una venda de la pròpia persona i, per tant, és incompatible amb el dret fonamental i inalienable de propietat d'un mateix derivat del dret a la llibertat i a la vida. En aquest sentit es deia al principi que l'argument utilitarista acabava depenent també del mateix marc teòric que la resta.

Com ja s'intuïa en l'anterior capítol, la qüestió fonamental és si es pot parlar o no, pròpiament, de treball gestacional, particularment en el sentit de la seva alienabilitat. El títol d'aquest treball es refereix a la mercantilització del ventre, i un podria raonar: si es mercantilitza és perquè abans no estava mercantilitzat, i si és un treball com qualsevol altre, per quina raó no es trobava mercantilitzat abans i perquè es pretén mercantilitzar ara? La resposta òbvia seria que tan sols ha estat possible gràcies als recents desenvolupaments de les TRA, concretament la inseminació artificial i la FIV. No

---

<sup>20</sup> A la següent pàgina web s'hi poden trobar varis testimonis de gestants així com altres fonts que apunten en la mateixa direcció: <<http://www.cbc-network.org/issues/making-life/surrogacy/>>

obstant això, aquesta resposta obvia quelcom important, la gestació subrogada no és una pràctica nova, de fet s'hi poden trobar exemples tan antics com el de Sarai i Abraham o el de Raquel i Jacob en l'Antic Testament (Pateman 1988, 213). En ambdós casos la infertilitat de la dona és solucionada acudint a una criada perquè faci de mare gestant, l'única diferència amb la gestació tradicional és que la inseminació es feia de manera natural.

Així, la gestació subrogada apareix històricament lligada a mecanismes de dominació: la mare gestant com una criada, com una esclava, com una subordinada, etc. Recuperant la distinció clàssica entre l'àmbit públic i l'àmbit privat, la gestació, tan la subrogada com la que no, era considerada pròpia de l'àmbit privat, de l'àmbit de dominació. Precisament aquesta és la raó de què alguns regulacionistes busquin mercantilitzar la pràctica. Com ja s'ha vist a l'apartat anterior sobre l'argument utilitarista, el que es cerca, aparentment, és elevar la dona a individu, treure-la de l'àmbit de la dominació, concedint-li la llibertat a decidir si prestar o no els seus serveis al mercat. Bé, doncs segons Pateman això constitueix, per una banda, una nova forma de dominació del cos femení i, per l'altra, un renaixement del paternalisme dins el patriarcat de cuny modern, així com un canvi en les maneres mitjançant les quals el patriarcat modern es perpetua.

L'argument de Pateman es basa en la constatació de què l'àmbit de llibertat creat pel contracte social sols és possible gràcies a la instauració prèvia d'un àmbit de dominació a través del contracte sexual. L'home tan sols pot ser individu en tant descarrega la labor reproductiva en la dona, en altres paraules, l'home és lliure en tant que la dona és esclava. Aquesta idea, que es troba rere les teòriques de la doble jornada, posa en qüestió la visió oficial del liberalisme contractualista com l'enemic absolut del paternalisme. Al contrari, amb el contracte social s'inaugura el que Pateman anomena la subordinació patriarcal moderna (1988, 215), basada en la divisió sexual entre labor productiva, remunerada, pròpia dels homes i duta a terme en l'àmbit públic, i labor reproductiva, no remunerada, pròpia de les dones i duta a terme en l'àmbit privat.

Per altra banda, s'analitza aquesta subordinació en termes de control del cos. La institució fonamental del contracte sexual, segons Pateman, és el matrimoni que, en última instància, és un mecanisme de repartiment entre els homes d'accés al cos, i a les funcions del cos, femení. Aquesta subordinació ha estat possible gràcies a la privació,

tant cultural com legal, de l'oportunitat de les dones de poder-se guanyar la vida, convertint el matrimoni en la seva única opció per aspirar a una vida decent (Pateman 1988, 158). La suposada neutralitat de l'individu modern és desmentida per l'exclusió fàctica de les dones tant del mercat com dels drets i deures de l'àmbit públic. Un exemple paradigmàtic és el de l'exclusió femenina al dret a vot a través d'arguments tals com que els interessos d'una dona corresponen als del seu marit.

