

---

# La maternidad de alquiler frente a la *summa divisio iuris* entre las personas y las cosas\*

*Surrogate Motherhood and Summa Divisio iuris  
bettwen persons and things*

Etienne MONTERO

Universidad de Namur (Bélgica)  
etienne.montero@unamur.be

RECIBIDO: 11/01/2015 // ACEPTADO: 19/05/2016

---

**Resumen:** La legalización de la gestación por subrogación está en la agenda política de muchos países europeos. Puede parecer difícil no admitirla en el ordenamiento jurídico, ya que se apoya en las técnicas de procreación humana asistida que, en bastantes países, han sido reconocidas y reguladas. Este trabajo se propone identificar los problemas específicos planteados por la maternidad de alquiler. Desde un enfoque principalmente jurídico, se cuestiona esta práctica tanto en lo que respecta a la madre portadora como respecto al niño por nacer. Se comprueba que, trastornando la *summa divisio iuris* entre las personas y las cosas, la gestación por subrogación conduce a la instrumentalización de la mujer y a la reificación del *nasciturus*.

**Palabras clave:** procreación asistida; maternidad de alquiler; gestación por subrogación; esterilidad.

**Abstract:** Legalizing gestational surrogacy is on the political agenda of many European countries. It may seem difficult not to admit this procedure into the law as it relies on the techniques of assisted human reproduction that, in most countries, have been recognized and regulated. This paper aims to identify the specific problems raised by surrogate motherhood. From a primarily legal approach, this practice is questioned both in regard to the surrogate mother and for the child to be born. It is found that, upsetting the *summa divisio iuris* between persons and things, gestational surrogacy leads to the instrumentalization of women and to the unborn child reification.

**Keywords:** assisted procreation; surrogate motherhood; gestational surrogacy; infertility.

Desde hace algunos años, asistimos a un amplio debate público sobre la maternidad de alquiler en Francia y Bélgica. En este último país, varias propuestas de ley presentadas en el Parlamento persiguen autorizar y regular su práctica. En Francia, una comisión del Senado ha publicado un informe sustancial sobre la misma cuestión, informe que ha suscitado una amplia discusión pública. No es descabellado pensar que este debate atravesará, antes o después, las fronteras del resto de los países europeos, como ya es el caso en España. El reconocimiento legal de la gestación por sustitución (GPS) parece, pues, formar parte de la agenda política de los países occidentales.

---

\* Texto basado en la Conferencia pronunciada en el acto de clausura del Master de Bioética de la Universidad de Navarra. Hemos conservado el estilo oral. Sin animo de exhaustividad y añadido algunas referencias bibliográficas.

La presión para autorizar y ofrecer un marco jurídico a la gestación por sustitución es cada vez más fuerte. ¿Por qué? Se invoca un argumento imponente: la *desigualdad ante la infertilidad*. En los países donde se admiten la mayor parte de las técnicas de reproducción asistida, las mujeres que padecen una patología uterina (ausencia o ablación del útero, malformaciones...) consideran injusto que no se les ofrezca ninguna solución para colmar su deseo de tener un hijo procedente de sus propios gametos, mientras que las mujeres que padecen patologías ováricas pueden recurrir a la donación de óvulos; los hombres infértiles, a la donación de esperma; y las parejas estériles, a la fecundación *in vitro*. También se alega la desigualdad entre las parejas lesbianas, que pueden dar a luz a un hijo (por inseminación artificial), y las parejas *gays*, que sólo podrían hacerlo recurriendo a la gestación por sustitución.

## I. DIFERENTES TIPOS DE CASOS

En la maternidad por encargo, una mujer acepta gestar y dar a luz a un niño para entregarlo después del nacimiento a otra mujer que se convertirá en su madre jurídica. El embarazo puede producirse por fecundación directa y natural, pero también utilizando la tecnología:

En un primer caso; por inseminación artificial con el esperma proveniente del varón de la pareja interesada; en ese caso, al final de la operación, el niño tendrá dos madres: una madre legal y otra madre que es a la vez genética y uterina. Cuando la madre portadora es también la madre genética del niño, se suele hablar de maternidad por sustitución de «baja tecnología» (*partial surrogacy*).

En un segundo caso; por fecundación *in vitro* a partir de los gametos de la pareja interesada; al final del proceso, el niño tendrá también dos madres: una madre legal, que es al mismo tiempo la madre genética, y una madre uterina. Cuando la madre portadora es tan sólo la gestante, se suele hablar de maternidad por sustitución de «alta tecnología» (*full surrogacy*).

