



LA PERVERSIÓN MORAL DEL PRINCIPIO DE NO LUCRO¹

The moral perversion of the non-profit principle

Marc-Abraham Puig Hernández

Universitat Autònoma de Barcelona (UAB)

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-1960-9903>

E-mail: marcabraham.puig@uab.cat

Trabalho enviado em 10 de novembro de 2023 e aceito em 16 de maio de 2024



This work is licensed under a Creative Commons Attribution 4.0 International License.

¹ Este artículo ha sido financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación de España a través del proyecto de investigación “Repro-flujos en Europa, África del Norte y América Latina: la movilidad de personas y gametos en el contexto fragmentado de la regulación transnacional en adopción y reproducción asistida” (PID2020-112692RB-C21 / AEI / 10.13039/501100011033).



Rev. Quaestio Iuris., Rio de Janeiro, Vol. 17, N.03, 2024, p. 55-81

Marc-Abraham Puig Hernández

DOI: 10.12957/rqi.2024.80134

RESUMEN

El principio de la prohibición de lucro, que rige en el ámbito de la biomedicina en España y en aquellos países signatarios del Convenio de Oviedo, queda en entredicho a tenor de las prácticas que se denuncian desde la Antropología Social. Estas denuncias podemos sintetizarlas en cuatro tipos de argumentos: 1) simbólicos; 2) tecnológicos; 3) de relaciones de poder; y 4) morales. En estas prácticas se construye un discurso que trata de sostener moralmente a los mercados reproductivos, esto es, a la implementación de las técnicas en reproducción humana asistida. Tras evidenciar este fenómeno, en este trabajo reformulamos la principal crítica esgrimida por la filosofía moral, a saber, los argumentos que versan sobre la corrupción de lo humano corporal, por una parte, y ofrecemos una explicación teórica sobre la puesta en práctica del principio de no lucro, por otra.

Palabras clave: principio de no lucro; moral; corrupción; perversión; mercados reproductivos

ABSTRACT

Social Anthropology repeatedly denounces the principle of non-profit in the field of biomedicine, enforced in those countries as part of the so-called Oviedo Convention of the Council of Europe, which is called into question. There are four types of arguments for these complaints: 1) symbology; 2) technology; 3) power relations; and 4) morals. In order to sustain reproductive markets, it is necessary to build a discourse around the application of techniques in assisted human reproduction. This work provides an explanation for the main criticism used by moral philosophy, namely, arguments that deal with the corruption of the human body. We also provide a theoretical explanation for the implementation of the principle of no profit.

Keywords: reproductive markets; morals; corruption; perversion; non-profit principle.

INTRODUCCIÓN

Sostener que el principio de no lucro (proclamado solemnemente en el artículo 21 del Convenio de Oviedo, de aplicación para los países del Consejo signatarios, como España) es una norma que inspira el ámbito biomédico es una faena ardua porque lo que sucede en ese ámbito sólo puede explicarse como una práctica mercantil.

Los mercados reproductivos han aparecido con la expansión transfronteriza de una nueva forma de reproducción humana, la asistida tecnológicamente. A priori, dicha expansión no tendría por qué calificarse peyorativamente, pues ayuda a corregir problemas de fertilidad. Sin embargo, la puesta en práctica de esta moderna forma de reproducción se circunscribe en una lógica de mercado. Y principios morales como el del altruismo juegan un papel importante, como veremos, en ese contexto mercantil, más allá de su aparente, aunque loable, finalidad de ayuda. De ahí que haya quien se refiera a este valor moral como un eufemismo cuando nos encontramos en presencia de una auténtica industria reproductiva.

Si esto es así, hay cuestiones inevitables que salen a nuestro encuentro y que debemos intentar responder. ¿Por qué siguen apareciendo recurrentemente valores como el altruismo en la aplicación de estas técnicas? Dicho en otras palabras, si abiertamente aceptamos la mercantilización de este ámbito, ¿qué pintan ahí estos valores morales? Y, entonces, ¿en qué lugar queda el principio de no lucro cuando la práctica es genuinamente mercantil? A continuación, intentaré responder a estos interrogantes.

La tesis que sostendré en adelante contiene un seguido de ideas en tensión: por un lado, que los ordenamientos jurídicamente suelen prohibir el lucro y, por otro lado, que en la práctica, contrariamente, sucede que es posible lucrarse y que, además, otros principios derivados del anterior, como el del altruismo, dejan huella en lo que ahí sucede.

Si no estoy equivocado y conseguimos localizar el papel que juega el altruismo dentro de los mercados reproductivos, nos veremos obligados a evaluar el estado actual del discurso moral más crítico contra la mercantilización del cuerpo humano y de sus partes, a saber, el argumento sobre la degradación moral que imprime el dinero. Y como de ahí nace una cuestión vital para el Derecho, a saber, la consecuencia jurídica de la inoperancia del principio de no lucro, en este trabajo propongo una explicación teórica para este último interrogante.

El principal objetivo de este trabajo es sintetizar brevemente el estado de la cuestión. Lo que podemos dividir en tres objetivos particulares: 1) ilustrar la práctica mercantil de la aplicación de las técnicas en reproducción asistida, en las cuales la moral juega un papel esencial; 2) ofrecer una crítica considerando el argumento de la corrupción moral; y 3) dar formulación teórica, aunque a

expensas de un mayor desenvolvimiento posterior, al estado en el que queda el principio de no lucro dada la praxis que previamente hemos identificado.

La metodología seguida es en esencia inductiva. A partir de un estudio sobre las investigaciones realizadas por la Antropología Social se ha elevado el marco conceptual sobre el que trabajaremos el discurso moral y la explicación teórica de Derecho. Esto es, una vez identificados los principales argumentos recogidos por los antropólogos veremos cómo encaja el discurso moral y en qué lugar queda el principio de no lucro.

Dadas estas coordenadas metodológicas, el presente trabajo queda estructurado en tres epígrafes: un primero dedicado a recoger las voces que desde la Antropología han evidenciado aspectos relevantes de los mercados reproductivos; un segundo para reformular el principal argumento de la filosofía moral en contra de los mercados reproductivos; y un tercero en que se analiza la disonancia entre un principio normativo y las conductas que deberían quedar bajo su imperio.

1. MORAL Y MERCADOS REPRODUCTIVOS: LAS DENUNCIAS DESDE LA ANTROPOLOGÍA

Los estudios antropológicos de los mercados reproductivos profundizan en el trabajo de campo más incisivamente de lo que suele hacerse en otras disciplinas. Por ejemplo, a diferencia de la Bioética o la Filosofía y la Teoría del Derecho, la Antropología se desenvuelve dentro de un marco metodológico cuya perspectiva se focaliza en el estudio del ser humano y sus relaciones, costumbres, cultura, simbología e instituciones. Podemos aseverar que, en referencia a estos mercados, la Antropología Social viene apoyándose en una metodología inductiva en el sentido que proponía RADCLIFFE-BROWN (1975: 28-30). Esto es, a partir de hechos particulares se trata de demostrar que son instancias de una regla general. Por tanto, esta disciplina se vuelca sobre los datos fácticos: tras la observación y el muestreo se construye la explicación más idónea al fenómeno humano objeto de estudio. De ahí que abunden, por una parte, los datos cuantitativos sobre los participantes en las prácticas de técnicas de reproducción humana asistida (en adelante, TRHA) y, por otra, los cualitativos, especialmente a través del trabajo de campo (observación y entrevistas).

Las principales voces que en España estudian la puesta en práctica de las TRHA coinciden en afirmar que estamos ante un mercado, por más cercos que le imponga la legalidad. A continuación, propondré una clasificación de los principales argumentos reflejados en estos estudios, y que podemos calificar como los principales resortes morales de este mercado. En mi opinión, es posible agruparlos en cuatro tipos: morales, simbólicos, tecnológicos y relacionales. Con ello, espero poder:

en primer lugar, asumir que estos mercados presentan una fisionomía caracterizada por esas cuatro extremidades y, en segundo lugar, preparar la reformulación de la tesis de la corrupción moral que imprimen los mercados, ya en el siguiente epígrafe.