Un altre exemple, interessant pel que fa a la subrogació, és la noció de propietat alienable sobre el propi cos i la força de treball. Si l'úter (tot el que involucra la capacitat gestacional) no és més que una propietat relacionada externament amb l'individu, seguint la teoria de l'apropiació-treball, l'úter pot ser contractat i, d'una manera anàloga a com l'empresari es queda amb el fruit del treball de l'obrer, el pare intencional es queda amb el nadó. Com remarca Pateman, això és perillosament proper a la noció d'"empty vessel" que Filmer utilitzava per justificar la dominació parental dins la família, més o menys que la dona era el recipient on creixia el fill del pare (Pateman 1988, 214).

Que la força de treball és una propietat en el mateix sentit que un tros de terra és una ficció i un insult, com ja deia Proudhon (Becker 1977, 37). Però, segons l'argument de Pateman, que l'úter també ho sigui és una ficció encara més gran. Si bé contractant la força de treball s'està posant a disposició de l'empresari un dret temporal sobre l'ús del cos del treballador (sobre què ha de fer i com ho ha de fer), contractant l'úter s'està posant a disposició del pare intencional el dret a la «capacitat única, fisiològica, emocional i creativa del cos de la gestant, és a dir, a ella mateixa com a dona»<sup>21</sup> (Pateman 1988, 215).

A més, així com l'empresari té dret a assegurar-se que el treballador compleixi la seva part del contracte mitjançant, per exemple, la vigilància, en els contractes de subrogació també s'hi inclouen clàusules per tal que els pares intencionals puguin assegurar-se de que la gestant compleix la seva part del tracte. Aquestes clàusules<sup>22</sup> signifiquen un pràctic control de la totalitat d'activitats de la mare gestant durant els nou mesos d'embaràs, així com una restricció important de les seves llibertats bàsiques. Restriccions que impliquin un nivell semblant de control sobre el cos en una activitat

---

<sup>21</sup> Traducció pròpia

<sup>22</sup> Un exemple és recollit a <<https://www.lavanguardia.com/vivo/lifestyle/20190705/463293445253/asi-es-contrato-gestacion-subogada-vientre-alquiler.html>>

remunerada tan sols es poden trobar en esportistes d'alt nivell. Tot i així, la comparació es fa difícil per totes les raons que s'han anat dient al llarg d'aquest apartat.

Retornant a la suposada neutralitat sexual de l'individu. Des del punt de vista del contracte, la reducció de la dona a la categoria d'individu, és a dir, a propietari lliure, manejant un concepte de llibertat que significa tenir la capacitat de tractar el cos propi com una propietat liberal completa i, per tant, alienable, implica l'eliminació de qualsevol relació intrínseca entre la dona, el seu cos i les seves capacitats reproductives. Pateman ho formula de la següent manera: «una dona tan sols pot ser mare subrogada perquè la seva identitat de dona és considerada irrellevant i és declarada un individu proporcionant un servei. Al mateix temps, tan sols pot ésser mare subrogada precisament perquè és una dona» (Pateman 1988, 217).

A l'inici de l'apartat es feia la següent pregunta: per quina raó no es trobava mercantilitzat abans i perquè es pretén mercantilitzar ara? S'ha respost a la primera part, perquè formava part dels mecanismes de dominació propis de l'àmbit privat, és a dir, perquè l'home controlava sexualment la dona. La segona part de la resposta, conseqüentment, ha de suggerir que aquest control ha disminuït en gran mesura gràcies a la incorporació progressiva de les dones al mercat laboral i a la tasca social, cultural i política incansable dels i les feministes. Així com la prostitució, com una professió especialitzada, es desenvolupa al voltant del final del segle XIX i principis del XX (Pateman 1988, 195), la inclusió de subrogació de la gestació a les lògiques de mercat és la resposta contemporània del patriarcat cap a la seva pèrdua de control sexual sobre les dones. Amb la prostitució es busca aconseguir el control sexual literalment, amb la gestació, el control reproductiu.