La procreación asistida también puede realizarse a partir de los gametos de uno solo de los dos interesados, mediante la intervención de una tercera persona que suministre los ovocitos o los espermatozoides. En el caso de una donación de ovocitos, el niño tendría tres madres, una madre «genética», una madre «uterina» y una madre «legal». Su padre sería a la vez padre legal y padre genético. En el caso de una donación de espermatozoides, el niño tendría no sólo dos madres, sino también dos padres: uno genético y otro legal.

## II. SITUACIÓN LEGAL ACTUAL

En algunos países en los que la gestación por cuenta ajena no está reconocida legalmente, la práctica de la maternidad de alquiler es *tolerada*<sup>1</sup>. Sin embargo, el derecho de filiación constituye un obstáculo a su desarrollo: de hecho, la madre portadora debe abandonar al niño recién nacido y la pareja interesada debe recurrir a un proceso de adopción.

La mujer que da a luz a un niño es siempre considerada, a los ojos del derecho, como su madre, aunque el niño no sea el fruto de sus propios gametos. Como reza el adagio: *mater semper certa est*. El niño sólo podrá ser inscrito en el registro civil con el apellido de la madre «uterina», bajo pena de sanciones penales<sup>2</sup>. En cuanto a la filiación paterna, ésta depende del estado civil de la madre portadora. Si no está casada, el hombre de la pareja peticionaria puede reconocer el niño (si está casado, con el acuerdo de su esposa o informándola, según las legislaciones); la esposa podrá a su vez adoptarlo (si la madre portadora accede). La pareja peticionaria también tiene la posibilidad de solicitar una adopción conjunta. Si la madre portadora está casada, su marido será considerado como el padre del niño: en efecto, existe una presunción de paternidad del marido de la mujer que da a luz: *pater is est quem nuptiae demonstrant*<sup>3</sup>. Esta presunción puede ser impugnada generalmente por la madre, el hijo, el supuesto padre y la persona que reivindica la paternidad del niño.

Estas reglas de filiación obligan a la madre portadora a *abandonar* el niño. Después, la pareja interesada podrá iniciar los procedimientos de adopción del niño abandonado: esta vía jurídica es la única manera de transferir la autoridad parental a la pareja peticionaria. En la situación actual, no podemos sino constatar que la práctica de las madres de alquiler pervierte la institución

---

<sup>1</sup> Es el caso, por ejemplo, en Bélgica, Irlanda y Holanda. En Francia, esta práctica es ilícita: los contratos de maternidad de alquiler son declarados nulos (art. 16-7 del Código civil) y están previstas penas de encarcelamiento y multas para los intermediarios (arts. 227-12 y 227-13 del Código penal). En otros países de Europa, la práctica de la gestación por subrogación está también prohibida por textos específicos: España (art. 10 de la ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción asistida), Italia, Portugal, Alemania, Austria y otros. En cambio, está autorizada y regulada en Inglaterra y Grecia. En los Estados Unidos, la situación difiere según los Estados. Para más precisiones y referencias, *vid.* G. WILLEMS y J. SOSSON, «Légiférer en matière de gestation pour autrui: quelques repères de droit comparé et de droit international», en G. SCHAMPS y J. SOSSON (ed.), *La gestation pour autrui: vers un encadrement?*, Bruylant, Bruxelles, 2013, 239-283.

<sup>2</sup> *Vid.*, por ejemplo, el artículo 363 del Código penal belga y el artículo 227-13 del Código penal francés.

<sup>3</sup> En derecho belga y para más matices, *vid.* los artículos 315 y siguientes del Código civil.

de la adopción<sup>4</sup>. La adopción busca a arreglar lo mejor posible una situación *de hecho* desafortunada, permitiendo «dar una familia a un niño» huérfano o abandonado, mientras que en este caso la adopción busca «dar un niño a una familia», creando voluntariamente la situación de abandono. No se trata ya de una medida de protección a favor de un niño, sino de una «ayuda a la procreación»<sup>5</sup>.

### III. ¿DEBEMOS LEGALIZAR LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN?

Las técnicas de procreación humana asistida permiten una triple disociación, ya respaldada por la ley.

1º Toda procreación artificial implica una disociación entre la procreación y el ejercicio de la sexualidad (en contra de la unidad de la persona): ya no es mediante el encuentro carnal, es decir en su cuerpo y por su cuerpo, que el hombre y la mujer se convierten el uno al otro en padre y madre. El niño concebido *in vitro* o por inseminación artificial no es el fruto del acto conyugal, sino que viene al mundo gracias a una serie de actos técnicos, *objetivamente* disociados de la expresión (humana) del amor y – casi siempre – por medio de la intervención de un tercero (equipo médico).