1.1. EL ARGUMENTO MORAL

Pensemos en los participantes necesarios que hacen realidad las TRHA: donantes de óvulos y de semen, gestantes para la denominada gestación por sustitución (en adelante GS), clínicas de fertilidad, embriólogos y ginecólogos, transportistas... Gracias a su participación es posible que parejas con algún tipo de problema de fertilidad, subsanable mediante la aplicación de alguna de las TRHA, encuentre asistencia y consiga reproducirse. Una ayuda estimable. Ahora bien, el argumento moral consiste en poner de manifiesto que el principal motivo para prestar esta ayuda es el factor económico y sólo subsidiariamente encontraríamos razones como el altruismo, cuya función sería la de reforzar el pago por el biomaterial humano, en el caso de la donación de gametos, o por la gestación, en el caso de la GS.

Como ha explicado Consuelo ÁLVAREZ PLAZA (2008a: 78) a propósito de la donación de ovocitos, los incentivos económicos mueven a las mujeres económicamente necesitadas a vender su material biológico. La autora denuncia el eufemismo de llamar compensación a lo que es un pago, un verdadero incentivo, que además convierte a este tipo de mujeres en una presa fácil para las redes que trafican con personas. A esta conclusión llega tras un estudio exhaustivo del perfil de las donantes.

Anteriormente, la misma autora había explicado que la consideración de los gametos humanos como cosas fuera del tráfico comercial no había sido excusa para que las clínicas de fertilidad compensaran por la obtención de estos bienes tan especiales. En su estudio de campo, tanto los profesionales sanitarios como los biólogos y los propios participantes daban por hecho que lo fundamental para la donación de este biomaterial era el aspecto económico².

Claro que el incentivo económico suena excesivamente frío. Hay algo moralmente inquietante en que para donar gametos la verdadera preocupación sea el dinero.

² Más interesante se vuelve este estudio si observamos que el trabajo de campo fue realizado antes de la modificación legislativa que entró en vigor con la Ley 14/2006, de 26 de mayo, que oficialmente incluiría la denominada compensación por ovocitos y semen en el ordenamiento jurídico español. En el momento en que se realizó su estudio estaba en vigor la Ley 35/2008, de 22 de noviembre, que simplemente se refería a la donación como un acto altruista, gratuito y desinteresado (ÁLVAREZ PLAZA, 2006: 170-174). Además, esta tesis incluye información cuantitativa y cualitativa que se suprimiría posteriormente en ÁLVAREZ PLAZA (2008b), publicación de carácter más literario.

Un estudio comparativo sobre las motivaciones de las donantes de ovocitos en España y Argentina nos muestra que la razón principal para donar, el incentivo económico, suele acompañarse con la retórica del altruismo. Esto es, que con la donación se contribuye a ayudar a otras personas. Ahora bien, este discurso altruista presenta una doble característica. En primer lugar, la uniformidad, pues sistemáticamente las donantes alegan el mismo razonamiento. En segundo lugar, que esa uniformidad es una construcción retórica elaborada por los bancos de ovocitos, apareciendo de la mano del consentimiento informado que deben firmar y que, de acuerdo con la investigación de campo del trabajo, va destinado a eludir la mera consideración mercantil de la donación de ovocitos (LIMA, ÁLVAREZ PLAZA, CUBILLOS VEGA, 2019: 614-617).

Sin salir del estudio comparado de las donaciones de gametos, en el mercado reproductivo anglosajón también la Antropología ha evidenciado que este acto se lleva a cabo esencialmente por el incentivo económico. Mejor dicho, la donación no se hubiera realizado sin esa retribución. Como evidencia Stephen WILKINSON (2016: 233 y ss.), este hecho es bien conocido y atendido por las clínicas de fertilidad, especialmente para paliar la escasez de estos bienes biológicos³.

Es asumido por los participantes de la donación de gametos, tanto en la figura del donante como en la de los profesionales de los centros receptores del biomaterial, que el pago constituye el hecho clave⁴. Sin compensación económica, disminuyen los materiales. Tanto es así que María Isabel JOCILES (2020: 35-93) titula su investigación “Supongo que, si hubiera tenido pasta, no lo hubiera hecho”. La conclusión a la que llega la autora consiste en que la retórica del altruismo, en particular con la donación de ovocitos, es la idea (regla, norma, creencia) que crea el sentimiento apropiado para llevar a cabo ese acto. Sin embargo, ese sentimiento se crea, es decir, se interpreta siguiendo las estrategias desplegadas por los distintos participantes. Además, interesa destacar que la autora identifica en su estudio agentes humanos (médicos, psicólogos, recepcionistas, pacientes en la misma clínica...) y no humanos (revistas, folletos, webs, cartas de agradecimiento...) como los

³ Noelia IGAREDA (2016: 73-75) ha explicado que, en España, además, el anonimato cumple una función esencial en el abastecimiento de gametos. El anonimato está tradicionalmente vinculado con el altruismo, pero también fomenta la participación de donantes con un determinado perfil (en el caso de los hombres, más jóvenes y habitualmente reticentes a ser contactados).

⁴ Sara LAFUENTE FUNES (2017: 280) también ha constatado que el incentivo económico es el verdadero motivo para que se produzca la donación de ovocitos. Ahora bien, en su trabajo destaca otro concepto, lo que la autora denomina “Transferencia de la Capacidad Reproductiva” (TCR). Sin embargo, esta categoría me parece confusa. Cabe señalar que, en la donación de ovocitos, no se transfiere realmente ninguna capacidad (la facultad propia del sujeto para x), por la que pasaría a tener la facultad de reproducirse, en sentido genérico, sino que se transfiere un biomaterial humano, reproductivo, y por tanto algo muy específico, concreto. Dicho de otro modo, lo que se transfiere es una cosa y no una facultad, o capacidad. Ahora bien, es interesante considerar su tesis en tanto que técnica social (si no ando equivocado, esto es lo que realmente quiere sostener la autora, pese a que la terminología que emplea refiera otro escenario). Y como técnica social, el discurso moral por el cual una donante cede esa “capacidad” de reproducción a otra mujer da sentido a la práctica mercantil; le inyecta una finalidad honorable a todo un contexto predispuesto para la mercantilización de los biomateriales humanos.

creadores de esa moral de la que brota el discurso adaptado a lo que se espera en las clínicas de reproducción asistida más allá de la compensación económica.

Dejando a un lado la donación de gametos y centrándonos en otra instancia como es la GS, encontramos similares argumentos: el incentivo económico juega el papel determinante a la vez que se evidencia un discurso moral.

En la mayoría de los casos, el discurso moral contribuye a asentar el incentivo económico. Si nos centramos en los trabajos que inciden sobre el altruismo, este motivo aparece durante el proceso de gestación, cuando la carga emocional de la gestante va en aumento. Raquel MEDINA PLAZA (2020: 294-296) muestra cómo a pesar de las dificultades que puede implicar la GS (en el caso objeto de estudio, una de las entrevistadas padeció un aborto), la visión de las gestantes descarta que el Derecho pueda alterar o modificar las condiciones económicas, laborales o contractuales. Lo curioso es que, tras la gestación, el discurso de las gestantes plasma que esas condiciones (precio, trabajo reproductivo, contrato de GS) ya no se consideran impuestas, sino que acaban concibiéndose como parte de la generosidad y del altruismo.

No obstante, la GS también puede verse como una imbricación entre lo económico y lo altruista algo más aséptica, en el sentido de que el segundo motivo no aparezca tan claramente como refuerzo del primero, pese a no acabar de desligarse nítidamente. Aunque diversos autores se mantienen rígidos en poner en tela de juicio la compatibilidad entre ambos motivos para la GS, descartando el altruismo tan pronto media el dinero⁵, los ejemplos de regulación del altruismo en la GS que involucra a conocidos o familiares hacen pensar que no sólo el incentivo económico determina la práctica (IGAREDA, 2018 y 2020); al menos, para este caso, el binomio económico-altruista podría considerarse una cuestión gradual y no una incompatibilidad de todo o nada. En cualquier caso, este hecho no disipa la cuestión previa consistente en aclarar si la GS se llevaría a cabo de no haber algún incentivo económico.

Quedémonos con la siguiente idea. En la donación de gametos y en la GS, el dinero, el pago, la compensación, en definitiva, el mercado, no aparece si más, sino que en las TRHA antes o después el altruismo hace ver como algo digno de admiración el acto que se está llevando a cabo mediante una transacción económica. Esta idea la retomaré más adelante. Ahora nos centraremos en los otros argumentos detectados en este tipo de estudios.

1.2. EL ARGUMENTO SIMBÓLICO

⁵ Opinión que defienden, entre otros, GUPTA, 2006 y RAPOSO, 2012.

