

## HIJ@S DEL MERCADO. LA MATERNIDAD SUBROGADA EN UN ESTADO SOCIAL

M.<sup>a</sup> Luisa Balaguer  
Cátedra, Madrid, 2017, 220 páginas

LAURA NUÑO GÓMEZ  
*Profesora Titular de Derecho Constitucional*  
*Universidad Rey Juan Carlos*

La última monografía de M.<sup>a</sup> Luisa Balaguer, *Hij@s del mercado. La maternidad subrogada en un Estado Social*, publicada en la Colección de Feminismos de la editorial Cátedra, aborda desde un enfoque iusfeminista el controvertido y apresurado debate sobre la legalización de la práctica los vientres de alquiler. La autora, reconocida constitucionalista, somete la práctica y los discursos que defienden las bondades de su legalización a un riguroso test de constitucionalidad. Confronta la maternidad subrogada con derechos tales como la dignidad o el libre desarrollo de la personalidad, la integridad física y moral, el derecho a la salud, la igualdad de género o la tutela, los derechos y el interés superior del menor.

El ilustrativo título del ensayo avanza y condensa con nitidez la envergadura del dilema ético-político inherente a la maternidad subrogada, a saber, «aquel contrato cuyo objeto es la obtención de un hijo o hija, a través de gestación por parte de una mujer que queda obligada a entregar el objeto-sujeto fruto de la maternidad» (p. 21). M.<sup>a</sup> Luisa Balaguer evidencia la colisión existente entre los intereses de un mercado que pretende que todo sea objeto de mercantilización (sujetos incluidos) y los de un Estado Social cuyo fin es promover un marco de convivencia que garantice la dignidad y la igualdad de todas las personas e impide mercantilizar sujetos. En la medida que la práctica afecta a un modelo de Estado y a bienes jurídicos protegidos constitucionalmente por los poderes públicos, su regulación no se puede dirimir en el ámbito del derecho privado, como se postula o aspira. Porque, como señala la autora, «*la cuestión de los límites de la legislación en materia de derechos no es un asunto de derecho civil... la mercantilización que el Estado Liberal ofrece debe agotarse en los objetos y mercancías y no puede ampliarse a los cuerpos de las personas ni a partes de ellos*» (p. 22).

Reconocida la trascendencia y la necesidad de una hermenéutica constitucional en la consideración de la maternidad subrogada, la monografía aborda, en primer lugar, el

alcance de la dignidad como concepto jurídico en el ordenamiento jurídico español y europeo. Con tal vocación, incorpora un análisis tanto de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, como de la Directiva 2004/23/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo, relativa al establecimiento de las normas de calidad y seguridad para la donación de células y tejidos humanos, así como aspectos específicos recogidos en las regulaciones constitucionales de países como Alemania, Francia, Portugal o Bélgica. En el caso español, concluye Balaguer, la naturaleza que atribuye nuestro texto constitucional a la dignidad y al libre desarrollo de la personalidad no es la de un derecho fundamental, sino la de un valor. Hecho que tiene implicaciones ineludibles en la proyección de su función interpretativa respecto al resto de normas jurídicas.

Pero el ensayo de Balaguer no aborda sólo los diferentes marcos normativos. La centralidad que ocupa la protección de la dignidad personal, como límite a las pretensiones del mercado y a las elecciones individuales, se analiza también desde el punto de vista jurisprudencial. El segundo capítulo del monográfico recopila y analiza la doctrina del Tribunal Constitucional que afecta a aspectos tales como los derechos sexuales y reproductivos, las técnicas de reproducción asistida y, en última instancia, los límites de la autonomía de la voluntad cuando colisiona con la protección de la dignidad humana.

Definido el valor constitucional de la dignidad como inevitable punto de referencia en el debate sobre la maternidad subrogada o la mercantilización de la vida humana, Balaguer afronta el complejo reto de ofrecer un análisis multinivel —tanto legislativo como jurisdiccional— de la evolución del tratamiento jurídico de los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres, de la maternidad subrogada y de la protección del interés del menor. Una síntesis que ofrece una valiosa selección doctrinal y una recopilación de declaraciones e informes oficiales que permiten que, en un solo capítulo, se tenga una visión pormenorizada de dicha evolución. Este tercer capítulo desmonta las tesis que sostienen que la nulidad del contrato de subrogación, una vez nacido el menor, provoca su desprotección por abandono. Según la autora, «nada indica que el deseo de ser padres haga necesariamente buenos padres», y permitir una adopción ilegal por la vía de los hechos consumados conllevaría la legalización de «toda acción que genere situaciones de ilegalidad necesitadas de protección, lo que en derecho no puede permitirse en ningún caso» (p. 121).