2º Las técnicas de fecundación *in vitro* permiten disociar la procreación de la gestación y, por tanto, la maternidad legal (y, en su caso, genética) de la maternidad uterina (en contra de la unidad de la maternidad). Este desdoblamiento de la maternidad se opera ya en el marco de la procreación artificial con donación de ovocitos. Sin embargo, la práctica de la maternidad por subrogación, en la medida en que implica la «participación carnal» de una mujer en el «proyecto parental» de terceros, se distingue fundamentalmente de las otras formas de procreación asistida. Es interesante observar que, hace algunos años, para argumentar a favor de la procreación asistida con donación de ovocitos se subrayaba la primacía del vínculo «gestacional» y afectivo sobre el genético (la madre, se decía, es en primer lugar la que ha gestado y ha dado a luz al niño). Hoy, en cambio, para hacer aceptable la práctica de la maternidad de alquiler, se tiende, por el contrario, a minimizar la importancia del embarazo y del alumbramiento, privilegiando los vínculos genéticos («es mi hijo por-

<sup>4</sup> Sin embargo, la jurisprudencia belga es ampliamente favorable a la adopción en este supuesto.

<sup>5</sup> A. CADORET, «Peut-on rapprocher la gestation pour autrui de l'adoption?», *Recherches sociologiques et anthropologiques* (41-2, 2010), 9 de febrero de 2011, <<http://rsa.revues.org/241>>, 5-23, aquí 20.

que procede de mis células germinales»<sup>6</sup>. Al respecto, el pedopsiquiatra Luc Roegiers insiste en la diferencia simbólica en lo que atañe a la «deuda de vida» para el niño en los dos casos: «un don de gametos (...) no lleva a una deuda de vida considerable. Una gestación supone un compromiso de un grado muy diferente. La mujer pone en juego su cuerpo, pero también sus emociones y la posibilidad de un ‘apego’. Este ‘planteamiento materno’ no puede más que perturbar al niño y activar una deuda de vida significativa»<sup>7</sup>.

3º Por último, ciertas prácticas diluyen el vínculo entre la procreación y la institución del matrimonio. En efecto, la procreación artificial heteróloga, es decir con un donante de gametos distinto de la pareja interesada, atenta contra la unidad del matrimonio en el caso en el que o bien el donante o bien la pareja esté casado. Además, debe hacerse notar que, si está casada, la madre portadora se verá sin duda obligada a respetar una cláusula de abstinencia sexual durante el periodo de inseminación o de implantación del embrión concebido *in vitro*, lo que parece incompatible con las obligaciones del matrimonio y cuestionable, además, en cuanto a los principios relativos al respeto de la vida privada.

Dado que la práctica de la maternidad de alquiler se apoya en la procreación humana asistida (inseminación artificial o fecundación *in vitro*) y que este procedimiento ya ha sido reconocido y regulado, a primera vista puede parecer difícil no admitir hoy también en nuestro sistema jurídico la gestación por sustitución.

Mi propósito ahora consiste en señalar los problemas específicos planteados por la maternidad de alquiler, así como constatar si se funda en una discriminación injusta respecto a las mujeres con una patología uterina (o a las parejas homosexuales masculinas), o si se trata de una situación objetivamente diferente, a la que correspondería un tratamiento jurídico distinto.

#### IV. PROBLEMAS ESPECÍFICOS PLANTEADOS POR LA GPS

Tomemos como punto de partida un principio comúnmente aceptado por personas de todas las tendencias filosóficas. Se trata del principio de la dignidad de la persona humana, que funda la posición específica del hombre en el

<sup>6</sup> Cfr. P. D'ORNELLAS, *Bioéthique. Propos pour un dialogue*, Lethielleux, Paris, 2009, 103.

<sup>7</sup> L. ROEGIERS, «Gestation pour autrui: essai sur le point de vue de l'enfant», en G. SCHAMPS y J. SOSSON (ed.), *La gestation pour autrui: vers un encadrement?*, Bruylant, Bruxelles, 2013, 47-53, aquí 50.

mundo natural y lo constituye en sujeto de derechos. En este contexto, Kant ha destacado la diferencia fundamental entre la noción de dignidad («valor intrínseco»), propia de las personas, y la noción de precio («valor relativo») que caracteriza a las cosas<sup>8</sup>. En un plano ético, el respeto de la dignidad de la persona es contrario a toda forma de utilización o de instrumentalización: cada persona es un fin en sí misma y debe ser tratada como tal, y nunca solamente como medio o instrumento al servicio de las necesidades o deseos de otros.

Desde la antigüedad romana, la distinción entre personas y cosas está en el corazón de nuestro sistema jurídico<sup>9</sup>. Esta distinción es el «fundamento principal de nuestra civilización»<sup>10</sup> y la *summa divisio* del derecho: de un lado están las personas, sujetos de derecho; de otro lado, las cosas, objetos de derechos<sup>11</sup>.