Otro elemento que ha puesto de manifiesto la Antropología es que, al aplicar las TRHA, sucede algo más que el pago por un servicio, una obra o un bien. Para ello, esta práctica se representa envuelta con determinados rasgos, se explica a través de figurarla impregnada de una cierta significación y de vincularla con la identidad humana. A ello podemos llamarlo el argumento simbólico. Veámoslo a través de algunos ejemplos.

Que el desenvolvimiento de las TRHA se circunscribe en una representación peculiar, simbólica, es un fenómeno que se puso de manifiesto a través de las entrevistas de campo: se crea un vínculo de identidad entre el biomaterial y los participantes. En las clínicas, se constató que este fenómeno acontecía esencialmente con los usuarios de estas técnicas, como los donantes y los receptores. Para estos participantes se crean unos vínculos característicos con los biomateriales humanos, quienes dejan de concebirlos como bienes, como cosas patrimoniales, como productos característicos de un mercado. Entonces, pasan a percibirlos como otro tipo de cosas, esta vez con identidad propia, que a su vez constituye parte de su propia identidad (ÁLVAREZ PLAZA, 2006: 201 y ss.)⁶. En este caso, el simbolismo contribuye a esconder el coste económico.

Mas el simbolismo no se reduce únicamente a esta cuestión de identidad. Si prestamos atención al circuito que recorre el semen desde la donación hasta su recepción en un ciclo de reproducción, la biotecnología ha permitido destacar rasgos como la gran capacidad de fecundación de este gameto. A partir de caracteres como la súper fertilidad se aumenta la plusvalía del biomaterial en términos económicos. De esta manera es como ÁLVAREZ PLAZA y PICHARDO GALÁN (2020: 158-205) exponen que se obtiene un producto “premium”, un semen de alta gama, generando un mercado de gametos inspirado en la noción de exclusividad. En otras palabras, las técnicas de márketing para obtener un mayor rendimiento económico se aplican igualmente a biomateriales humanos como el semen.

En otro estudio, estos mismos autores realizan una investigación cuyo trabajo de campo se localiza en un banco de semen escandinavo. El carácter empresarial de este banco repercute en las concepciones del semen, en cómo se presenta este biomaterial y, asimismo, en la relación que guarda con los receptores particulares. Así, el banco de semen vende dicho producto bajo lo que puede denominarse un sello de calidad, de pedigrí, como un producto único en el mundo (ÁLVAREZ PLAZA y PICHARDO GALÁN, 2017: 351-355).

⁶ Claro que esta vinculación simbólica entraña sus propias dificultades; por así decir, su reverso. En este caso, ÁLVAREZ PLAZA (2008b: 160-169 y 178-188) constató que la ocultación del origen genético a los niños nacidos mediante TRHA, junto con el anonimato, acabó degenerando en la invisibilidad de los niños nacidos con gametos donados. Lo que puede sintetizarse en los binomios padres genéticos-anónimos e hijos genéticos-invisibles.

Por su parte, Sebastian MOHR y Klaus HOEYER (2018: 13-15) explicaron que si bien la “calidad” del buen semen, en realidad, depende de parámetros biomédicos, el atributo de “buen” semen procede, por contrapartida, del ámbito de las creencias. De este modo, la idea del semen idóneo consiste, como veíamos, en destacar determinados atributos masculinos que versan sobre el poder de fecundación de sus espermatozoides. Encontramos así, que el “producto de calidad” incorpora caracteres como el olor, la textura, el volumen, su tendencia a quedarse enganchado o la apariencia y la morfología del esperma.

Aunque la simbología que acompaña al semen tal vez constituya el ejemplo paradigmático, esta representación alcanza otros supuestos. Merete LIE (2012: 475-480) mostró cómo el proceso de humanizar las imágenes de las células genera un gran rendimiento en convencer a las familias que quieren adquirir gametos para fines reproductivos. Mientras que los profesionales de las TRHA muestran imágenes de gametos en tanto que células microscópicas, y por tanto una imagen de estos biomateriales más cercana a las cosas, la técnica de “humanización” de células se centra en darles entidad (*entification*). De esta manera no se disocia, o escinde, la célula del cuerpo humano del cual procede: se hace valer la imagen humana como una propiedad de la célula.

En definitiva, gracias a la simbología se hace ver que en los mercados reproductivos no se trabaja con células humanas aisladas. Aquí lo que sucede guarda más relación con un bonito trabajo con imágenes, similar al de un fotógrafo revelando retratos de bonitas caras, en lugar de un embriólogo manejando una placa de Petri con células microscópicas en el laboratorio de una clínica de fertilidad. Gracias a ello, el valor del producto incrementa.

1.3. EL ARGUMENTO TECNOLÓGICO

Las TRHA son, en efecto, técnicas. Y en tanto que técnicas precisan de un saber, de un conocimiento y de una pericia concretos, pues se emplean instrumentos especiales con delicadeza que deben dominarse para alcanzar determinados propósitos con fina destreza. Es ahí donde entra la tecnología jugando un papel destacado en la reproducción asistida y concentrando su manejo en unas empresas y unos profesionales dedicados a su explotación. A ello lo llamaremos el argumento tecnológico.

La explotación de esta tecnología ha sido puesta de manifiesto a través del fenómeno de los emprendedores que buscan nuevos nichos económicos en la industria reproductiva. En este sentido, entre las principales consecuencias de la aplicación de las TRHA se encuentra que, en cómputos globales, la tecnología ha retrasado el acceso de la mujer a la maternidad y ha incrementado la demanda para ser padres en tramos de edad en los que frecuentan los problemas de fertilidad. Una

creciente demanda que ha llamado la atención de fondos de inversión hacia este ámbito. Tales consecuencias financieras y mercantiles responden a dos motivos. De una parte, gracias a las donaciones de gametos los emprendedores de este mercado se adaptan a las características de los receptores de los biomateriales con tratamientos cada vez más novedosos. De otra parte, ya que los sistemas sanitarios públicos no cubren cualesquiera tratamientos, se descubre todo un espacio en el que las empresas con financiación privada pueden desenvolverse (ÁLVAREZ PLAZA, 2020: 489-490).

Ahora bien, el aumento y el éxito de estos emprendedores también responde a otros factores.

Por un lado, a que las TRHA han permitido controlar la reproducción y desvincularla de la procreación biológica. Así es como parejas del mismo sexo tienen acceso a la paternidad por mediación de esta asistencia técnica. La creciente demanda de estas técnicas va creando nuevos perfiles, o roles, de emprendedores, como el acompañamiento con promotores de ventas y de negocios o los “impulsores de unidades de reproducción asistida” (conocidos en la jerga económica como *business developers*) (ÁLVAREZ PLAZA, RIVAS, AYALA RUBIO, 2020: 386-387).

Por otro lado, a instaurarla desregulación que favorece, o a impedir la regulación que dificulte, los movimientos transfronterizos de los sujetos que componen este sector y que se rige por la ley de la oferta y la demanda (347-349). El actual estado de la legislación no impide de forma expresa que una empresa, o incluso un investigador, convierta en réditos económicos los resultados derivados de su proyecto de desarrollo tecnológico, o de investigación, cuando se emplean biomateriales humanos (ACEVEDO RODRÍGUEZ, 2017: 260).

Si tratamos de ordenar las reflexiones de estos autores, podemos clasificar el argumento tecnológico en dos tipos de hechos imbricados: el dominio de la tecnología y la oportunidad de mercado. En primer lugar, a través de la tecnología es posible controlar el ciclo reproductivo de la mujer en distintos niveles, a saber: en todo lo que conlleva el ciclo de ovulación, incluido el control de la producción de ovocitos y la preservación cada vez más perfeccionada de los gametos, y en la minimización de los riesgos de la fecundación en la gestante. En segundo lugar, el desarrollo de la técnica biomédica se desenvuelve principalmente en un ámbito privado, es decir, en un contexto en el cual quienes desean acceder a la paternidad se someten voluntariamente a los tratamientos asumiendo el precio propio del mercado, no regulado. En este contexto es donde aparecen los roles definidos por las distintas necesidades que se van identificando al aplicar las TRHA. Ahora bien, los roles o posiciones que ocupan los diferentes participantes merecen un subepígrafe propio.

1.4. EL ARGUMENTO DE LAS RELACIONES DE PODER



Una vez situados en un contexto de mercado, las posiciones que ocupan cada uno de los participantes en la aplicación de las TRHA no son las propias de una relación igualitaria, en la que cada una de las partes vinculadas, relacionadas con la práctica, tiene sus propios derechos y obligaciones. Esta igualdad, que usualmente la impone la ley, se rompe con el mercado, pues el dominio, el control, de factores determinantes en una práctica conforma el verdadero elemento de poder social. Y en este caso, quien domina las TRHA ostenta ese poder, acumula un control técnico, económico y político que abraza toda situación vinculada con la aplicación y el desarrollo de estas técnicas. A ello es lo que podemos denominar el argumento relacional o de las relaciones de poder.

