

Resumen del artículo

Gestación subrogada: alcances y límites en la teoría kantiana

Surrogacy: Scope and limitations of Kantian theory?

Magda Viridiana Rodríguez Tovar

Universidad Autónoma de Baja California, México.

rodriguez.magda@uabc.edu.mx


 <http://orcid.org/0000-0002-8782-8032>

Maestra en Ciencias Jurídicas, Universidad Autónoma de Baja California, México.

Laura Alicia Camarillo Govea

Universidad Autónoma de Baja California, SNI I, México.

govea@uabc.edu.mx

 <http://orcid.org/0000-0002-1991-7340>

Doctora en Derecho por la Universidad de Castilla-La Mancha, España.

Recibido: 31 de mayo de 2019

Aprobado: 20 de abril de 2020

Resumen

La gestación subrogada es una figura compleja que sufre de una amplia desaprobación legal y social; sin embargo, su práctica va en aumento como una solución para las personas que por ningún otro procedimiento natural o médico pueden procrear. Un argumento sustancial en contra de la gestación subrogada es la vulneración de la dignidad de la mujer gestante; por el contrario, el razonamiento que la defiende, se basa en la autonomía de la voluntad de los participantes para justificarla. Este análisis se fundamenta en la teoría filosófica de Immanuel Kant por lo que respecta a la dignidad de las personas y concomitantemente, la autonomía de la voluntad en la realización de sus actos como personas capaces de regirse por su propia razón, principalmente de la futura gestante.



REFLEXIÓN TEÓRICA

GESTACIÓN SUBROGADA: ALCANCES Y LÍMITES EN LA TEORÍA KANTIANA
Magda Viridiana Rodríguez Tovar y Laura Alicia Camarillo Govea

71

Intersticios Sociales
El Colegio de Jalisco
septiembre 2021-febrero 2022
núm. 22
ISSN 2007-4964

Palabras clave:
gestación subrogada,
dignidad, autonomía, ética,
Immanuel Kant.

El propósito de este trabajo es analizar los alcances de la gestación subrogada para afirmar que bajo determinadas circunstancias la dignidad de la mujer gestante no se vulnera, contrario a lo que posiciones adversas han afirmado, y que a su vez, el ejercicio de la autonomía de los participantes en la gestación subrogada no es suficiente para darle sentido ético a la figura que justifique su práctica, pues existen deficiencias en la teoría que no le permiten dar el alcance necesario para el análisis completo de la gestación subrogada.

Abstract

Surrogacy is a complex figure that faces broad legal and social disapproval. Despite this, the practice is increasing as a solution for people who cannot procreate through natural or medical procedures. One important argument against surrogacy holds that it violates the dignity of the pregnant woman. The reasoning that defends and seeks to justify surrogacy, in contrast, is based on the autonomous volition of participants. The analysis presented here is based on the philosophical theory of Immanuel Kant regarding the dignity of persons and, concomitantly, the autonomy of volition in carrying out acts as individuals capable of being governed by their own rationality, especially in relation to the future surrogate mother.

Our objective is to analyze the scope of surrogacy in order to affirm that, under certain circumstances, the dignity of the pregnant woman is not violated, contrary to what opposing postures affirm. We further argue that the exercise of the autonomous volition of the participants in surrogacy is not sufficient to attribute an ethical meaning to the figure that would justify the practice, since certain deficiencies in the theory applied limit its ability to achieve the scope that would be required to conduct a more thorough analysis of surrogacy.

Keywords:
surrogacy, dignity, autonomy,
ethics, Immanuel Kant.

Magda Viridiana Rodríguez Tovar
Universidad Autónoma de Baja California, México.

Laura Alicia Camarillo Govea
Universidad Autónoma de Baja California, SNI I, México.

Introducción

La ética es la rama de la filosofía que estudia los valores y obligaciones morales presentes en la conducta humana mediante su evaluación para diferenciar entre el bien y el mal.

Comúnmente se ha colocado a la moral y a la ética en un plano de igualdad, sin embargo, son conceptos diferentes: la ética se refiere al “aspecto teórico, reflexivo y cognoscitivo mientras que la moral, [se refiere] al práctico o normativo de esa esfera o dominio de la cultura humana”.¹

La moral es la capacidad de todas las personas, producto de la evolución, para diferenciar entre las acciones buenas y malas, que se da a través de la manifestación de la autonomía.²

La importancia de analizar la ética de las conductas humanas radica en la responsabilidad que tienen las personas como entes morales, tanto para sí mismas como para con la sociedad,³ sin embargo, existen comportamientos humanos en los que determinar su contenido ético es una verdadera vacilación, requieren un estudio a profundidad establecer la ética que conlleva, tal es el caso de la gestación subrogada.

La gestación subrogada es aquel procedimiento por el cual una mujer se encarga de gestar un niño concebido artificialmente, que puede tener su información genética o no, para entregarlo después del parto a la madre, padre, o pareja contratante, quienes en adelante serán sus padres legales, y que pueden tener relación genética o no con el niño o niña.

Dependiendo del material genético utilizado, existen las siguientes posibilidades de practicarla:⁴

- 1 Juliana González Valenzuela, “Introducción ¿Qué ética para la bioética?”. En *Perspectivas de bioética*, coordinado por Juliana González Valenzuela (Ciudad de México: UNAM, Facultad de Filosofía y Letras–CNDH–Fondo de Cultura Económica, 2013), 16.
- 2 Nelson Molina Ramírez, “La moral: ¿innata o adquirida?”, *Revista Colombiana de Bioética* 8.1 (enero-junio de 2013): 91.
- 3 Pedro M. Rosario Barbosa, “¿Qué es la ética? Una perspectiva filosófica”, 2011, disponible en <http://pmrb.net/home/sites/default/files/etica2.pdf> (fecha de acceso: 9 de agosto de 2018).
- 4 Gisela María Pérez Fuentes, Karla Cantoral Domínguez y Margarita del Carmen Rodríguez Collado, *La maternidad subrogada* (Ciudad de México: Tirant Lo Blanch, 2017), 86.