Nuestro humanismo jurídico, en sintonía con una larga tradición filosófica, continúa en principio bien anclado en esta distinción fundamental, aunque un poco más traqueteada cada día en la práctica: varias aplicaciones biomédicas parecen inducir una instrumentalización, incluso una cosificación, de los sujetos implicados y por consiguiente una peligrosa difuminación de la diferencia entre las personas y las cosas<sup>12</sup>. Renunciar a esta distinción radical entre las cosas (apropiables, disponibles, objetos de derecho) y las personas (inapropiables, indisponibles, sujetos de derecho) equivale a permitir que las personas sean tratadas como cosas, lo que podría considerarse como una desgraciada regresión.

Veamos esto más de cerca en el caso de la gestación por sustitución, que desde distintos puntos de vista parece contraria a la dignidad humana y enturbia gravemente la diferencia fundamental entre las personas y las cosas.

#### IV.1. *En lo que respecta a la madre portadora*

Aunque la madre portadora preste sus servicios de forma voluntaria, con generosidad y desinteresadamente, se encuentra *objetivamente* reducida a des-

---

<sup>8</sup> E. KANT, *Fondements de la métaphysique des mœurs*, dans *Œuvres philosophiques*, Bibliothèque de la Pléiade, vol. II, Gallimard, Paris, 1985, 301-302. Citamos por la versión francesa dirigida por F. Alquié.

<sup>9</sup> Nótese que los esclavos eran considerados como *res* (cosas), y no como personas.

<sup>10</sup> Ph. MALAURIE, *Droit civil. Les personnes*, 4ª éd., Cujas, Paris, 1999, 22.

<sup>11</sup> Para una presentación minuciosa de la tradicional *summa divisio* del derecho, *vid.* la primera parte de la tesis doctoral de R. ANDORNO, *La distinction juridique entre les personnes et les choses à l'épreuve des procréations artificielles*, L.G.D.J., Paris, 1996, 13-103, y las referencias históricas, filosóficas y jurídicas.

<sup>12</sup> Cfr. *ibid.*, *passim*.

empeñar un papel puramente instrumental. Está condenada a considerar su embarazo desde una perspectiva puramente funcional y no como un acontecimiento que concierne todo su ser. Tiene proscrita la formación de todo vínculo sentimental con el niño que porta en ella. Dicho de otra forma, la madre portadora pone a disposición de la pareja interesada sus funciones reproductivas, pero esta fuerte implicación corporal no se traduce en un empeño de todo su ser: la madre uterina debe vivir su embarazo en la indiferencia, en la perspectiva del abandono, con el pensamiento de que *no es su hijo*. De ahí la ruptura de la unidad substancial de la persona que, en una antropología humanista, es indivisiblemente cuerpo y espíritu. La madre portadora debe vivir su embarazo, *volens nolens*, como una experiencia extraña a ella misma, con la conciencia de no ser más que un instrumento al servicio de la pareja peticionaria. Me parece que existe una incompatibilidad entre la dignidad humana y el papel puramente instrumental dado al cuerpo de la madre portadora.

¿Podemos afirmar que la situación expuesta es, al fin y al cabo, análoga a todas aquellas en las que una mujer (o un hombre) se compromete, a cambio de una remuneración, a cumplir un trabajo arduo, en beneficio de un tercero? Efectivamente, no podemos excluir la posibilidad de que ciertas condiciones de trabajo puedan ser degradantes y, por tanto, contrarias a la dignidad humana. Para evitarlo, nuestros legisladores han adoptado una rigurosa legislación laboral. En consecuencia, cuando un sujeto pone a disposición de otro su capacidad de trabajo, lo hace, en principio, *en tanto que persona*.

El compromiso de la madre portadora es de un orden totalmente distinto. El contrato tiene por objeto «poner a disposición» su útero, a cambio de una «indemnización», lo que parece contradecir el principio de indisponibilidad del cuerpo humano. Poniendo su capacidad de gestación – uno de los atributos más íntimos de su *ser*, que la distingue en cuanto mujer – al servicio de la pareja peticionaria, la madre portadora parece *disponer* de ella misma. Además, al disponer de su estado de madre –que pertenece al *orden ontológico*– mediante la entrega del niño que ella ha traído al mundo, ¿no renuncia igualmente a lo que ella *es*? Renunciando a ser madre –lo que ella es–, ¿no se niega, de alguna manera, en cuanto persona? Puede pensarse así, empezando por el caso en el que ella *es* únicamente la madre gestante (o uterina) del niño (hipótesis de la fecundación *in vitro*) y, con mayor razón aun cuando *es* además la madre genética (hipótesis de la inseminación). Con otras palabras, los contratos de maternidad de alquiler tienen por *objeto*, por una parte, las funciones reproductivas de la mujer portadora y, por otra parte, su cualidad de madre, o sea elementos que pertenecen al propio ser de una persona. Por eso están «fuera