Es habitual que la literatura antropológica evidencie este desnivel en las posiciones de poder a través del lenguaje de lo que se ha denominado trabajo reproductivo. Ahora bien, para hablar de trabajo reproductivo y asalariado debemos dejar a un lado discursos como el del altruismo.

Pensemos en el caso de la GS. En un reciente estudio, Sigrid VERTOMMEN y Carmille BARBAGALLO (2021: 2-5) han propuesto dejar de lado la retórica del altruismo y los supuestos motivos morales que subyacen a la GS. De este modo, las autoras pueden denunciar que el trabajo reproductivo debería compensar económicamente, además del trabajo de la gestante, otras formas de trabajo como la maternidad convencional, o doméstica, esta última dando lugar a una relación de apropiación. Para las autoras toda gestación da lugar a un trabajo reproductivo y, según su tesis, no hay mejores razones para defender la retribución económica en el caso de la GS que en el de la maternidad biológica, o convencional.

Podríamos pensar que el argumento de las autoras demuestra demasiado, pues de ahí se seguiría que no habría ningún tipo de diferencia entre gestación convencional y GS más allá del trabajo remunerado y no remunerado. Sin embargo, esta afirmación adquiere relevancia si se considera como parte de un argumento más complejo, de una investigación más amplia, por así decir. En este caso, el carácter remunerado formaría parte de lo que recibe el nombre de “cadenas globales de fertilidad”.

A través de la metáfora de las cadenas se propone la idea de un marco económico y político globalmente estructurado. El propósito de esta estructura no sería otro que el de la apropiación de capital y se define por una serie de elementos: 1) el desigual desarrollo de la geografía mundial en cuanto a las TRHA⁷; 2) la dependencia en el trabajo reproductivo pagado y no pagado de la mujer; 3) un entretrejo de roles que cumplirían actores a diferentes niveles⁸ y que se vinculan con el

⁷ En este aspecto, para un buen trabajo sobre cómo el marco moral globalizado sobre la gestación por sustitución encuentra acomodo en un marco moral e ideológico local (California, India y San Petersburgo) puede verse el de SMIETANA, RUDRAPPA, WEIS, 2021: 1-17.

⁸ Este escenario multinivel en el que se desplazan diferentes actores es paralelo al que Nancy SCHEPER-HUGHUES (2005: 195-236) expuso magistralmente respecto al trasplante de órganos. En este caso, la autora se

siguiente punto; finalmente, 4) el papel de los Estados en la creación de la demanda, en la organización de la provisión de estos bienes tan peculiares y en la acomodación de productos con valor añadido⁹.

En este contexto global, la retribución o no de la gestación pasa a ser un factor relevante más en el asentamiento del dominio político, económico y técnico de las TRHA. Me interesa que nos centremos en el último de los cuatro elementos que hemos señalado en el párrafo anterior para evidenciar, así, una práctica de la que podríamos dar muestra a nivel nacional. Para ello debemos acudir a la captación de donantes de ovocitos.

España se ha convertido en uno de los feudos de los mercados reproductivos al no escasear en mujeres dispuestas a donar sus ovocitos. Según Anna MOLAS y Andrea WHITTAKER (2022: 14-22), este éxito suele atribuirse habitualmente al estado de la legislación española vigente. Sin embargo, el perfil de las donantes en edad fértil no parece corresponderse con el de quien conoce las implicaciones jurídicas más técnicas sobre esta práctica. Es por ello por lo que las autoras se han centrado en descifrar las estrategias de captación de donantes a través de medios telemáticos como las páginas web o las redes sociales. En estas fuentes de información, esenciales para este perfil de donantes, la información facilitada consiste en la construcción de “un imaginario social” que despierta su interés. Básicamente, esta información se concentra en un discurso hegemónico sobre el altruismo y en la minimización de los riesgos para la salud que conlleva una intervención y un tratamiento médico como el de la donación¹⁰. Por un lado, el discurso hegemónico se traduce en algo más que el altruismo, más bien en una seña de identidad de quien pertenece a un colectivo social que progresivamente iría empoderando a la mujer. Por otro lado, la falta de información relevante a la cual acceden las donantes contradice flagrantemente lo indicado por la legalidad mediante las exigencias que acarrea genéricamente todo consentimiento informado, a la par que las campañas de captación se escudan en que no promocionan directamente un pago por la obtención de ovocitos (hecho no permitido, pero que garantiza el éxito), sino que esa información sería parte de lo que las donantes conocen por sí mismas (hecho que se permite, pero que no garantiza nada).

centró en cirujanos, pacientes, donantes, vendedores de órganos e intermediarios que intervienen en la práctica que llama el “turismo del trasplante”. La práctica que evidencia excede la dicotomía del discurso don-mercancía, pues termina reflejando la combinación entre las creencias, los temores y la ciencia, el poder de las narraciones de los médicos y la interpretación de la vida, de la muerte y de lo que puede considerarse como sacrificio. A su vez, en gran medida el razonamiento de la autora toma como referencia la célebre obra de Richard TITMUS *The gift relationship*, de 1970, para el caso de la donación de sangre.

⁹ Este último factor lo desarrollan VERTOMMEN, PAVONE y NAHMAN, 2021: 1-34.

¹⁰ Para un estudio comparado entre España y Estados Unidos sobre el modo en cómo se donan biomateriales reproductivos humanos, en cómo son escogidas y compensadas esas personas y en cómo se llevan a la práctica modelos de compensación escalonada y compensación igualitaria, puede verse el trabajo de TOBER y PAVONE, 2018: 268-276.

A través de los ejemplos anteriores creo haber reflejado la concentración de poder implícita en el mercado reproductivo, pero no así haber dado muestra suficiente de la otra parte, la débil, la que queda en inferioridad de condiciones respecto al poder hegemónico que concentra recursos económicos, tecnológicos y culturales.

Ana M.^a RIVAS (2017) ha explicado que la técnica de vitrificación de ovocitos¹¹ se ha empleado a modo de inventivo para que las mujeres puedan conciliar la vida laboral y familiar. En otras palabras, se vende como una opción para que las mujeres consideren reproducirse en edades avanzadas a través de TRHA. Ahora bien, la vitrificación es una técnica que no ha contribuido para nada a reforzar la autonomía de la mujer. Contrariamente, la autora demuestra que esta técnica reduce la autonomía a un mero asunto biológico que deja al margen ingredientes sociales igualmente relevantes, que individualiza las soluciones que pueden aportarse a la conciliación laboral y familiar y que, además, intercambia la acción política para transformar el sistema por medidas tecnológicas. De este modo, se atomiza a la mujer usuaria de las técnicas: en tanto que las dificultades estructurales de jaez laboral, familiar, política y de sexo y género pasan a individualizarse, se convierten en cuestiones que se resuelven como una decisión libre de la mujer, esto es, caen bajo su responsabilidad, cuando requieren una respuesta de mayor profundidad social, económica, política y jurídica (2017: 291-306).

Un hecho que se enturbia al observar que estas técnicas incluyen terceros participantes, entre los cuales encontramos a los que más arriba hemos denominado emprendedores de la industria reproductiva, pero sin olvidar participantes individuales, como los agentes de las clínicas y las propias instituciones. El reparto de posiciones es desigual y asimétrico, pues viene condicionado por la posesión de capital económico y de los recursos tecnológicos (RIVAS y ÁLVAREZ PLAZA, 2018: 216).

Curiosamente, la desigualdad de posiciones no se expone solamente en cómo está configurada la relación entre las partes implicadas en las TRHA, sino también en los silencios. Un hecho más sutil es el que Ana M.^a RIVAS, Consuelo ÁLVAREZ PLAZA y María Isabel JOCILES (2018: 221-245) han denunciado: la escasa bibliografía que recoge la versión de las donantes, de las familias receptores del biomaterial reproductivo humano e incluso de los descendientes nacidos mediante TRHA¹².

¹¹ En un ilustrativo párrafo indica (RIVAS, 2017: 300): “La vitrificación de óvulos es una técnica de preservación de la fertilidad que permite que los óvulos maduros conseguidos tras la estimulación y la punción ováricas sean criopreservados -congelación ultrarrápida que impide la creación de cristales al interior- para usarlos, posteriormente cuando la mujer decida o cuando las circunstancias médicas lo permitan, mediante el procedimiento de la FIV”.