El tret més característic dels contractes de la gestació subrogada és que deslliguen per complet la reproducció de la dona. Mitjançant la subrogació un home pot esdevenir pare sense la intervenció d'una dona sinó d'un individu i un servei. Per altra banda, les implicacions materials que tenen els contractes de subrogació porten a la inevitable conclusió que, per la seva execució, posen necessàriament en perill els fonaments sobre els quals s'assenten. Per poder mercantilitzar el seu cos, l'individu s'ha de pertànyer a un mateix, però el contracte de gestació implica un domini tal sobre el cos, que pot considerar-se que, pel temps que dura la gestació, deixa de pertànyer a un

mateix. No s'ha d'oblidar que la gestació d'un infant no és una activitat sinó un estat, si no quin tipus de jornada laboral significaria?

És evident que el contractualisme liberal presenta moltes insuficiències conceptuals a l'hora de captar realitats materials i, en general, relacions de poder. Els conceptes d'individu i propietat o són en sí mateixos ficcions polítiques o depenen fortament d'elles. Ja que els textos legals de les democràcies liberals, i en conseqüència la vida i el benestar de tots els que hi participen, depenen en gran part d'ells, es defensa la necessitat d'una revisió materialista, crítica i amb perspectiva de gènere dels fonaments filosòfics d'aquests conceptes. La subrogació de la gestació és tan sols un exemple, tot i que un molt significatiu, de la creixent expansió de les lògiques de mercat a tots els àmbits de la vida humana. Si darrere l'expansió d'aquestes lògiques, legitimada en nom de la llibertat i la igualtat, s'hi troben ocultes relacions de poder que porten a la desigualtat i l'esclavitud, la tasca del filòsof ha de ser denunciar-la i la del legislador, prohibir-la. La voluntat del mercat mai hauria de posar en qüestió la dignitat humana.

## **5. Conclusions**

La subrogació de la gestació ha suscitat nombroses discussions en diferents àmbits. Aquí s'han analitzat els principals arguments a favor de la seva legalització en la forma gestacional i comercial: l'apel·lació a la llibertat contractual, l'existència d'una demanda o necessitat, els avantatges de la seva regulació i, finalment, arguments legals respecte l'existència d'un possible dret a tenir descendència. Davant la intuïció de que aquests arguments podrien tenir un origen comú en un excés interpretatiu del liberalisme clàssic, s'ha procedit a fer un anàlisi dels fonaments filosòfics dels drets de propietat que pogués donar comptes de la inclusió de la gestació al mercat laboral. Tanmateix, per fer-ho, abans s'ha hagut de clarificar la forma elemental de transacció de la societat moderna, el contracte, i esbrinar què és el que s'està transferint en un contracte gestació subrogada, això és, el seu objecte.

Després de provar-ho amb varis candidats, s'ha decidit entendre que, per analogia amb un contracte laboral, el que s'està contractant és la capacitat gestacional de la mare substituïda. La decisió no ha estat tan sols motivada per les dificultats teòriques que suposarien les altres opcions, el nadó o els drets materno-filials, sinó

perquè aquesta és precisament la raó en virtut de la qual es sostenen els arguments a favor de la maternitat subrogada. Rebutjar-la, doncs, implica dues vies: o s'argumenta que l'objecte del contracte és un ésser humà o un dret i, per tant, no és un contracte vàlid o s'argumenta que la capacitat gestacional no és completament anàloga a la força de treball i que, per tant, no hauria de ser mercantilitzable. S'ha optat per la segona via.