del comercio», como el cuerpo humano en su conjunto, porque pertenecen al ámbito de la persona y no al de las cosas. Declarar válidos los contratos de madre portadora supondría, indirectamente, considerar al ser humano como una *cosa*, puesto que «sólo las cosas que están en el comercio pueden ser objeto de contrato» (art. 1128 del código civil francés o belga; art. 1271 del código civil español). No es vano precisar que los bienes «fuera del comercio» no sólo no pueden ser objeto de intercambios comerciales: están además fuera de todo «comercio jurídico», es decir que no pueden ser objeto de ningún contrato, ni siquiera a título gratuito. Tales bienes son literalmente *indisponibles*: «la voluntad humana no puede adueñarse de los elementos constitutivos del ser de las personas»<sup>13</sup>. Tal es el sentido exacto – y el interés capital – del principio de indisponibilidad del cuerpo humano.

En definitiva, la madre portadora se empeña en una operación que raya en la alienación – del latín *alienus*, extraño a sí mismo – y no es comparable a ninguna otra prestación de trabajo. Además, con la legalización de la GPS, corremos el riesgo de llegar a la explotación de ciertas mujeres desfavorecidas, desprotegidas y fácilmente influenciables. Es verdad que se prevé que la gestación por sustitución no podrá ser remunerada. Pero ¿cómo controlar esta prescripción y evitar los acuerdos privados entre individuos?

En conclusión, la gestación por sustitución atenta contra la dignidad de la madre portadora y parece contraria a su interés.

#### IV.2. *En lo que respecta al niño por nacer*

Después del nacimiento, la madre portadora se compromete a entregar el recién nacido a la pareja peticionaria. Lo que implica una cosificación del niño, tratado, no como sujeto de derechos, sino como ‘objeto’ de un derecho; no como una persona sino como una ‘cosa’ debida en virtud de un contrato. La operación atenta gravemente contra su dignidad, porque consiste en *disponer* de una *persona*, el niño por nacer. Por este motivo también, el contrato de ma-

---

<sup>13</sup> A. SÉRIAUX, nota sub Cass. fr. (1<sup>re</sup> ch. civ.), 13 de diciembre de 1989, *J.C.P.*, 1990, 21526, n<sup>o</sup> 8. La condenación jurídica de la gestación por sustitución ha sido confirmada por la asamblea plenaria del Tribunal Supremo (Cass. fr., as. plen., 31 de mayo de 1991, *Journal des Tribunaux*, 1991, 767, y nota de X. DIJON y J.-P. MASSON. Esta jurisprudencia ha sido confirmada ulteriormente: Cass. fr., 9 de diciembre de 2003, *Dalloz*, 2004, 1998, y nota de POISSON-DROCOURT; Cass. fr., 17 de diciembre de 2008, *Dalloz*, 2009, 166, con nota de V. EGÉA y 340, nota de L. BRUNET.



dre portadora resulta ilícito (art. 1128 del código civil francés o belga; artículo 1271 del código civil español). Y aún hay más. Como ha estimado el Tribunal Supremo de Francia,

«los acuerdos de madre portadora infringen el principio de orden público de la indisponibilidad del estado de las personas en cuanto su objetivo es hacer venir al mundo un niño cuyo estado no corresponderá con su filiación *real*, por medio de una renuncia y de una cesión, igualmente prohibidas, de los derechos reconocidos por la ley a la futura madre»<sup>14</sup>.

Vale la pena destacar que a los ojos de los magistrados de este Tribunal, el principio de indisponibilidad no se aplica al estado *legal* (¿Acaso la adopción no permite conferir a un niño abandonado otro estado civil?), sino al estado *natural* del niño. Aquí se trata de un acto jurídico privado de *disposición* del *estado real* de un niño... y de su madre. Se entiende que el principio de indisponibilidad del estado de las personas es una pieza fundamental del orden social. ¿Qué ocurriría en una sociedad en la cual los vínculos de filiación y de paternidad estuvieran sometidos a la omnipotencia de las voluntades individuales? Aprobando la práctica de las madres portadoras, el legislador daría en ese sentido una señal devastadora, puesto que padres y madres estarían autorizados a abandonar a su progenitura, a abdicar de su cualidad de padre o de madre y a deshacerse de sus responsabilidades paternas. Hagamos hincapié, a este respecto, en que los contratos de madres portadoras difieren fundamentalmente de la adopción. Ciertamente, al término del procedimiento de adopción, unas personas que no son los verdaderos progenitores del niño se convertirán oficialmente en su padre y madre. Sin embargo, la adopción no puede considerarse como un *acto de disposición* del estado del niño, puesto que se excluye que los padres biológicos *se pongan de acuerdo* con los padres adoptivos para modificar legalmente el vínculo de filiación. La adopción debe ser pronunciada por un tribunal y en ningún caso puede ser la consecuencia de un acto jurídico privado, es decir del simple acuerdo de dos voluntades<sup>15</sup>. Conviene insistir en el hecho de que, en la vida real, la adopción interviene como un mal menor, buscando el interés de un niño abandonado o huérfano – para resolver lo mejor posible una situación desafortunada no querida en cuanto

<sup>14</sup> Cass. fr. (1<sup>re</sup> ch. civ.), 13 de diciembre de 1989, citado.