¹² En otro trabajo, RIVAS, LORES y JOCILES (2019: 623-644) exponen, además, que tanto el anonimato como el altruismo son los dos trebejos de los que se sirven los mercados reproductivos para asegurar la provisión de

2. LA PERVERSIÓN MORAL: UNA REFORMULACIÓN DE LA CORRUPCIÓN

Hemos tratado de dejar evidencia sobre las cuatro ramas que componen el esqueleto argumentativo de la moral que irradia y refuerza los mercados reproductivos. Lo tecnológico, lo simbólico, las relaciones de poder y el discurso moral sobre el altruismo y las buenas intenciones configuran la praxis en estos mercados. Si esto es así, debemos reconsiderar una de las explicaciones ampliamente asumidas en sede de la filosofía moral, a saber, que el valor del dinero desplaza, luego corrompe, el valor verdadero de las cosas.

Como explican, entre otros, Michael J. SANDEL y Ricardo GARCÍA MANRIQUE, entre las principales consecuencias que imprimen los mercados encontramos, al menos, dos relevantes. Una, la producción de desigualdad y, dos, la corrupción.

Por una parte, la desigualdad hace referencia a que, en el contexto de mercado, el acceso y la distribución de los bienes quedan definidos por el criterio de la capacidad económica. El dinero no haría más que acentuar la brecha entre ricos y pobres, pues si todo se compra y se vende, los ingresos y la riqueza constituyen genuinamente el criterio fundamental (SANDEL, 2012: 16).

Ahora bien, en el caso de los bienes de naturaleza corporal humana, tal vez este argumento no sea del todo válido. Esta idea la mantiene GARCÍA MANRIQUE (2020: 327-330) respecto a la venta de órganos. Cuando existe un mercado de órganos configurado a partir de principios de justicia, estos le otorgarían una presunción de legitimidad y dejarían estériles a los principales argumentos sobre la desigualdad. Y es que de acuerdo con determinados principios de justicia (distribución de los órganos mediante criterios sanitarios, comprador único y público, etcétera), la desigualdad social no tiene por qué producirse, al menos no necesariamente. De ahí que el autor insista en que la principal denuncia deba proceder mejor por el segundo tipo de argumentos, el de la falta de respeto al especial valor de lo humano o a la naturaleza de lo corporal¹³. Sigamos esta línea de razonamiento y descartemos aquí también el argumento de la desigualdad para la reproducción asistida, caso que guarda cierta similitud con los biomateriales distribuidos en la venta de órganos.

Por otra parte, la corrupción moral puede exponerse en la idea de que el dinero desplaza el valor de las cosas y de las prácticas, en que no se respeta el valor esencial de las cosas. Las cosas, las prácticas sociales, lo humano, todo ello tiene un valor y promueve una forma característica buena

gametos que permiten la expansión mercantil y el suministro de los bienes indispensables para la industria reproductiva.

¹³ Esta segunda crítica, la de la degradación de lo humano en lo corporal y a propósito de la venta de órganos, la desarrolla en una monografía. Véase GARCÍA MANRIQUE (2021) en particular, Capítulos V, VI, VII y VIII.

de tratarlo (SANDEL, 2012: 17). Ello se vería degradado. Aunque podamos discutir sobre cuáles sean las acciones más virtuosas en una determinada práctica, lo cierto es que el dinero promueve, manifiesta e incentiva una actitud particular respecto a lo que se intercambia. De este modo, no es lo mismo hacer las cosas por dinero que, digamos, por la excelencia que se vincula a un tipo de acto que caracteriza a esa práctica, como en la donación de ovocitos hacerlo por altruismo (ayudar desinteresadamente) o por dinero (ayuda interesada).

Este argumento resulta ciertamente gráfico. El dinero desplaza, empuja, afecta a la naturaleza de los bienes intercambiados y se sitúa en el centro de la estimación. Y esta es la imagen que quisiera que retengamos del argumento: el desplazamiento de un valor (el que merece protegerse en una determinada práctica) en favor de otro (el dinero).

Los argumentos recopilados antes cuestionan este esquema, porque ya no es solamente el envite del dinero en detrimento de la naturaleza de las cosas, sino que a ese empuje le acompaña un segundo momento. Aun en presencia del dinero, no dejan de aparecer elementos como la moral y la simbología en el mercado reproductivo. Ahora bien, no es que se produzca una tensión entre estas formas de valoración y la característica del mercado. Al contrario, si algo ha puesto de relieve este tipo de estudios es que los valores que se ven inicialmente desplazados, una vez se ha asentado el dinero que rige en el intercambio de bienes, vuelven a aparecer para reforzar el incentivo económico. El hecho de pagar por un biomaterial humano intenta recubrirse con el halo moral de algo digno de admiración. En este segundo momento, el mercado aboga para sí las virtudes que su envite ha corrompido. Esto sucede después de que el dinero presentara una forma distinta de valorar las cosas, la característica de la oferta y la demanda, en este caso a través de la mercantilización del cuerpo humano y de sus partes, y por tanto de no estimarlas como como se supone de acuerdo con su especial naturaleza, esto es, de no darles el trato que se merecen.

De ahí que el argumento de la corrupción, asentado atinadamente en la filosofía moral, sea el primer momento de un acontecimiento más amplio. En un segundo momento, la corrupción se transforma en perversión, al disponer el mercado de los argumentos inicialmente desplazados para reforzar una posición viciada por el dinero.

La crítica moral hacia los mercados reproductivos debe construirse desde el argumento imbricado de la corrupción junto con la perversión. De ahí, incluso, que haya ocasión para hablar de la moral al servicio de los mercados reproductivos.

Todas las prácticas que expone la Antropología nos han obligado a reformular el principal argumento moral contra los mercados reproductivos añadiéndole un segundo momento, o una apostilla, porque se quedaba corto. Lo que denunciaba que quedaba desplazado, corrompido, aparecía nuevamente con vigor renovado. Así es como el embrión formado por la corrupción y la

perversión termina por herir de muerte al principio de no lucro, que debería inspirar este ámbito operando como pauta ofrecida por el ordenamiento jurídico. A esta cuestión dedicamos el epígrafe final.

3. EL PRINCIPIO DE NO LUCRO: UN CASO DE INFERTILIDAD

Las prácticas que hemos recogido revelan la fotografía de un mercado perfectamente organizado. La música que suena en el auditorio de las TRHA es la sinfonía del intercambio mercantil. No hay duda en que la donación de semen, la GS o la venta de ovocitos se circunscriben dentro de la lógica de mercado: desigualdad de las partes, pagos, emprendedores, clínicas privadas... Se celebra un intercambio de cosas por dinero, aunque esas cosas sean biomateriales humanos o actos vinculados con la reproducción humana.

Además, todo ello queda aparentemente amparado por el Derecho. Además, parece ser que encuentra cobijo bajo la sombrilla de la legalidad. Pero ¿realmente nuestro ordenamiento jurídico habilita estas prácticas en ese sentido? ¿En qué lugar dejan estos hechos al principio de no lucro? Según la regulación vigente en España, el principio de no lucro debe regir tanto la investigación como la aplicación de las TRHA, pero la práctica y las conductas de los participantes contradicen flagrantemente esta afirmación.

En mi opinión, cabe ofrecer una explicación a este interrogante en términos teóricos. En este trabajo no hay ocasión para desenvolver exhaustivamente los fundamentos teóricos con toda su amplitud conceptual y recorrido en la historia de las ideas. Por este motivo me centraré en exponer la explicación teórica a través de la literatura iusfilosófica mayormente aceptada. De ahí que, en lo siguiente, me limite a señalar dos cuestiones: 1) que la regulación estéril del principio de no lucro ya ha sido señalada por otros colegas, y por tanto que no es un hecho desconocido por nuestra doctrina; y 2) que cabe una explicación teórica a lo que sucede con este principio, pero que compromete su naturaleza de principio.

3.1. EL PRINCIPIO (Y EL FINAL) DEL NO LUCRO

Si echamos un vistazo rápido a la legislación, encontramos que el principio de no lucro aparece anunciado solemnemente en infinidad de normas. Así, por ejemplo, lo encontramos proclamado con diversas fórmulas (prohibición de lucro, gratuidad, altruismo...): en los artículos 21 y 22 del Convenio de Oviedo (Convenio sobre Derechos Humanos y Biomedicina); en los artículos 5 y 10

de la Ley 14/2006 española, de técnicas de reproducción asistida; o en el Preámbulo (II y IV) y en los artículos 3, 7, 29, 34, 42, 44 y 45 de la Ley 14/2007, de investigación biomédica.