- a) La pareja aporta óvulo y espermatozoides con la finalidad de que se produzca un embrión, que posteriormente será implantado en una mujer ajena encargada de llevar a cabo el embarazo.
- b) Solo una persona de la pareja aporta su material genético para que con la donación de un óvulo o espermatozoides de una tercera persona, según corresponda, se lleve a cabo la fecundación extracorpórea y sea implantado posteriormente en una mujer, quien no tiene relación genética con el embrión.
- c) La mujer gestante aporta el óvulo, que es inseminado con semen del padre.
- d) Tanto óvulo como espermatozoides provienen de donantes, que una vez realizada la fecundación se implanta en una mujer, es decir, sin relación genética con los padres contratantes ni la gestante.

Mucho se ha cuestionado sobre el sentido ético del proceder de los participantes en la gestación subrogada, dado que toca temas delicados para la sociedad, como la dignidad, la maternidad y la niñez.

Para el estudio de esta conducta humana se recurre a una de las llamadas “teorías éticas” que funcionan como guía o punto de referencia sobre el estudio de las situaciones de contenido ético dudoso. Dentro de estas, se encuentra la teoría filosófica de Immanuel Kant.

Con su teoría, hace más de doscientos años, Kant se propuso establecer una moral para todos los seres humanos que están dispuestos a obedecer los mandatos de su propia razón; su importancia en la actualidad no radica únicamente en un interés histórico, sino que facilita la comprensión de lo que somos y de lo que queremos ser como personas, principalmente en el estado de confusión y crisis moral en que se encuentra la sociedad actual.⁵

En el debate de la gestación subrogada, sus defensores abogan por el acceso a las técnicas de reproducción asistida para procrear una familia, así como por la autonomía de las mujeres gestantes, y afirman que defender lo contrario, sería caer en un paternalismo injustificado que las considera incapaces para disponer de su propio cuerpo y de su capacidad reproductora.⁶

5 Hernán Martínez Ferro, “Kant: Una ética para la modernidad”, *Diálogos de los saberes* 24 (enero-junio de 2006): 182-183.

6 Octavio Salazar Benítez, “La gestación por sustitución desde una perspectiva jurídica: Algunas reflexiones sobre el conflicto entre deseos y derechos”, *UNED. Revista de Derecho Político* 99 (mayo-agosto 2017): 83.

Entre los argumentos de sus detractores está la mercantilización del cuerpo y de la capacidad reproductora de las mujeres durante la gestación subrogada, se asocia a una alianza entre patriarcado y capitalismo que lleva a las mujeres a ser consideradas como un medio y no como un fin, lo cual supone un atentado contra su dignidad.⁷

En la amplia gama de las técnicas de reproducción asistida, la gestación subrogada es la que ha gozado de un menor grado de aprobación ética y social, lo que se ha reflejado en la poca o nula legislación al respecto, así como en la doctrina.

Una de las características del derecho es que tiene como meta inherente la búsqueda de ser considerado ético por la sociedad y que consecuentemente, todo su sistema jurídico sea en general, éticamente justificado.⁸ De ahí que derive la importancia de una justificación ética de la gestación subrogada que posteriormente permita su juridificación.

A pesar de que esta justificación aún no existe, la gestación subrogada es cada vez más buscada por personas incapacitadas para procrear, también va al alza el ofrecimiento de este tipo de servicios médicos reproductivos, aun cuando sea una técnica ilegal en algunos lugares; lo que resalta la importancia de la discusión sobre la ética de la gestación subrogada desde una perspectiva filosófica, en primera instancia.

En el presente texto se intenta dar respuesta a unos de los argumentos más sólidos en contra de la gestación subrogada, haciéndolo precisamente desde el núcleo de la teoría que les sirve como fundamento –la teoría kantiana–, su objetivo es determinar bajo cuáles circunstancias, la dignidad de la mujer gestante no se vulnera, y asegurar que el ejercicio de la autonomía de los participantes en la gestación subrogada es un justificante débil para darle sentido ético a la figura.

Hasta hoy sigue pendiente la justificación ética de la gestación subrogada desde la perspectiva de los intervinientes, basada en la dignidad y en la autonomía, que permita fundamentar filosóficamente su posible y futura regulación.

Este trabajo, en primer lugar, involucra la concepción teórica de dignidad humana como elemento esencial a proteger en toda actividad humana, para

7 Salazar, “La gestación por sustitución...”, 85.

8 Joseph Raz, “¿Por qué interpretar?”, *Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho* 5 (octubre de 1996): 34-35.

posteriormente sumergirse en la dignidad humana de la mujer gestante desde la perspectiva de Immanuel Kant y la teoría jurídica actual. Una vez analizada esta, se interesa en las limitaciones de la autonomía de la voluntad en dicha teoría para justificar éticamente a la gestación subrogada.

Dignidad humana: contenido y teorías principales

No existe un concepto de dignidad humana aceptado unánimemente por la comunidad jurídica, ya que es un término tan profundo como ambiguo que puede ser abordado desde diversas disciplinas de estudio como la filosofía, el derecho, la medicina, la ética, entre otras. Derivado de su complejidad no se ha conceptualizado, en cambio, se ha optado por determinar su contenido que permita un ejercicio práctico y real.

Existen dos teorías desde las cuales puede ser analizada la dignidad humana y acotada a la figura de la gestación subrogada: Una filosófica presidida por Immanuel Kant y otra jurídica que deriva de la legislación y criterios jurisprudenciales modernos.⁹

1. La teoría kantiana, también llamada ontológica, reconoce a la dignidad como un valor inherente a toda persona, y como tal debe ser reconocida. Según esta teoría, la base de la dignidad humana radica en el reconocimiento de la autodeterminación de las personas, quienes actúan como agentes morales dentro de un “reino de los fines”, es decir, aquel vínculo que existe entre diversos entes dotados de racionalidad y regidos por leyes comunes.