Solventado el complejo reto de ponderar el alcance de la vulneración de derechos que supone la maternidad subrogada en todos sus aspectos, los tres últimos capítulos se adentran en un brillante y riguroso análisis sobre la relación entre el Estado Social, el mercado neoliberal y la voluntad individual. Balaguer recupera el desequilibrio capital-trabajo, tan conocido como ignorado y, en última instancia, los valores o principios que emanan del liberalismo contractual, evidenciando su naturaleza patriarcal y sus efectos concretos en la dignidad de las mujeres. Según las tesis del individualismo propio de las sociedades de mercado, es válido todo contrato que implique un libre acuerdo entre las partes. Balaguer desenmascara la retórica (o la erótica) de una libre elección en un contexto determinado

por unos desequilibrios de sexo y clase, que falsean dicha libertad y que son, precisamente, los que dieron origen al Estado Social. No en vano, según afirma, existen

*«bastantes evidencias, que demuestran que es la posición del mercado la que define la posibilidad de elección individual, lo que justamente llevó al Estado social, ante el recorrido histórico del liberalismo y sus insuficiencias para justificar la desigualdad real... la libertad del mercado no se produce en un medio de plena justicia, y a partir de ahí las restricciones a la libertad de mercado adquieren su justificación en función de los intereses y derechos que protegen»* (pp. 178-179).

El texto tematiza, en su capítulo quinto, la tensión dialéctica y política entre la consideración del cuerpo de las mujeres como objeto de expropiación/explotación al servicio del patriarcado y del mercado y el correlato feminista del cuerpo como campo de batalla (en palabras de Germaine Greer) con dimensiones personales y políticas. Lejos de una lectura individualista —tan habitual en los tiempos que corren— la autora defiende que las circunstancias del individuo condicionan su posición constitucional, lo que inevitablemente afecta a su poder y autonomía. Y, a su vez, las decisiones individuales determinan y retroalimentan la posición que ocupa el grupo de pertenencia. De forma tal que «cada acción individual de un grupo repercute en su conjunto» (p. 170). Por ello, la preocupación del feminismo no puede centrarse sólo en desenmascarar qué hay de libre en la libre elección cuando se está en contextos de opresión, ni en juzgar los comportamientos individuales de cada cual, sino en proyectar cómo éstos afectan a la posición de las mujeres en su conjunto.

El último capítulo analiza las posibilidades de regular la maternidad subrogada en el marco de un Estado Social y en un contexto donde el mercado está globalizado pero no así los derechos. Concluye que, incluso en el supuesto de una gestación altruista gestionada a través del Sistema Público de Salud (tras haber agotado otros tratamientos de fertilidad), con informes de salud y económicos de la madre gestante que eviten tanto un riesgo para su salud como una explotación de una situación de vulnerabilidad económica y evitando cualquier renuncia a derechos que les asisten (como la interrupción voluntaria del embarazo), existen, al menos, dos elementos a considerar. El primero, la imposibilidad de controlar un efectivo altruismo, con certeza de que no exista una remuneración encubierta. El segundo, los fines que deben guiar la actuación de una sanidad pública con medios materiales limitados y que obliga, por tanto, a priorizar entre necesidades sanitarias y deseos personales.

Escrito en un lenguaje accesible a personas que no provengan del ámbito de los estudios jurídicos, el texto esclarece los mecanismos estructurales e ideológicos que condicionan las decisiones en una sociedad atravesada por fuertes desigualdades de clase y sexo; la trascendencia constitucional de la regulación de la maternidad subrogada; los valores que están en juego y las implicaciones políticas y sociales que supondría habilitar canales legales para la existencia de «hijos/as del mercado». Un texto lúcido, comprometido y excelentemente documentado en el que M.<sup>a</sup> Luisa Balaguer ilumina el debate con la profundidad doctrinal que caracteriza su obra, y que va precedido por un sugerente prólogo de Carlos de Cabo que conviene no perderse.