Pol CUADROS AGUILERA (2018: cap. V) se ha preocupado en señalar la incoherencia y la falta de claridad del principio de no lucro que caracteriza al caso de la donación de sangre. Hay un buen número de actos que no quedan incluidos dentro del alcance de este principio, por ejemplo, los actos preparatorios a la obtención de hemoderivados y la posterior puesta en circulación de estos productos. Por así decir, se permite comprar derivados de la sangre y hacer circular sus diversos productos. En cambio, la donación de los particulares no puede, ni debe, regirse por el dinero.

Tras una lectura atenta a la investigación de este autor, el lector llega a la conclusión de que lo único que está prohibido, lo único que no permite el principio de no lucro, es el propio acto de donación de sangre. Un particular no puede lucrarse con su sangre. Todo lo demás queda extramuros del principio.

Mutatis mutandi, esta misma situación acontece en el ámbito de los mercados reproductivos. Es posible hacer circular ovocitos desde España hacia terceros países. Igualmente, es posible viajar a México o a EE. UU. para realizar un contrato de GS y pagar una cantidad determinada previamente pactada con la gestante, aunque la legislación española sea reacia a aceptar los efectos jurídicos de esta última práctica.

Ahora bien, es imposible hablar de compraventa de gametos, al menos en términos legales. Según la ley, un particular en ningún lleva a cabo una venta de sus gametos, sino que se le “compensa” por ese acto (art. 5 Ley 14/2006). Al no poder vender sus gametos, nos encontramos con que el precio viene fijado con antelación. Es una cifra innegociable establecida por la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida. De no ser así, los particulares, ambos tipos de donantes, podrían fijar el precio por la obtención de sus biomateriales y, en ese caso, cabría la posibilidad de lucrarse. No sería el altruismo lo que incentivase la donación, sino la posibilidad de lucrarse con las partes del cuerpo. Las cuestiones derivadas de esta posibilidad han sido abordadas a partir del denominado “enfoque propietario” del cuerpo humano y de las partes separadas del mismo¹⁴.

Claro que esta rigidez del principio de no lucro, delimitada en el acto de donación de los particulares, no se extiende a hechos como que desde España los bancos vendan ovocitos a otros países, que el intercambio de biomateriales por dinero se celebre entre clínicas privadas¹⁵, que se

¹⁴ Para una síntesis de esta discusión, *vid.* GARCÍA MANRIQUE, 2017: 53-54; ARROYO, 2017: 136-139; DOUGLAS, 2014: 24-26; GREASLEY, 2014: 54-55; FOSTER, 2014: 44-45; DEVANEY, 2014: 47-50; GOOLD, 2014: 4-5; ROSTILL, 2014: 17-18; GOOLD y QUIGLEY, 2014: 231-262.

¹⁵ Es posible consultar los datos de 2018 de estos ejemplos ofrecidos por la Sociedad Española de Fertilidad (SEF) <https://www.registrosef.com/index.aspx?ReturnUrl=%2f#Publico18>.

formen embriones cuyo precio irá incluido en el contrato de la GS en países que lo permiten (ÁLVAREZ PLAZA, RIVAS, JOCILES, 2019: 787-790) o que el embrión formado con espermatozoides y óvulo de donante supere ampliamente el precio que se paga por la obtención de esos gametos. Son solamente algunos ejemplos que no le sonarán extraños al lector.

Del mismo modo que con la sangre, el principio de no lucro consiste exactamente en una prohibición, la que impide al donante lucrarse. El resto de los actos, especialmente aquellos vinculados con los participantes que ostentan las posiciones de poder, quedan exentos de la exigencia del principio.

Ya hemos identificado donde empieza y termina el no lucro. Ahora expliquémoslo en términos de Teoría jurídica.

3.2. LA REGLA DEL NO LUCRO

Hemos visto que el principio de no lucro, en realidad, presenta un ámbito de validez material muy delimitado¹⁶. Esto es, el contenido que regula el principio de no lucro se concreta en una acción, a saber, el acto de donación de biomateriales humanos.

En el “Estudio Preliminar” de Luis RECASÉNS SICHES (1979: 39-40) al *Compendio de Teoría General del Estado* de KELSEN podemos encontrar una crítica a la relación entre validez e influencia de las normas, a lo que en otras palabras el autor austríaco definía como positividad. En esta relación validez-influencia se habla de un máximo y de un mínimo que puede haber entre el contenido de la norma y la conducta que puede realizarse. Por así decir, la positividad de la norma jurídica establece unas condiciones sobre lo legalmente permitido entre las que se conjuga la acción de los sujetos. Aquí es donde podemos anclar nuestra denuncia a lo que recibe la calificación de principio sin que realmente sea un principio jurídico.

En la práctica, los mercados reproductivos han reducido el principio de no lucro a una norma con un ámbito de validez material muy delimitado. Eso quiere decir que el principio que manda “prohibido lucrarse” [Phb L] queda sintetizado en un mandato específico, a saber, “prohibido que el donante se lucre” [Phb L, si D]. Encontramos que hay una discordancia entre el contenido de la norma, o principio, y la conducta realmente prohibida, la que realmente se realiza.

De ahí no cuesta mucho observar que la conducta que se lleva a cabo con base legal no es la característica de un principio.

¹⁶ En lo referente al ámbito de validez material de las normas jurídicas, *vid.* KELSEN, 2011: I.6.

Como es sabido, para Ronald DWORKIN (1989: 74-75) los principios se conciben como pautas no concluyentes. Esto es, los principios presentan deberes *prima facie* y una vez considerados todos los factores de aplicación de estos, establecidas las consecuencias jurídicas, pasan a ser definitivos. DWORKIN llama principio al estándar normativo que debe ser observado, en tanto que exigencia de justicia, de equidad o que incluya una dimensión de moralidad. En este sentido, el principio se diferencia de una regla, en el plano lógico, porque no “pretende siquiera establecer las condiciones que hacen necesaria su aplicación” (72).

En este sentido, los principios no tienen la pauta de conducta definida en su estructura. Y por esa razón el principio de no lucro nada dice, literalmente, acerca de la conducta efectiva en la que puede materializarse. De ahí que la noción de DWORKIN sea referida en la literatura iusfilosófica como pauta no concluyente, pues incluye una dimensión de peso dentro de un caso, aunque ya se verá su importancia, su relevancia, según ese peso relativo para la resolución del caso que se le plantea al juez.

La noción dworkiniana de principio es relevante acerca del principio de no lucro que ahora debatimos. Tendríamos que ver el peso relativo de este principio en alguna otra situación vinculada al acto de donación, por ejemplo, en el destino que se da a los biomateriales obtenidos. Sin embargo, nos hemos encontrado con una conducta concreta y definida que está prohibida.

Para Luis PRIETO SANCHÍS (2013: 83 y ss.) en caso de conflicto entre principios de rango constitucional, unos con otros, inicialmente no podríamos decantarnos por la prevalencia de alguno de ellos. Deberíamos discutir, ponderar, cuál es el que tiene mayor relevancia para resolver el caso, cuál pasaría a ser definitivo. En palabras similares a DWORKIN, deberíamos discernir cuál tiene mayor peso relativo en el caso para entonces establecer, entre los principios en conflicto, el que debe prevalecer como resolución. Ahora bien, nada de esto podemos observar en el principio de no lucro a tenor del contenido específico que hemos identificado.

Bien, de acuerdo, pensará el lector, pero podría ser que el principio de no lucro antes que ser pensado en términos de conflicto entre derechos constitucionales, como aparece descrito a propósito de los autores anteriores, más bien responda a una estructura normativa por la que se establece una determinada dimensión ideal de las cosas. Digamos que, desde esta perspectiva, en lugar de fijar una pauta no concluyente, el principio de no lucro establecería lo que debe ser, no lo que es; lo que debe intentar alcanzarse en la medida de lo posible. De ser así, estaríamos ante lo que Robert ALEXY (2007: 67-68) denominó “mandatos de optimización”. Este tipo de principios nos obligan a hacer lo necesario, lo que esté de nuestra mano, para llegar al estado ideal de cosas en la mayor medida de lo posible.

En este caso, el principio de no lucro nos obligaría a perseguirlo en cualquier ámbito, en fijarlo como objetivo. Sin embargo, hemos observado que su exigencia se concreta en una acción muy específica de la donación de gametos.