Para la concreción y respeto de esa dignidad, Kant,¹⁰ en su obra *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, establece tres imperativos categóricos obligatorias para toda la humanidad:

- a. Obrar solamente siguiendo una máxima, de tal forma que se pueda querer al mismo tiempo que dicha máxima se torne en ley universal, es decir, obrar como si los prin-

9 Philippe Amiel, *Del hombre como conejillo de indias. El derecho a experimentar en seres humanos*, traducido por Yenny Enriquez (Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica, 2014), 250.

10 Immanuel Kant, *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, traducido por Manuel García Morente (Puerto Rico: Pedro M. Rosario Barbosa, 2007), 35-45.

principios que rigen nuestra acción se fueran a convertir por propia voluntad en una ley universal.

- b. Obrar de tal modo que se use a la humanidad, tanto en sí mismo como en el resto de las personas, siempre como un fin y nunca solamente como un medio.
- c. La voluntad de todo ser racional como voluntad que legisla universalmente. Mediante la intervención de la autonomía de la persona, que no está sometida a la ley por imposición, sino por autolegislación; consecuentemente, está sometida a la ley de la que ella misma es autora.

La persona es un fin en sí misma, mientras que el resto de los objetos o seres existentes en la naturaleza tienen como propósito auxiliar a cumplir los propósitos de los seres humanos; el ser humano es un fin y no un medio para alcanzar algo, esto es lo que envuelve la esencia de la dignidad humana.

Los actos que utilizan a las personas meramente como un medio, verbigracia: la trata de personas; transgrede su dignidad, valor intrínseco de toda persona por el simple hecho de serlo.

La noción de dignidad se popularizó después de que Kant hiciera de ella el principal concepto para fundamentar su *Metafísica de las Costumbres*.¹¹

Según Javier Aguirre-Pabón,¹² la concepción de dignidad humana de Immanuel Kant se encuentra ausente en la totalidad de sus obras literarias, en contraste con la noción moderna que ha sido consistente, sin embargo, tácita o explícitamente, aún suele ser mencionada con fuerte influencia dentro del desarrollo jurídico.

Si bien, la teoría kantiana ya no se encuentra en su momento de apogeo, ha sido vital en la constitución jurídica formal de la dignidad, actualmente su importancia radica en la carga ética que aporta al concepto y de manera auxiliar, sirve para dar sustento filosófico a argumentos.

11 Alberto Oehling De los Reyes, *La dignidad de la persona: Evolución histórico-filosófica, concepto, recepción constitucional y relación con los valores y derechos fundamentales* (Madrid: Dykinson, 2010), 93.

12 Javier Orlando Aguirre-Pabón, "Dignidad, derechos humanos y la filosofía práctica de Kant", *Vniversitas* 123 (julio-diciembre de 2011): 50.

2. La teoría jurídica es la concepción de la dignidad humana a través del desarrollo jurídico. Esta teoría la reconoce como eje, base o principio del que parten los derechos humanos.

La teoría jurídica es una corriente actual y más amplia, no se aparta totalmente de la teoría de Kant, toma de ella el reconocimiento del valor moral de la dignidad para convertirlo a valor jurídico, persiste la misma esencia.

La interpretación judicial de la dignidad se ha enfatizado en cuatro tópicos: a) prohibición de tratos inhumanos o degradantes; b) garantía y protección de las decisiones individuales que tiendan a lograr la realización de la autonomía y los proyectos de vida personal; c) reconocimiento de la identidad de los diferentes grupos de la sociedad, y d) creación de condiciones para que cada persona satisfaga sus necesidades personales.¹³

El enfoque jurídico de la dignidad humana no implica únicamente su reconocimiento como cualidad o valor individual de la persona, sino que nace la obligación de respeto y garantía por parte del Estado,¹⁴ es decir, deja de ser solo un reconocimiento atribuible a la persona, y pasa a realizarse su importancia e incorporación gradual a los textos normativos; con esta nueva visión, el Estado no solo respeta sino que garantiza y protege la dignidad a través de los derechos humanos.

Conforme a ambas corrientes, la dignidad humana es inherente a toda persona por el simple hecho de serlo. Es intangible y no se puede prescindir de ella por libre albedrío de la propia persona o de un tercero, por lo tanto, no está al alcance de ser comprada.

La dignidad humana no es graduable, no es mayor o menor según las características de la persona, no importan las diferencias de sexo, religión, educación, edad, preferencias sexuales, capacidad reproductiva, estado social, economía, entre otras. Por lo que tanto la gestante como los padres de intención, gozan de su dignidad humana que debe ser garantizada, mediante

13 Andrew Clapham, *Human rights obligations of non-state actors* (Oxford University Press, 2006) 545-546, citado por Aguirre-Pabón, Javier Orlando, "Dignidad, derechos humanos...", 54-55.

14 Víctor M. Martínez Bullé-Goyri, "Reflexiones sobre la dignidad humana en la actualidad", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado* 136 (enero-abril de 2013): 52.

una protección, mayor o menor, de acuerdo con el grado de vulnerabilidad en que se encuentra cada interviniente en la gestación subrogada.

La conciencia universal sobre la importancia de la dignidad humana inicia posterior a su negación y violación durante la segunda guerra mundial,¹⁵ cuando la comunidad internacional observa que el respeto al ser humano y su dignidad es la base para el desarrollo y protección de todos los derechos humanos, por eso se le ha llamado la piedra angular de los derechos humanos.

La Carta de las Naciones Unidas firmada en 1945 en su preámbulo señala la determinación de los países a preservar a las generaciones venideras de la guerra y reafirman la creencia en la dignidad y el valor de la persona humana.

Esta declaración comprendía una nueva cobertura del derecho público internacional clásico, de la que posteriormente nacería el derecho internacional de los derechos humanos,¹⁶ es la punta de lanza para la serie de documentos internacionales que en adelante se suscribirían en búsqueda de la protección de la persona y su atributo inherente, la dignidad humana.