<sup>15</sup> *Vid.*, aquí también, las observaciones esclarecedoras de A. SÉRIAUX, nota sub Cass. fr. (1<sup>re</sup> ch. civ.), 13 de diciembre de 1989, *op. cit.*, n° 15.

tal –, lo que no ocurre en la gestación por sustitución, donde el abandono está programado. Ahí se da una diferencia antropológica incontestable.

Por otro lado, ¿qué pasa si el niño, objeto del contrato, no satisface a los padres intencionales? (por ejemplo si sufre una minusvalía). Para solucionar esta contingencia, diversas propuestas de ley, en distintos países, consideran la posibilidad de otorgar a la madre portadora una cláusula de ruptura del contrato, pudiendo ejercer su «derecho al aborto» en todo momento. En sentido contrario, la madre portadora ¿podrá ser obligada a recurrir a la interrupción del embarazo en el caso en el que se detectasen malformaciones (pensemos por ejemplo en el síndrome de Down)? Podemos imaginar las presiones a las que la madre portadora se verá sometida en esta situación.

La gestación por sustitución se salta a la torera la importancia – cada día mejor documentada<sup>16</sup>– de la relación intra-uterina que se crea entre la madre y el niño durante el embarazo. Borra el vínculo entre el embarazo, el alumbramiento y la maternidad. En la actualidad, nadie parece contestar la existencia de intercambios intra-uterinos entre la mujer embarazada y el embrión<sup>17</sup>. Durante la gestación, el niño desarrolla siempre una relación simbiótica con la mujer que lo lleva en su seno: el embrión «detecta una multitud de sustancias en el líquido amniótico y se impregna de este universo olfativo y gustativo que reencontrará después del nacimiento en la leche materna»<sup>18</sup>; se acostumbra al cuerpo de su madre, a su olor, a su voz, a la voz de su padre y de sus hermanos y hermanas y las memoriza de forma sorprendente. Todo esto prepara el vínculo con su familia después del nacimiento. *In utero* «también siente los estados emocionales de su madre gracias a las ondas sonoras que interpreta con mucha precisión. ¿Cómo podemos imaginar la programación voluntaria de la ruptura de este proceso de vinculación en el momento del nacimiento?»<sup>19</sup>. La «ges-

<sup>16</sup> Al respecto, *vid.* por ejemplo B. BAYLE, *L'embryon sur le divan. Psychopathologie de la conception humaine*, Masson, Paris, 2003, y los numerosos trabajos clínicos referidos; M. BYDLOWSKI, *Je rêve un enfant. L'expérience intérieure de la maternité*, Odile Jacob, Paris, 2000; J. BOWLBY, *A secure base. Parent-Child Attachment and Healthy Human Development*, Basic Books, New York, 1988.

<sup>17</sup> Cfr. Rapport d'information fait au nom de la Commission des Affaires sociales et de la Commission des Lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale par le groupe de travail sur la maternité pour autrui (Francia), por M. ANDRÉ, A. MILON y H. RICHEMONT, Senado, ses. ord. 2007-2008, n° 421, Anexo al Acta de la sesión de 25 de junio de 2008, 60.

<sup>18</sup> P.-O. ARDUIN, «Les partisans des mères porteuses ne désarment pas», 28-11.2008. <<http://www.libertepolitique.com/respect-de-la-vie/4946-les-partisans-des-meres-porteuses-ne-desarment-pas>>.

<sup>19</sup> *Ibidem*.

tación y el nacimiento», escribe Xavier Lacroix, dan lugar a «una interacción muy sutil entre el cuerpo de la mujer y el del niño [que] siente las emociones de su madre e incluso es sensible a sus sueños. A la inversa, en la mujer existe todo un proceso que llamamos ‘apego’: es estremecedor pensar en un embarazo vivido en la indiferencia»<sup>20</sup>.