La anterior concepción nos asemeja el principio de no lucro a una suerte de directriz programática. En este caso, Manuel ATIENZA y Juan RUÍZ MANERO (1996: 6-18) han explicado que tanto los principios en sentido estricto, el primero de los sentidos que hemos mencionado, como las normas programáticas, o mandatos de optimización, son categorías diferentes empleadas a menudo bajo el paraguas “principio”. Lo interesante de la aportación de estos autores se da en que, pese a identificar las características de generalidad y de terminología vaga en ambas categorías, mientras que un principio, en sentido estricto, expresaría los valores superiores de un ordenamiento jurídico (sumergiéndonos en el razonamiento práctico de jaez moral, en concordancia con la tesis de Dworkin), las directrices se ordenan hacia la persecución de determinados fines. Creo que es relevante para nuestro trabajo la referencia a esta clasificación, al menos, por dos razones. En primer lugar, porque las categorías son excluyentes, y por tanto el manejo de una de ellas en el discurso práctico cerca el recurso a la otra en ese mismo contexto argumentativo. Y, en segundo lugar, porque el principio de no lucro no podemos vincularlo con alguna de estas concepciones indiferentemente del uso del término “principio” por el que hayamos optado. Aun así, es preferible mantener la coherencia terminológica de nuestro trabajo con la doctrina y afirmar que el principio de no lucro no puede incluirse dentro del concepto de principio en sentido estricto ni del de directriz o mandato de optimización.

Y si no es un principio, ¿qué es, jurídicamente, eso que se denomina “principio de no lucro”? Pues ateniendo al ámbito de validez material del precepto, estamos ante una regla. Esto es, ante un mandato concreto que designa una conducta particular y, por tanto, ante una norma en sentido prescriptivo¹⁷. Recordemos, la que prohíbe el lucro del donante. Por tanto, como principio es infértil por carecer de textura abierta y por no designar un mandato ideal o de optimización, pues nos hemos situado en el seno de una prescripción particular.

Para calificar de este modo al principio de no lucro hemos prestado atención a lo que sucede en la normativa vigente a la hora de ponerla en práctica. Partimos de un principio; practicamos una regla.

¹⁷ Para una diferencia entre norma en sentido prescriptivo y otros sentidos de la misma, véase VON WRIGHT, 1971: 26-27.

4. CONCLUSIONES

Hemos visto que, en la aplicación de las TRHA, el principio que prohíbe lucrarse ni es un principio ni prohíbe el lucro. En primer lugar, no se trata de un principio porque en lugar de una textura abierta o indicar una directriz, o regla ideal, el principio de no lucro se circunscribe a una conducta debida determinada en un solo supuesto, aquel por el cual el donante de algún biomaterial humano no puede lucrarse. Dado este ámbito de validez material tan restringido del (mal)llamado principio, desde la Teoría del Derecho es posible identificarlo como una norma en sentido prescriptivo, pues lo que no permite es un tipo de conducta en particular. En segundo lugar, tampoco es que se prohíba el lucro en la práctica, pues como hemos visto a través de las investigaciones antropológicas, una de las principales motivaciones para llevar a cabo la donación de biomateriales humanos consiste, precisamente, en la cuantía dineraria con la que se compensa este acto, sin contar el entramado industrial o el tejido de emprendedores que perfectamente se lucran llevando a cabo su actividad.

Además, los estudios de Antropología nos han permitido observar que los mercados reproductivos se asientan sobre cuatro pilares argumentales. Uno, las relaciones desiguales de poder, por el posicionamiento que imprime la capacidad económica. Dos, el dominio de la técnica, concentrado en unos actores que dominan los instrumentos necesarios que hacen posible la reproducción asistida. Tres, la simbología sobre la vida y la imagen humana con la que se acompaña a los biomateriales humanos o productos reproductivos. Y, cuatro, un discurso moral que trata de poner en valor virtudes, diríamos, humanas de los mercados reproductivos.

Gracias a ello hemos llegado a la conclusión de que este discurso se impone a fin de reforzar el propio mercado, sale al rescate de las carencias de valorar lo que envuelve a la reproducción humana asistida en términos económicos. Y al concluir de este modo hemos tenido que reformular una tesis de filosofía moral ampliamente aceptada por la academia.

La tendencia corrosiva del dinero degrada las prácticas en las que se inserta. Las actitudes y conductas que inspiran las cosas, los hábitos, los quehaceres, la aplicación de técnicas, se ven desplazadas en favor de lo económico. Si bien el argumento de la corrupción moral constituye la principal crítica que puede lanzarse a la compraventa de biomateriales humanos, no podemos obviar que representa el primer estadio de un fenómeno más amplio, que cuenta con un segundo momento, por el cual los mercados reproductivos retoman la retórica de los primeros valores para reforzar su posición de dominio. De este modo, si al primer paso lo denominamos comúnmente corrupción (de unos valores), al segundo nos hemos referido como la perversión (de esos valores).

5. BIBLIOGRAFÍA

ACEVEDO RODRÍGUEZ, Nidia (2017); *Titularidad y disposición de los materiales biológicos procedentes del cuerpo humano*, Dykinson, Madrid.

ALEXY, Robert (2007); *Teoría de los derechos fundamentales*, 2ª ed., trad. BERNAL PULIDO, C., Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.

ÁLVAREZ PLAZA, Consuelo (2006); *La búsqueda de la eterna fertilidad: tensión y construcciones culturales en el sistema de donación de la reproducción humana asistida* (tesis), Universidad Complutense de Madrid (UCM).

- (2008a); “La materia humana en un alambique: nuevos modos de engendrar y la asimetría de la donación de semen y óvulos”, en *Construyendo intersecciones: aproximaciones teóricas y aplicadas en las relaciones entre los ámbitos del parentesco y la atención a la salud en contexto intercultural*, Ankulegi, San Sebastián, pp. 65-81.

- (2008b); *La búsqueda de la eterna fertilidad: mercantilismo y altruismo en la donación de semen y óvulos*, Alcalá Grupo Editorial, Alcalá la Real.

- (2020); “Nacer por reproducción asistida: reflexiones desde la Antropología”, en *Símbolos en la ciudad, símbolos de la ciudad. Ensayos en Homenaje a María Cátedra*, Tirant lo Blanch, Valencia.

ÁLVAREZ PLAZA, Consuelo y PICHARDO GALÁN, J. Ignacio (2017); “Mercancía o don: bancos de semen y autonomía reproductiva”, *Revista de Antropología Iberoamericana*, vol. 12, n. 3, pp. 339-363.

- (2020); “Semen: el oro blanco de los mercados reproductivos”, en *Etnografía de los mercados reproductivos: actores, instituciones y legislaciones*, Tirant lo Blanch, Valencia.

ÁLVAREZ PLAZA, Consuelo, RIVAS, Ana M.^a y AYALA RUBIO, Ariadna (2020); “El fenómeno de los nuevos emprendedores en la industria reproductiva transfronteriza: entre la experiencia y la competencia”, en *Etnografía de los mercados reproductivos: actores, instituciones y legislaciones*, Tirant lo Blanch, Valencia.

ÁLVAREZ PLAZA, Consuelo, RIVAS, Ana M.^a y JOCILES, M.^a Isabel (2019); “Vínculos y contactos socioafectivos de las familias españolas con gestantes por sustitución de Estados Unidos, Canadá y



Ucrania”, en *Gestación Subrogada. Principales cuestiones civiles, penales, registrales y médicas. Su evolución y consideración (1988-2019)*, Dykinson, Madrid.

ARROYO AYUELAS, Esther (2017); “Entre propiedad y persona: disposición de partes y productos del cuerpo. Un análisis desde el Derecho Civil”, en *De la solidaridad al mercado. El cuerpo humano y el comercio biotecnológico*, FONTAMARA - Edicions de la Universitat de Barcelona, Barcelona.

ATIENZA, Manuel y RUIZ MANERO, Juan (1996); *Las piezas del Derecho*, Ariel, Barcelona.

CUADROS AGUILERA, Pol (2018); *La donación de sangre. Historia y crítica de su regulación*, Aranzadi, Pamplona.

DEVANEY, Sarah (2014); “Rewards and incentives for the provision of human tissue for research”, *Journal of Medical Ethics*, vol. 40, n. 1, pp. 48-50.

DOUGLAS, Simon (2014); “The argument for property rights in body parts: scarcity of resources”, *Journal of Medical Ethics*, vol. 40, n. 1, pp. 23-26.