En el *Caso Masacre Plan de Sánchez vs. Guatemala*, la Corte Interamericana de Derechos Humanos¹⁷ reconoce que la prevalencia de la dignidad humana se identifica con el propio fin del derecho, es decir, del ordenamiento jurídico nacional e internacional; y además, que los derechos humanos son superiores al poder del Estado.¹⁸ Así se vincula el progreso del derecho con el reconocimiento y existencia de la dignidad humana, derivándose la obligación de los Estados de respetarla.

En la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos se ha consagrado su importancia en el Artículo 1º, último párrafo, que prohíbe todo acto discriminatorio que atente contra la dignidad humana.

Es así como la dignidad humana se ha convertido en la base de los derechos humanos, que hace exigible su respeto y protección en cualquier tipo de acto, como la gestación subrogada. Implica el reconocimiento a ser tratado como persona y no como objeto durante el procedimiento, lo que se asegura a través de la ausencia de vejaciones y el cumplimiento del respeto

- 15 Aniceto Masferrer, “La dignidad humana en el Constitucionalismo moderno. Análisis retrospectivo de su evolución: del actual México a la Nueva España”. En *1916 rumbo a la Constitución de 1917*, coordinado por José Luis Soberanes Fernández y Eduardo Alejandro López Sánchez (Ciudad de México: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2018), 12-13.
- 16 Laura Alicia Camarillo Govea, *Acceso directo del individuo ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos* (Ciudad de México: Tirant lo Blanch, 2018), 36.
- 17 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Masacre Plan de Sánchez vs. Guatemala* 105, (29 de abril de 2004), 17.
- 18 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras* 4, (29 de julio de 1988), 165.

y satisfacción de las necesidades primarias (estándares elementales para el mantenimiento del cuerpo humano) y secundarias (bienestar y realización).

La gestación subrogada es una práctica delicada que de no ser correctamente regulada, puede dar lugar a la explotación de mujeres gestantes y niños, lo que además de atentar contra la dignidad humana transgrede el orden público, la moral y las buenas costumbres de una sociedad.

Sin embargo, no todos son procedimientos forzados, no todos son procedimientos con retribución económica y no siempre es sometida a malos tratos o se le limita injustificadamente en sus decisiones, en este tipo de casos mucho se ha puesto en duda la vulneración de la dignidad de la mujer gestante.

La dignidad en el imperativo categórico: implicaciones en la gestación subrogada

La dignidad humana constituye la esencia del ser humano y a la vez, el cimiento para su protección; conjuntamente establecen estándares mínimos para la protección integral de las personas.

Previo a analizar si se viola el imperativo kantiano con la gestación subrogada, es necesario definir fin y medio conforme a esta ideología.

El fin es el fundamento objetivo de la voluntad para lograr la autodeterminación de la persona, mientras que el medio es la posibilidad de actuar para cumplir el fin.¹⁹ Es decir, el fin es la voluntad de la persona para realizar una acción, y el medio es la forma de llegar a ella.

Para que el fin sea considerado legítimo u objetivo debe atender a un deber, es decir, la voluntad debe ser desligada de inclinaciones y sentimientos, se debe actuar por mero apego a las leyes, por el contrario, un fin que está predispuesto por emociones tiene un valor moral relativo. La teoría de Kant es una teoría de deberes y en ese sentido se analiza la gestación subrogada.

Kant reconoce el valor incondicionado que se atribuye una persona, es decir, la disposición que tenemos de servir a otros de uno u otro modo, constituyéndose en un medio para el fin de otros, pero sin que se le trate

19 Kant, *Fundamentación de la metafísica*, 41.

como “mero medio” –situación prohibida por la segunda fórmula del imperativo kantiano–.

Tratar a alguien como “medio” es considerarlo con miras a un fin determinado, pero respetando su naturaleza, sin exposición a peligros ni tratos crueles; ejemplo de ello es utilizar a una persona con su consentimiento para hacer una diligencia a beneficio del mandante; mientras que, utilizar como mero medio es utilizar a alguien sin su consentimiento y sin ningún tipo de restricción física, moral, estética, o de cualquier otra índole, como si no tuviera ningún valor.²⁰ Es decir, “mero medio” se iguala a la cosificación de la persona.

Cuando una pareja o persona desea tener hijo por medio de una mujer gestante, es necesario analizar detenidamente si la gestante ha otorgado su consentimiento o no para hacer uso de su valor incondicionado, sin coerciones, dolo o mentiras; si se han respetado las decisiones sobre su propio cuerpo; si ha sido manipulada o no para obtener el consentimiento, y si se le ha sometido a procedimientos tortuosos para lograr el fin deseado, o cuando no tiene posibilidad de decidir dentro del procedimiento, es decir, cuando la mujer es utilizada meramente como una incubadora para producir un niño o niña.

Cada una de estas circunstancias deben ser analizadas con sumo cuidado para asegurarse que la posible gestante desea realmente participar en el procedimiento, pues solo de esta manera se puede asegurar que ella tiene la decisión sobre sí misma y sobre la capacidad que tiene de proteger su dignidad.

Una persona decide constituirse en un medio cuando tiene conocimiento completo de la situación y ejerce sus capacidades de razonamiento, atendiendo a sus propios valores y deseos, de manera que llega a dicha conclusión de forma libre y autónoma. Cuando esto sucede, hace propio el fin de otra persona.²¹

Una mujer que es consciente de la situación de una pareja o persona que desea tener un hijo y está imposibilitada para ello, y además consciente de su propia situación, sobre los beneficios, cambios, posibilidades y consecuencias de participar en una gestación subrogada, conforme a sus valores,

20 Faviola Rivera Castro, *Virtud, felicidad y religión en la filosofía moral de Kant* (Ciudad de México: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2014) 146-147.

21 James Rachels, *Introducción a la filosofía moral*, traducido por Gustavo Ortiz Millán (Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica, 2006), 208.

y finalmente determina participar como gestante, hace suyo el fin, el deseo de la procreación de un bebé.