Con la aceptación de la gestación por sustitución, todo sucede como si la gestación *in útero* no formara parte integrante de la maternidad. Después del nacimiento, el niño corre el riesgo de sentir naturalmente como un abandono la ausencia de esta mujer que lo llevó en sí durante nueve meses. Corre el riesgo de buscar, en vano, las referencias sensoriales a las que se había acostumbrado, lo que puede marcarlo negativamente. Aunque para la madre fuera posible no apearse al niño, para éste, en cambio, es completamente imposible. Privar al niño del valor relacional del embarazo y del alumbramiento constituye una discriminación real y parece contrario a los derechos fundamentales de todo ser humano. Grande es el riesgo de que el niño venga al mundo con un traumatismo que ningún psiquiatra podrá remediar. Se pide a la madre portadora no apearse al niño durante el embarazo, para así poder desprenderse de él inmediatamente después del alumbramiento. Muchos psicólogos piensan que la relación intra-uterina entre la mujer y el niño – negada por la gestación por sustitución – es esencial para el desarrollo y el equilibrio del niño, adolescente y más tarde joven adulto.

Podemos añadir la cuestión del oscurecimiento de la percepción que el niño tendrá de su propia filiación. Cuando el niño llegue al uso de razón, existe un gran riesgo de que se encuentre dividido ante la pluralidad de figuras maternas que se le presentan. ¿No se preguntará, con razón, quién es, en definitiva, su verdadera madre: la mujer que lo llevó durante nueve meses y lo trajo al mundo o la mujer de la pareja peticionaria, que se convirtió jurídicamente en su madre? ¿Podrá superar el inevitable conflicto interior sin efectos fatales en la construcción de su personalidad? ¿Cómo experimentará el hecho de haber sido abandonado por la mujer que lo llevó en su seno y lo trajo al mundo? Sabiendo, además, que a diferencia de los demás niños abandonados, ni siquiera podrá pensar que su «madre gestante» lo entregó a sus padres de adopción por amor, para asegurarle un porvenir mejor... He ahí un recurso psíquico que no podrá ponerse en juego<sup>21</sup>. ¿Y cómo experimentarán los hijos

<sup>20</sup> *La Croix*, 26 juin 2008.

<sup>21</sup> A ese respecto, *vid.* las reflexiones de los paidopsiquiatras M. SZEJER y M. RUFO, en el *Rapport d'information*, cit., 62-63.

de la madre portadora el abandono de este niño que ellos podían considerar legítimamente como su hermano pequeño o hermana pequeña? Además, la gestación por sustitución contiene el germen de diversos conflictos entre las dos «madres» que participan en la operación: es posible que ninguna acepte finalmente al niño o, al contrario, que se lo disputen entre ellas, si la madre portadora no quiere entregarlo a la pareja peticionaria.

Se pueden plantear aún otras cuestiones. ¿Cuál será la responsabilidad de la madre portadora si cae enferma o adopta un comportamiento irresponsable (alcohol, droga, tabaco...) durante el embarazo? ¿Qué pasará en caso de separación o divorcio durante el embarazo? ¿Qué hacer en caso de defunción de los padres «peticionarios» antes del nacimiento?

Por fin, la legalización de la gestación por sustitución parece constituir un paso suplementario hacia la consagración de un *derecho al niño*, lo que equivale a cosificar al niño, a transformarlo en un simple objeto al cual todo el mundo tendría derecho, protegido por el Estado y destinado a satisfacer los deseos de los adultos. En definitiva, la gestación por sustitución parece contraria a la dignidad y al interés del niño.

## V. CONCLUSIÓN

Es difícil permanecer insensible ante el desamparo de las parejas que no pueden tener hijos. No podemos ignorar, concretamente, el sufrimiento de las mujeres afectadas por una patología uterina. Sin embargo, su deseo de tener hijos, por comprensible y respetable que sea, no puede justificar el reconocimiento legal de la práctica de las madres de alquiler. Estamos ante un debate social en el cual deben ponderarse todos los elementos. Ahora bien, lo que aquí está en juego no es sólo un deseo de tener hijos, que nos gustaría satisfacer, sino también el valor social de la maternidad, las bases del derecho de filiación y la concepción de la familia, la dignidad de la mujer que se ofrece para gestar un niño que no podrá ser suyo y, por último, el interés – los derechos fundamentales, incluso – del niño por nacer. Como ahí se ve, al reconocimiento legal de la gestación por sustitución se oponen razones importantes de orden antropológico, ético, jurídico, y sociopolítico.

Por ello, resulta obligado admitir que el remedio propuesto crea riesgos e inconvenientes desproporcionados en relación con las ventajas ofrecidas. Contrariamente a la figura de la adopción, la gestación por sustitución no trata de resolver lo mejor posible la situación de un niño huérfano, sino que crea esta situación para satisfacer el interés de una pareja sin hijos.