DWORKIN, Ronald (1989); *Los derechos en serio*, trad. GUASTAVINO, M., ARIEL, Barcelona.

GARCÍA MANRIQUE, Ricardo (2017); “La propiedad sobre las partes separadas del cuerpo: un test para el enfoque propietario”, *Revista Bioética y Derecho*, n. 40, pp. 49-61.

- (2020); “Venta de órganos y desigualdad social”, *DOXA: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n. 42, pp. 309-332.

- (2021); *Se vende cuerpo. El debate sobre la venta de órganos*, HERDER, Barcelona.

GOOLD, Imogine (2014); “Why does it matter how we regulate the use of human body parts?”, *Journal of Medical Ethics*, vol. 40, n. 1, pp. 3-9.

GOOLD, Imogine y QUIGLEY, Muireann (2014); “Human biomaterials: The case for a property approach”, en *Persons, Parts and Property. How Should We Regulate Human Tissue in the 21st Century?*, HART Publishing, Oxford.

GREASLEY, Kate (2014); “A legal market in organs: the problem of exploitation”, *Journal of Medical Ethics*, vol. 40, n. 1, pp. 51-56.

FOSTER, Charles (2014); “Dignity and the use of body parts”, *Journal of Medical Ethics*, vol. 40, n. 1, pp. 44-47.

GUPTA, Jyotsana (2006); “Towards transnational feminism”, *European Journal of Women’s Studies*, vol. 13, n. 1, pp. 23-38.

IGAREDA, Noelia (2016); “La donación anónima de gametos para reproducción humana asistida en España: problemas y retos”, *Revista Bioética y Derecho*, núm. 38, pp. 71-86.

- (2018); “La gestación por sustitución: una oportunidad para repensar la filiación y la reproducción humana”, *Revista Bioética y Derecho*, n. 44, pp. 57-72.

- (2020); “La gestación por sustitución en el Reino Unido: una oportunidad para el debate de su regulación en España”, *Política y Sociedad*, n. 57, v. 3, pp. 887-901.

JOCILES, María Isabel (2020); ““Supongo que, si no lo hubiera tenido pasta, no lo hubiera hecho”: motivaciones para donar óvulos e ideología del altruismo”, en *Etnografía de los mercados reproductivos: actores, instituciones y legislaciones*, Tirant lo Blanch, Valencia.

KELSEN, Hans (2011); *Teoría pura del Derecho. Introducción a los problemas de la Ciencia Jurídica*, trad. ROBLES, G., Trotta, Madrid.

LAFUENTE FUNES, Sara (2017); *Bioeconomías reproductivas: los óvulos en la biología posfecundación in vitro* (tesis), Universidad Complutense de Madrid (UCM).

LIE, Merete (2012); “Reproductive images: the autonomous cell”, *Science as Culture*, v. 21, n. 4, pp. 475-496.

LIMA, Natacha-Salomé, ÁLVAREZ PLAZA, Consuelo y CUBILLOS VEGA, Carla (2019); “Donantes de ovocitos: análisis comparativo de dos muestras de Argentina y España sobre perfil de donantes, motivaciones y anonimato”, *Política y Sociedad*, vol. 56, n. 3, pp. 603-322.

MEDINA PLAZA, Raquel (2020); “El discurso de las gestantes por sustitución en relación con el derecho. Un análisis de conciencia jurídica”, en *Etnografía de los mercados reproductivos: actores, instituciones y legislaciones*, Tirant lo Blanch, Valencia.

MOLAS, Anna y WHITTAKER, Andrea (2022); “Beyond the making of altruism: branding and identity in egg donation websites in Spain”, *BioSocieties*, (<https://doi.org/10.1057/s41292-020-00218-0>).

MOHR, Sebastian y HOEYER, Klaus (2018); “The good sperm cell: ethnographic explorations of semen quality”, *Tecnoscienza: Italian Journal of Science & Technology Studies*, n. 2, pp. 9-28.

PRIETO SANCHÍS, Luis (2013); *El constitucionalismo de los derechos. Ensayos de filosofía jurídica*, Trotta, Madrid.

RADCLIFFE-BROWN, Alfred Reginald (1975); *El método de la Antropología Social*, trad. MANZANO, C., Anagrama, Barcelona.

RAPOSO, (2012); “Contrato de donación de gametos: ¿regalo de vida o venta de material genético?”, *Revista de Derecho y Genoma Humano*, n. 37, pp. 93-122.

RECASÉNS SICHES, Luis (1979); “Estudio preliminar”, en *Compendio de Teoría General del Estado*, prólogo de CALSAMIGLIA, A., trad. RECASÉNS SICHES, L. y DE AZCÁRATE FLORES, J., Blume, Barcelona.

RIVAS, Ana M.^a (2017); “Incentivos sociales/laborales a la vitrificación de óvulos: ¿mayor autonomía de las mujeres?”, *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, n. 35, pp. 291-306.

RIVAS, Ana M.^a y ÁLVAREZ PLAZA, Consuelo (2018); “Biotecnologías, mercados reproductivos y coproducción de parentesco”, *Revista de Antropología Social*, vol. 27, n. 2, pp. 215-219.

RIVAS, Ana M.^a, ÁLVAREZ PLAZA, Consuelo y JOCILES, María Isabel (2018); “La intervención de «terceros» en la producción de parentesco: perspectiva de los/as donantes, las familias y la descendencia. Un estado de la cuestión”, *Revista de Antropología Social*, vol. 27, n. 2, pp. 221-245.

RIVAS, Ana M.^a, LORES, Fernando y JOCILES, M.^a Isabel (2019); “El anonimato y el altruismo en la donación de gametos: la producción de biocapital en la industria reproductiva”, *Política y Sociedad*, vol. 56, n. 3, pp. 623-644.

ROSTILL, Luke David (2014); “The ownership that wasn’t meant to be: Yearworth and property rights in human tissue”, *Journal of Medical Ethics*, vol. 40, n. 1, pp. 14-18.

SANDEL, Michael J. (2012); *Lo que el dinero no puede comprar. Los límites morales de los mercados*, trad. CHAMORRO MIELKE, J., Debate, Barcelona.

SCHEPER-HUGHUES, Nancy (2005); “El comercio infame: capitalismo milenarista, valores humanos y justicia global en el tráfico de órganos”, *Revista de Antropología Social*, n. 14, pp. 195-236.

SMIETANA, Marcin, RUDRAPPA, Sharmila y WEIS, Christina (2021); “Moral frameworks of commercial surrogacy within the US, India and Russia”, *Sexual and Reproductive Health Matters*, vol. 29, n. 1, pp. 1-17.

TITMUSS, Richard M. (2018 [1970]). *The gift relationship: From human blood to social policy*, Policy Press, Bristol.

TOBER, Diane y PAVONE, Vincenzo (2018); “Las bioeconomías de la provisión de óvulos en Estados Unidos y en España: una comparación de los mercados médicos y las implicaciones en la atención a las donantes”, *Revista de Antropología Social*, vol. 27, n. 2, pp. 261-286.

VERTOMMEN, Sigrid y BARBAGALLO, Carmille (2021); “The in/visible wombs of the market: the dialectics of waged and unwaged reproductive labour in the global surrogacy industry”, *Review of International Political Economy* (DOI: [10.1080/09692290.2020.1866642](https://doi.org/10.1080/09692290.2020.1866642)), pp. 1-22.

VERTOMMEN, Sigrid, PAVONE, Vincenzo y NAHMAN, Michal (2021); “Global Fertility Chains: an integrative political Economy approach to understand the reproductive bioeconomy”, *Science, Technology & Human Values*, pp. 1-34, (<https://doi.org/10.1177/0162243921996460>).

VON WRIGHT, Georg Henrik (1971); *Norma y acción. Una investigación lógica*, trad. GARCÍA, P., Tecnos, Madrid.



WILKINSON, Stephen (2016); “Gamete donor motives, payment and child welfare”, en *Regulating Reproductive Donation*, Cambridge University Press, Cambridge.

Sobre o autor:

Marc-Abraham Puig Hernández

Doctor en Derecho por la Universidad de Barcelona (UB).

Profesor del área de Filosofía del Derecho. Departamento de Ciencia Política y Derecho Público. Área de Filosofía del Derecho. Universidad Autónoma de Barcelona (UAB)

Universitat Autònoma de Barcelona (UAB)

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-1960-9903>

E-mail: marcabraham.puig@uab.cat