Las situaciones de posible explotación en la gestación subrogada son subsanables, legislativamente y mediante políticas públicas correctas, de forma que se puede afirmar que existe la posibilidad de respetar la dignidad de una mujer gestante a la luz de la segunda fórmula del imperativo kantiano.

Para los padres, la mujer gestante sí es un medio auxiliador para lograr su fin, pero no puede desapartarse la dignidad desde la perspectiva de la supuesta persona vulnerada, la gestante, quien puede hacer suyo el fin de otros siguiendo una máxima (el deber) conforme a la primera fórmula del imperativo categórico, para considerarla una ley universal; deja de considerarse como “meramente un medio”, y aunque es una forma de “medio” a la vista de los futuros padres, es inseparable de la voluntad legisladora de la mujer que toma un papel estelar en la gestación subrogada.

La segunda fórmula kantiana ha servido de argumento en contra de la gestación subrogada para sus detractores; empero, son tres las formulan que integran el imperativo categórico de Kant, igual de importantes y necesarios para argüir correctamente.

La eventualidad de que la gestación subrogada no afecte la dignidad de la gestante, tampoco significa que la actuación de esta, esté justificada éticamente.

La moralidad del actuar de la mujer gestante se relaciona con su voluntad, traducida en la auto legislación de todo ser racional; a esto Kant denomina como el “reino de los fines”. Este reino se rige por un principio: Actuar de tal forma que la voluntad de una persona pueda considerarse al mismo tiempo como universalmente legisladora.²²

La actuación de la futura gestante debe ser tal que ella considere que su actuar puede convertirse en una regla general o universal, basada en un deber y no en un deseo. Kant reconoce que “ser benéfico en cuanto se puede es un deber”²³, este deber se convierte en deseo cuando se hace por desear algo a cambio, como fortunas, agradecimientos, entre otros.

22 Kant, *Fundamentación de la metafísica*, 47.

23 Kant, *Fundamentación de la metafísica*, 12.

En una gestación subrogada, una mujer gestante que actúa por deber (en el sentido kantiano), lo hace por solidaridad, es decir, por ser benéfica a otros y cuando es así puede considerarlo como ley universal. La gestación subrogada para una gestante puede ser considerada como multiplicada por la sociedad cuando lo hace por solidaridad a otros, convertible en regla universal para ella por no conculcar con sus principios y su moralidad.

Esta situación es totalmente independiente de si existe o no retribución a cambio de su servicio, siempre que lo haga por deber. Empero, el deseo de obtener una retribución o agradecimiento no convierte a la gestación subrogada en denigrante ni moralmente inválida, sino que tiene un valor moral relativo y en consecuencia, no puede considerarse ley universal, siempre que se siga en la línea de respeto a la dignidad de la gestante.

Por otro lado, la dignidad de la gestante se transgrede cuando en su contra se realiza una acción que no pudiese ser considerada como una ley universal. Los futuros padres, además, deben llevar a cabo la gestación subrogada por deber y no por deseo o por el llamado “instinto maternal-paternal”, su actuar debe basarse en un principio moralmente válido a la luz de la teoría kantiana, y además, tienen que reconocer el deber de solidaridad de la posible gestante.

El punto de partida de la dignidad es la autodeterminación en un reino de los fines, por ello es que respetando las fórmulas primera y segunda del imperativo categórico de Kant, durante la práctica de la gestación subrogada es imprescindible respetar la determinación de la gestante para participar en ella y no negarle lo que es su libre voluntad, pues ello atentaría en contra de su dignidad humana.

Por ello no se vulnera la dignidad de la futura gestante en la gestación subrogada a la luz de la teoría de Immanuel Kant, siempre que lo haga por un deber de solidaridad con la mujer infértil y dentro de un ámbito de total respeto a sus decisiones.

Sin embargo, toda conducta humana puede ser ejecutada mal intencionadamente, de la que no se escapa la gestación subrogada, lo que sin duda

acarrea situaciones confusas y de plano violatorias de la dignidad humana y sus derechos.

Toda actividad del ser humano es susceptible de ser tergiversada.

Dignidad de la futura gestante: postura en la teoría jurídica

La teoría jurídica tiene matices de la teoría kantiana para la protección de la dignidad humana que se dimensionan en la práctica en el mundo jurídico.

El concepto de dignidad humana incorporado en nuestra constitución es amplio, que ser una declaración ética, es una norma jurídica en favor de la persona y por el cual se establece el mandato de respetar y proteger la dignidad de todo individuo, entendida esta como el interés inherente a toda persona, por el mero hecho de serlo, a ser tratada como tal y no como un objeto, a no ser humillada, degradada, envilecida o cosificada.²⁴

Su análisis y en su caso, determinación de violación, se hace de acuerdo con cada caso en concreto, es decir, no tiene un carácter absoluto. Desde este punto de vista, lo que pudiera constituir un atentado a la dignidad para una persona, puede ser que para otra no lo sea así.²⁵

El contenido de la dignidad humana ha evolucionado en sus aspectos valorativo, institucional, funcional y social, en función de la realidad.²⁶

Cuando una persona alega la violación de su dignidad ante un órgano jurisdiccional, el juez no posee una fórmula para determinar la vulneración o no, lo que ha llevado a los juzgados a resolver sobre la violación de la dignidad humana con base en la violación de otros derechos humanos, es decir, el juez deberá analizar minuciosamente las circunstancias de cada caso que se le presente para saber si la violación incide o no en la dignidad humana.

Esta situación parece no tener mayor problema que una fundada y motivada decisión del juez, empero, puede ocurrir el caso opuesto, en el que la sociedad o determinados integrantes de esta, consideren que se está atentando contra la dignidad de una persona y esta no lo considere así y por lo tanto, no se sienta agraviada.

- 24 Suprema Corte de Justicia de la Nación, “Tesis: 1a./J. 37/2016”, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, T. II (agosto de 2016), 633.
- 25 Cesar Landa, “Dignidad de la persona humana”, *Cuestiones constitucionales* 7 (julio-diciembre de 2002): 118.
- 26 Landa, “Dignidad de la persona humana”, 136.