La práctica de la maternidad de alquiler contradice de forma grave la esencia de la maternidad, que es *indivisible e intransmisible*. Amputa la maternidad del embarazo como si éste no fuera parte integrante de aquella. Al hacer esto, ignora los vínculos – de una sutileza extrema – que se entretajan entre la mujer y el niño durante el periodo intra-uterino.

La operación pasa por el abandono del niño después del nacimiento, con los perjuicios de identidad que corre el peligro de provocar. Atropella los fundamentos mismos y la coherencia del derecho de filiación. En efecto, un reconocimiento legal de la gestación por sustitución supone en primer lugar: poner en tela de juicio el venerable principio *mater semper certa est* (la inscripción en el Registro civil del nombre de la mujer que ha dado a luz basta para establecer la maternidad): ¿queremos, por algunos casos aislados, violentar ese principio fundamental que garantiza al niño la evidencia de su filiación?

Implica también reconocer como un derecho el abandono del niño al nacer y autorizar a la madre a deshacerse de sus deberes y responsabilidades hacia su progenitura; así como dar un paso hacia la contractualización de la filiación y, en consecuencia, tratar al ser humano como una cosa.

Por último, supone tolerar una filiación fragmentada puesto que, en las hipótesis extremas, el niño podría tener hasta cinco progenitores: una madre biológica, un padre biológico, una madre gestante, una madre legal, y un padre legal.

Ciertamente, la verdad biológica no agota toda la simbología de las relaciones de filiación: en cuanto vínculo de parentesco que une las generaciones, la filiación se apoya sobre aspectos no solamente biológicos sino también psíquicos y jurídicos. Sin embargo, no es menos cierto que todos estos aspectos de la filiación –también el biológico– son esenciales, en el plano individual, para la construcción del niño y, en el plano colectivo, para la institucionalización de referencias generacionales<sup>22</sup>. Sirva para decir si conviene mirar más allá de la demanda (muy) particular de gestación por sustitución.

La gestación por sustitución hace correr a la madre portadora (y a sus familiares) riesgos psicológicos importantes que se añaden a los riesgos médicos inherentes a todo embarazo. Conduce a la instrumentalización de la madre portadora, *objetivamente* reducida a desempeñar un papel puramente funcional, y a la cosificación del niño.

---

<sup>22</sup> Cfr. Th. HERMANGE, «La gestation pour autrui: malaise dans la civilisation», Contribución anexa al informe citado, 95 ss.

El sufrimiento de las parejas estériles merece respeto y compasión. Sufrimiento que debe ciertamente ser escuchado y comprendido por la sociedad. Lo que es menos evidente es que todos los sufrimientos deban ser tratados sobre el terreno de la medicina. No podemos responder al deseo de tener hijos en detrimento de los derechos del niño, de la dignidad de la mujer, de un oscurecimiento de las reglas de filiación y, en definitiva, de un trastorno profundo de coordenadas antropológicas y jurídicas fundamentales.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS<sup>23</sup>

- ACADÉMIE NATIONALE DE MÉDECINE (Francia), *La gestation pour autrui*, Informe hecho en nombre de un grupo de trabajo, por HENRION, R. y BERGOIGNAN-ESPER, C., 10 de marzo de 2009, con una amplia bibliografía.
- CENTER FOR AMERICAN PROGRESS, *Futures Choices – Assisted Reproductive Technologies and the Law*, por ARONS, J., diciembre de 2007.
- COMITÉ CONSULTATIF DE BIOÉTHIQUE (Bélgica), *Avis n° 30 du 5 juillet 2004 relatif à la gestation pour autrui*, <<http://www.health.belgium.be/fr/avis-ndeg-30-la-gestation-pour-autrui>>.
- ANDRÉ, M.; MILON, A. y RICHEMONT, H., *Rapport d'information sur la maternité pour autrui* (Francia), Senado, sesión ordinaria 2007-2008, n° 421, Anexo al acta de la reunión del 25 de junio de 2008.

\* \* \*

- ANDORNO, R., *La distinction juridique entre les personnes et les choses à l'épreuve des procréations artificielles*, L.G.D.J., Paris, 1996 (especialmente las pp. 259-286 dedicadas a la maternidad de alquiler).
- CADORET, A., «Peut-on rapprocher la gestation pour autrui de l'adoption?», *Recherches sociologiques et anthropologiques* (41-2, 2010), 9 de febrero de 2011, <<http://rsa.revues.org/241>>, pp. 5-23.
- SCHAMPS, G. y SOSSON, J. (ed.), *La gestation pour autrui: vers un encadrement?*, Bruylant, Bruxelles, 2013, 458 pp.

<sup>23</sup> La bibliografía sobre el tema es abundante (también en la doctrina jurídica española). Sólo mencionamos algunas referencias que nos han resultado útiles.

No se incluye toda la bibliografía citada, solo la específica sobre el tema.