Per entendre com el propi cos i la força de treball poden ser objectes dels drets de propietat, i per tant objectes de comerç, s'ha recorregut al contractualisme modern, especialment al de Locke, degut a la dedicació de la seva obra a fonamentar i legitimar aquests drets. La teoria de l'apropiació-treball, juntament amb la defensa dels drets naturals, han proporcionat les eines analítiques per entendre que si bé una visió regulacionista de la subrogació és compatible amb el contractualisme modern, ho és a costa d'exagerar la importància d'alguns dels seus elements teòrics, com el consentiment, i d'ignorar-ne uns altres, com l'humanisme inherent en forma de bé comú o floriment humà. Per altra banda, la relació entre l'individu i el seu cos és vagament caracteritzada com una relació externa de propietat, obrint la porta a la seva alienació parcial, ja sigui a través de la força de treball, el sexe o, en el cas de la subrogació, la capacitat gestacional.

Per expandir les diferències entre aquestes maneres de posseir o utilitzar el cos, s'ha acudit a *El contracte sexual* de Carole Pateman, on s'argumenta que el domini històric que s'ha exercit per part dels homes sobre el cos de la dona no s'acaba amb el contracte social i la noció d'individu, si no que s'accentua mitjançant la separació radical entre la casa i la ciutat. L'individu no és neutral, històricament les dones han estat excloses de l'àmbit públic, del món de llibertats de l'individu, incapacitant-les per guanyar-se la vida havent de sotmetre's a la voluntat del seu marit. A aquest sotmetiment Pateman l'anomena "dret sexual masculí", i inclou tant l'accés a la labor reproductiva de la dona com l'accés directe al seu cos a través del sexe.

No obstant això, sobretot al llarg del segle xx, les dones han aconseguit un reconeixement legal igualitari en la majoria de societats avançades i una forta inclusió al mercat laboral les desigualtats del qual s'estan reduint. Aquesta inclusió posa en perill el "dret sexual masculí" originat en el contracte sexual, de manera que la inclusió de la prostitució o de la gestació subrogada al mercat s'ha d'entendre com una manera en què

les relacions de dominació pròpies del paternalisme reneixen integrant-se en la fórmula igualitària del contracte liberal, per molt irònic que això resulti.

Es conclou, doncs, que les fortes implicacions sobre el domini del cos de la dona que tenen els contractes de gestació subrogada suposen no tan sols una violació dels drets fonamentals de la dona gestant, si no una perpetuació de les relacions de dominació patriarcals que tota legislació igualitària hauria de perseguir. En conseqüència, es defensa la nul·litat de tots els contractes que tinguin per objecte la capacitat gestacional de la dona, així com la criminalització d'aquelles entitats que els ofereixin o fomentin.

### **Referències bibliogràfiques**

AHMARI TEHRAN, H., TASHI, S., MEHRAN, N., ESKANDARI, N., & DADKHAH TEHRANI, T. 2014. "Emotional experiences in surrogate mothers: A qualitative study" a *Iranian journal of reproductive medicine*, vol. 12, n.º 7, pàgs. 471 – 480.

ALEMANY, M. 2005. *El concepto y justificación del paternalismo*. Universidad de Alicante.

ALLEN, A. 2018. "Surrogacy and limitations to freedom of contract: toward being more fully human" a *Harvard Journal of Law and Public Policy*, vol. 41, n.º 3, pàgs. 753 – 811.

AMORÓS, C. 2000. *Feminismo y Filosofía*. Ed. Síntesis. Madrid.

ANDERSON, E. 2000. "Why commercial surrogate motherhood unethically commodifies women and children: reply to McLachlan and Swales" a *Health Care Analysis*, n.º 8, pàgs. 19 – 26.

ANDREWS, L. 1987. "The aftermath of Baby M: Proposed State Laws on Surrogate Motherhood" a *The Hastings Center Report*, vol. 17, n.º 5, pàgs. 21-40.

BECKER, L. 1977. *Property Rights: Philosophic Foundations*. Routledge & Kegan Paul Ltd. Londres.

BJÖRKMAN, B. & HANSSON, S. 2006. "Bodily rights and property rights" a *Journal of Medical Ethics*, vol. 32, n.º 4, pàgs. 209 – 214.