Ingo Münch aclara que si el afectado opina que su dignidad no ha sido vulnerada, a pesar de que otras personas consideren lo contrario, por regla general debe tenerse como determinante la opinión de la supuesta persona afectada para determinar si existe o no la violación, pues no es dable imponerle las opiniones y concepciones morales de terceros.²⁷

Esta afirmación se ratifica en nuestro ordenamiento cuando en su generalidad los códigos penales establecen los delitos de querrela para que la persona los denuncie cuando se siente ofendida, por el contrario, los delitos oficiosos se persiguen cuando afectan el orden público o atentan contra personas en condiciones de vulnerabilidad.

Por analogía si la mujer gestante no considera violada su dignidad antes, durante o posterior al procedimiento, el Estado y la sociedad deben abstenerse de ideas paternalistas o sobreprotectoras que la consideren incapacitada para tomar sus propias decisiones de acuerdo con lo que considere más conveniente para sí, en ejercicio de su libre determinación sobre su cuerpo.

Cubrir el contenido mínimo para un trato con dignidad implica:

[...] ser tratado sin crueldad y sin humillación (liberalismo del miedo), y, por otra, ser tratado igualitariamente, y en la satisfacción de las necesidades biopsíquicas básicas (liberalismo de la igualdad). Ambas nociones de dignidad, deben entenderse como condiciones necesarias para el ejercicio de la capacidad autonómica del ser humano.²⁸

La gestación subrogada como acto consentido sin presiones ni coacciones, por la madre gestante en donde se respeten sus derechos y se haga sabedora de las obligaciones y derechos que adquiere por su intervención en esta figura e igualdad con los padres comitentes, y además como un procedimiento ausente de vejaciones, humillaciones y crueldades, es una figura con tratamiento digno de las personas.

La mujer es capaz de decidir libremente sobre su cuerpo, sin que por ello deba señalarse *a priori* que se le está violando su dignidad humana y los derechos que de ella emanan, pues la valuación de una afectación atiende a

27 Ingo Von Münch, “La dignidad del hombre en el derecho constitucional”, traducido por Jaime Nicolás Muñiz, *Revista Española de Derecho Constitucional* 5 (mayo-agosto de 1982), disponible en <http://www.cepc.gob.es/publicaciones/revistas/revistaselectronicas?IDR=6&IDN=307> (fecha de acceso: 9 de marzo de 2018).

28 Rodolfo Vázquez, *Derechos humanos. Una lectura liberal igualitaria* (Ciudad de México: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas–Instituto Tecnológico Autónomo de México– Centro de Estudios de Actualización en Derecho, 2017), 44-45.

cada caso concreto. Debiendo establecerse los lineamientos mínimos para la protección y aseguramiento de que este consentimiento sea informado, sin vicios ni coacciones.

Siempre que la posible gestante otorgue su consentimiento de forma consciente, es ella quien está disponiendo de su cuerpo para algo que ella misma desea, en ese sentido, la dignidad la marca la mujer.

En ese sentido, no tiene sentido hablar de explotación si el consentimiento de la mujer gestante es libre e informado. La prohibición tajante de la gestación subrogada niega la libertad de decisión de la mujer que quiere llevar adelante un embarazo para otros, libertad que es también inherente a su dignidad.²⁹

La dignidad tiene dos facetas que son complementarias: La primera es la dignidad como restricción, reconocida a fin de evitar actos que atenten contra este valor intrínseco y la segunda como facultad, que posibilita la exigibilidad de derechos y libertades.³⁰

La gestación subrogada debe ser regulada correctamente a fin de evitar violaciones a la dignidad humana, que a su vez sirve como límite dentro de su práctica, pues la libertad de la voluntad no es absoluta y depende de aquella para proteger a la persona, incluso en situaciones consentidas por el afectado.

Autonomía desde la filosofía kantiana en la gestación subrogada

La determinación de la naturaleza del ser humano y su relación con los demás seres y objetos existentes en el mundo, siempre ha sido una cuestión de análisis casi desde el inicio de la humanidad. Este estudio paulatinamente ha determinado una serie de derechos y principios necesarios para el desarrollo de la persona, es así como hoy nos encontramos con la autonomía de la persona como supuesto proveniente de la libertad individual.

La autonomía es el fundamento de la dignidad humana;³¹ el respeto de la persona y su dignidad implica el reconocimiento a su libertad, además la dignidad sirve como límite y eje rector en el ejercicio de estos principios. Es decir, el respeto de la dignidad humana trae como consecuencia el reco-

29 María Paz García Rubio y Margarita Herrero Oviedo, "Maternidad subrogada: Dilemas éticos y aproximación a sus respuestas jurídicas", *Anales de la cátedra Francisco Suárez* 52 (2018): 85-86.

30 Roberto Andorno, "El principio de dignidad humana en el bioderecho internacional", *Enciclopedia de Bioética*, disponible en <http://enciclopediaebioetica.com/index.php/todas-las-voces/184-el-principio-de-dignidad-humana-en-el-bioderecho-internacional> (fecha de acceso: 19 de abril de 2018).

31 Kant, *Fundamentación de la metafísica*, 12.

nocimiento de la libertad; el principio que rige a la libertad es la naturaleza de la persona; su regla es la justicia y su salvaguarda está a cargo de la ley.³²

La autonomía de la voluntad no es un principio universal e inherente al ser humano, pues existen personas que no gozan de ella en virtud de su edad o incapacidad, tal es el caso de niñas y niños de muy temprana edad (quienes gozarán de autonomía progresiva) o personas adultas con discapacidad que no les es posible comprender sus actos y medir las consecuencias de ellos, por ello se han encuadrado dentro de los denominados “grupos en condiciones de vulnerabilidad”, y se justifica su tutela y/o potestad a cargo de una tercera persona o del propio Estado, en su caso.

Por el contrario, una persona goza plenamente de su autonomía en la medida en que hace uso de su libertad equitativa y coherentemente con la responsabilidad que conlleva para consigo mismo, para los demás y para la sociedad en general.³³

De la libertad deriva el principio de la autonomía de la voluntad, el cual no es un principio autónomo, sino que es la exteriorización de su libertad. Un ejercicio pleno de la libertad va unido con el respeto de este principio para que la persona se encuentre en aptitud de autodeterminarse en los ámbitos más importantes de su vida.

Kant afirma que:

[...] la autonomía de la voluntad es el único principio de todas las leyes morales y de los deberes que les convienen; por el contrario, toda heteronomía del arbitrio, no sólo no funda obligación alguna, sino que más bien es contraria a su principio y a la moralidad de la voluntad.³⁴

Esta autonomía se transforma en decisiones y declaraciones de voluntad ejercitada dentro de una sociedad llena de proyectos, ideales, vidas y principios diferentes a los de la persona actuante, por lo que intencionalmente o no puede interferir positiva o negativamente con otra u otras personas, ya sea de forma directa o indirecta.

32 Héctor Mauricio Mazo Álvarez, “La autonomía: Principio ético contemporáneo”, *Revista colombiana de ciencias sociales* 1 (enero-junio 2012): 116.

33 Mazo Álvarez, “La autonomía...”, 121.

34 Immanuel Kant, *Crítica de la razón práctica*, traducido por J. Rovira Armengol (Buenos Aires: La página, 2003), 8.

Dentro de esas interferencias es necesario establecer pautas claras que determinen el carácter ético de una conducta ejercida como consecuencia de la autonomía de la voluntad, como es el caso de la gestación subrogada.

El imperativo categórico regula la conducta humana y el respeto a la integridad de la persona a la vez, este imperativo es expresado a través de fórmulas que tienen como punto de partida la autonomía de la persona.

La autonomía de la voluntad es “la constitución de la voluntad, por la cual es ella para sí misma una ley”,³⁵ es decir, es la voluntad ejercida de tal forma que se convierte en ley universal para la persona; para considerarse como éticamente aceptable, la autonomía de la voluntad debe ser moral, solo entonces podrá considerarse como un principio supremo de la moralidad de la persona actuante.

La moralidad de toda actuación voluntaria humana recae directamente en su motivación.³⁶

Por lo tanto, para que la participación de las personas en la gestación subrogada sea considerada ética es indispensable analizar la motivación de sus practicantes.

La teoría kantiana reconoce que para que una actuación tenga valor moral aceptable, debe ser por querer y por deber; tanto los futuros padres como la posible gestante deben ser conscientes de que la gestación subrogada se realiza por un deber, independiente de si se desea o no participar en ella.

Una conducta es ética cuando no es forzada ni motivada por factores externos, realizada para hacer frente a las obligaciones contraídas consigo mismo y con la sociedad en general.

En su obra *Fundamentación de la metafísica de las costumbres* el propio Immanuel Kant señala:

Ser benéfico en cuanto se puede es un deber; pero, además, hay muchas almas tan llenas de conmiseración, que encuentran un placer íntimo en distribuir la alegría en torno suyo, sin que a ello les impulse ningún movimiento de vanidad o de provecho propio, y que pueden regocijarse del contento de los demás, en cuanto que es su obra. Pero yo sostengo que, en tal caso, seme-

35 Kant, *Fundamentación de la metafísica*, 53.

36 Kant, *Fundamentación de la metafísica*, 41.

jantes actos, por muy conformes que sean al deber, por muy dignos de amor que sean, no tienen, sin embargo, un valor moral verdadero y corren parejas con otras inclinaciones; pues le falta a la máxima contenido moral, esto es, que las tales acciones sean hechas, no por inclinación, sino por deber.³⁷

37 Kant, *Fundamentación de la metafísica*, 12.

En ese sentido, una mujer que es libre totalmente, sin coacciones ni por compromiso, en ejercicio de su autonomía decide llevar en su útero el niño o niña gestada para otros, debe realizarlo por considerarlo un deber, ser benéfica para los demás y para la sociedad, únicamente en ese supuesto la moralidad de su actuación será válida y servirá como fundamento ético parcial de la gestación subrogada por lo que corresponde a ella.

Tal como lo afirma Kant, esta fundamentación es difícil de sostener pues la voluntad fácilmente puede verse motivada por el deseo de obtener una compensación económica a cambio de la gestación; agradecimientos de los padres contratantes y/o la familia y amigos; el deseo (y no el deber) de hacer el bien al prójimo; por sentimientos que tiene hacia los contratantes; o cualquiera otra situación que no esté motivada por el deber, tendrá un valor moral relativo; incluso,³⁸ la acción que inicialmente se realiza por deber y en el transcurso del proceso se transforma en deseo, pierde su valor moral absoluto.

38 Norbert Eileen, “¿Cómo pensar los valores morales a partir de Kant?”, *Anales del Seminario de Historia de la Filosofía* 9 (1992): 183.

La gestación subrogada realizada por deseo y no por deber, no lesiona per se a la ética ni por ello se considera antiética su actuación, pero tampoco sirve para fundamentarla éticamente, pues se requiere que la actitud de la persona sea completamente honesta, imparcial y desinteresada.

Se hace evidente la necesidad de analizar minuciosamente cada caso de gestación subrogada para determinar si la autonomía de la gestante está justificada éticamente, requiere la difícil capacidad de distinguir entre la invisible línea que divide un deber de un deseo o cualquier otra motivación no justificada.

Por su parte, los padres que desean tener un hijo deben actuar por deber: la reproducción y perpetuación de la humanidad; solo en ese caso el producto nacido de la gestación subrogada podría considerarse un fin y no un medio para los deseos de otro. Solo en ese caso su actuación sería ética

y podría estarse en aptitud de desear que se convirtiera en ley universal, aunado a una responsabilidad total respecto de las consecuencias previstas e imprevistas que se puedan presentar a lo largo de la gestación subrogada.