- BROMFIELD, N. & ROTABI, K. 2014. “Global Surrogacy, Exploitation, Human Rights and International Private Law: A Pragmatic Stance and Policy Recommendations” a *Global Social Welfare*, vol. 1, n.º 3, pàgs. 123 – 135.
- DELPHY, C. 1984. *Close to Home: A Materialist Analysis of Women’s Oppression*. Amherst, MA: University of Massachusetts.
- DEONANDAN, R.; GREEN, S. & VAN BEINUM, A. 2012. “Ethical concerns for maternal surrogacy and reproductive tourism” a *Journal of Medical Ethics*, vol. 38, pàgs. 742 – 745.
- FERGUSON, A., HENNESSY, R. & NAGEL, M. 2016. “Feminist Perspectives on Class and Work” a <<https://plato.stanford.edu/entries/feminism-class/>> [en xarxa, 19/06/2019].
- FRAISSE, G. 2003. *Los dos gobiernos: la familia y la ciudad*. Ed. Cátedra. Madrid.
- GARCÍA, J. & MARTÍN, M. 2017. “Turismo reproductivo y maternidad subrogada” a *Extraordinario XXVI Congreso*, vol. 27, pàgs. 200 – 208.
- Guerra, M.J. 2017. “Contra la llamada gestación subrogada. Derechos humanos y justicia global versus bioética neoliberal” a *Gaceta sanitaria*, vol. 31, n.º 6, pàgs. 535 – 538.
- ICPD. 2014. “Programme of Action” a <[https://www.unfpa.org/sites/default/files/pub-pdf/programme\\_of\\_action\\_Web%20ENGLISH.pdf](https://www.unfpa.org/sites/default/files/pub-pdf/programme_of_action_Web%20ENGLISH.pdf)> [en xarxa, 25/06/2019].
- IGAREDA, N. 2011. “El hipotético derecho a la reproducción” a *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, n.º 23, pàgs. 252 – 271.
- KAMPHUIS, I., BHATTACHARYA S., VAN DER VEEN F., MOL B. W. J. & TEMPLETON A. 2014. “Are we overusing IVF?” a *BMJ* 348 :g252.
- LAVAL, C. & DARDOT, P. 2017. *La pesadilla que no acaba nunca*. Gedisa editorial. Barcelona.
- LEGHORN, L. & KATHERINE P. 1981. *Woman’s Worth: Sexual Economics and the World of Women*. Routledge and Kegan Paul. London.
- MARX, K. 2008. *El Capital*. Biblioteca del pensamiento socialista. México.

- MCLACHLAN, H. & SWALES, K. 2009. “Commercial surrogate motherhood and the alleged commodification of children: a defense of legally enforceable contracts” a *Law and contemporary problems*, vol. 72, pàgs. 91 – 107.
- MURILLO, C. & D’ATRI, A. 2018. “Producing and Reproducing: Capitalism’s Dual Oppression of Women” a <<https://www.leftvoice.org/on-reproductive-labor-wage-slavery-and-the-new-working-class>> [en xarxa, 19/06/2019].
- O’BRIEN, M. 1983. “Reproductive Labour and the Creation of Value” a *Atlantis*, vol. 8, n.º 2, pàgs 1-10.
- PARRY, B. 2018. “Surrogate labour: exceptional for whom?” a *Economy and Society*, vol. 47, n.º 2, pàgs. 214 – 233.
- PATEMAN, C. 1988. *The Sexual Contract*. Stanford University Press. Stanford.
- SMITH, A. 2015. *La riqueza de las naciones*. Epublibre.
- VAN NIEKERK, A. & VAN ZYL, L. 1995. “The ethics of surrogacy: women’s reproductive labour” a *Journal of Medical Ethics*, vol. 21, pàgs. 345 – 349.
- VIDAL, J. 1988. *Las nuevas formas de reproducción*. Cuadernos Civitas. Madrid
- VILAR, S. 2018. La gestación subrogada en España y en el derecho comparado. Ed. BOSCH. Barcelona.
- WINDDANCE, F. 2015. *Outsourcing the womb*. Routledge. New York.