Cualquier deseo, inclinación o necesidad de tener un hijo, lo equipararía a un objeto, el niño o niña se convertiría en un instrumento para la satisfacción de los padres.

La manera de justificar éticamente la voluntad de los futuros padres a la luz de la teoría deontológica de Immanuel Kant resulta poco realizable, pues el deseo o inclinación de obtener la felicidad a través de la procreación, deriva de la felicidad (conocida como principio empírico de la moralidad) y refiere a la heteronomía de la voluntad,³⁹ regida por sentimentalismos y no por la razón. La voluntad se ve influenciada por un factor externo y nunca podrá convertirse en ley universal. La felicidad que anhelan los padres e incluso la mujer gestante, no pueden fundamentar la gestación subrogada.

El valor de su actuación es el valor íntimo que le da agente moral a su actuación como motivación determinante de su voluntad.⁴⁰

Coincidimos con Angelo Papacchini en que la teoría kantiana deja carente de criterios eficaces a la persona para resolver las diversas problemáticas morales surgidas en las sociedades complejas.⁴¹

La gestación subrogada generalmente implica una idealización y/o deseo de obtener la paternidad, lo que se dimensiona como una voluntad heterónoma que no justifica la moralidad de la actuación de los padres de intención.

Para la futura gestante cualquier tipo de motivación ajena a ella para participar en la gestación subrogada e incluso el deseo de auxiliar vehementemente a la pareja infértil, por bueno que sea, no permite la justificación moral de la autonomía de su voluntad.

Conclusiones

Cada caso de gestación subrogada es particular –habrá unas gratuitas y otras onerosas, con diversidad de motivos para llevar a cabo, incluso diferentes en el procedimiento técnico-médico, entre otros– por lo tanto, es necesario

39 Kant, *Fundamentación de la metafísica*, 54.

40 Immanuel Kant, *Idea para una historia universal en clave cosmopolita* (Ciudad de México: UNAM, 2006), 29.

41 Angelo Papacchini, “El porvenir de la ética: La autonomía moral, un valor imprescindible para nuestro tiempo”, *Revista de Estudios Sociales* 5 (2000): 34.

analizar el contexto de cada situación específica a la luz de la teoría filosófica estudiada para determinar su contenido ético.

Respecto de la dignidad humana, la teoría ética de Kant y la teoría jurídica –que ha tomado bases de la primera para la protección efectiva de las personas– brindan los suficientes elementos para analizar la actuación de las partes en la gestación subrogada y determinar si existe vulneración a la dignidad de la mujer gestante.

La segunda fórmula kantiana ha servido como argumento en contra de la gestación subrogada –en el sentido de señalar que la gestante es utilizada como un medio y no como un fin– lo que resulta ilusorio e incluso conveniente, pues se justifica en una sola fórmula del imperativo categórico, sin embargo, dicha fórmula forma parte de un todo, por lo tanto, es indispensable estudiarlo en su totalidad para poder afirmar o negar tal cosa.

La dignidad humana de la mujer gestante no se vulnera si esta, siguiendo una máxima, decide hacer suyo el fin de la pareja que desea tener un hijo y además, lo hace legislando universalmente conforme a la teoría de Kant; si bien existe la obligación moral de respetar su dignidad, también lo existe de respetar su voluntad –por la que se reitera el respeto a su dignidad– que ejerce haciendo uso de su valor incondicional y su capacidad de razonamiento.

Consecuentemente, es equivoco afirmar que en toda gestación subrogada se considera a la mujer gestante como meramente un medio y no como un fin. Aseverar lo contrario implica reducir la capacidad de autonomía y la propia dignidad de la gestante.

Dentro de la teoría jurídica tampoco existen razones para las cuales considerar a priori a la gestación subrogada como vulneradora de la dignidad humana, por lo que se ha optado por establecer mínimos que permitan su resguardo y su vinculación a otros derechos a fin de determinar su violación.

En la práctica, los parámetros para que la mujer se constituya como gestante se basan en su capacidad y su consentimiento informado y libre de vicios, lo que reafirma el reconocimiento de la dignidad y autonomía analizados por la teoría kantiana.

Es reconocible que una gestación subrogada bien intencionada es susceptible de ser tergiversada —como todo actuar humano—, por ello, es primordial asegurar la protección de la dignidad humana de la mujer gestante, pues es un largo y complicado procedimiento en el que pueden suceder eventos esperados o inesperados que comprometen su dignidad humana.

Puede aseverarse que la teoría de Kant tiene limitaciones que no permiten determinar clara y generalmente si la autonomía de la voluntad justifica la gestación subrogada, pues depende totalmente de la motivación que lleva a participar en ella, los padres de intención y la mujer gestante deben actuar siempre por un deber y sin ningún tipo de influencia de factores externos.

El deber de solidaridad de la mujer gestante y el posible deber de reproducción de los padres de intención, no permiten justificar éticamente la gestación subrogada si interfiere en su motivación, algún sentimiento, incentivo o cualquier otro factor que ponga en duda el valor moral de la actuación de las partes.

Por lo tanto, justificar la práctica en esta teoría es meta tan difícil como subjetiva. Immanuel Kant al considerar el reino de los fines y el respeto de la autolegislación, no establece indicadores objetivos verificables para determinar cuándo la gestación subrogada se puede justificar éticamente con base en la autonomía de la voluntad.

No existe a la luz de la teoría de Kant, una justificación ética de la gestación subrogada con base en la dignidad y la autonomía de la voluntad de los participantes, sin embargo, tampoco es dable afirmar que es práctica vulneradora de la dignidad humana como mal se ha argumentado; para determinar su contenido ético debe atenderse a cada situación en concreto, lo que hace aún más difícil su regulación jurídica.

La autonomía de la voluntad en la gestación subrogada a la luz de la teoría kantiana puede llegar a considerarse ética si se realiza de acuerdo con los fines de Immanuel Kant, pero es tan personal y particular que no permite una justificación ética general para su posterior regularización.