

**PROBLEMAS JURÍDICO-LABORALES QUE PLANTEA LA
MATERNIDAD SUBROGADA EN UN MUNDO “GLOBAL”.
ESPECIAL REFERENCIA A ESPAÑA**

Autora: Nancy Sirvent Hernández

nancy.sirvent@ua.es

Universidad de Alicante (España)

Palabras clave: maternidad subrogada, globalización, prestación de maternidad, interés superior del menor

Key words: surrogate motherhood, globalization, maternity benefit, superior interest of the child

I. INTRODUCCIÓN

Los importantes avances científicos experimentados en los últimos años han dado lugar al desarrollo de nuevas técnicas de reproducción asistida que han permitido dar solución a problemas de infertilidad de numerosas personas aquejadas por este problema haciendo realidad el deseo de formar una familia por parte de quienes carecen de pareja, o de parejas con problemas para tener hijos, o integradas por personas del mismo sexo.

Con el fin de acomodar la legislación vigente a todos los avances acaecidos en este terreno y de corregir las deficiencias detectadas

hasta el momento tuvo lugar la aprobación de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida (en adelante, LTRHA). En esta Ley se recogen las distintas técnicas de reproducción humana asistida que pueden practicarse, cuya elección se ha hecho en atención al estado actual de la ciencia y la práctica clínica pero permitiéndose la ampliación de las técnicas previstas a otras nuevas cuando reúnan las condiciones de acreditación científica y clínica precisas. No cabe la menor duda, pues, de la gran virtualidad práctica que cabe atribuir a esta ley permitiendo que a través de las técnicas que contempla se dé solución a parejas o personas que, por diversas razones, no pueden ser padres. Ahora bien, dicha norma declara nulo el contrato de gestación por sustitución por el cual se conviene la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero. La razón de la prohibición puede deberse a causas muy diversas pues confluyen en este tema cuestiones de muy distinta naturaleza debiendo tener en cuenta tanto consideraciones de índole jurídica, como de carácter ético, religioso, económico, biológico, etc.

El Parlamento Europeo ha condenado expresamente este tipo de prácticas. Concretamente, la resolución de 17 de diciembre de 2015 sobre los Derechos del hombre y la democracia sobre las políticas de la UE en esta materia, en el Capítulo dedicado a los derechos de las mujeres y los niños, señala que el Parlamento Europeo “condena la práctica de la subrogación que socava la dignidad humana de la

mujer dado que su cuerpo y sus funciones reproductivas son usadas como un “commodity”; considera que las prácticas de la subrogación gestacional que involucra la explotación reproductiva y el uso del cuerpo humano para ganancias financieras o de otro orden, en particular, en el caso de las mujeres más vulnerables en los países en desarrollo, debe ser prohibida y tratada como un asunto de urgencia en los instrumentos internacionales de Derechos Humanos” (parágrafo 115). El rechazo del Parlamento Europeo a estas prácticas se fundamenta en la vulneración que, a su juicio, suponen para la dignidad de la mujer al permitir la mercantilización de su cuerpo y de la función reproductiva, sobre todo, teniendo en cuenta la especial incidencia que este tipo de prácticas puede tener en las mujeres más vulnerables de países en desarrollo. A fin de poner punto final al tráfico de mujeres y niños el Parlamento Europeo hace un llamamiento a los países en los que estos negocios están permitidos a fin de que procedan a su abolición ¹.

La respuesta jurídica que se ha dado a la maternidad subrogada en los distintos países dista de ser homogénea. Existen países que, como España, prohíben tal tipo de negocios jurídicos (así ocurre con la mayor parte de los países de la UE como, por ejemplo, Italia, Alemania, Austria, Hungría o Islandia), pero también hay otros que lo permiten abiertamente (es el caso, entre otros, de varios Estados de EEUU, Rusia o India), o que lo admiten pero ligado a ciertas

1 Idéntico llamamiento hace el Comité de Bioética español en su Informe sobre “los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada”.
https://www.assets.comitedebioetica.es/files/documentacion/es/informe_comite_bioetica_aspectos_eticos_juridicos

condiciones que generalmente tienen que ver con el carácter altruista del contrato y/o con la causa de su celebración, admitiéndose generalmente aquellos relacionados con problemas médicos que impiden la gestación (sin ánimo de exhaustividad, es el caso, por ejemplo, del Reino Unido, Bélgica, Holanda, Dinamarca o Grecia)². Este dispar tratamiento jurídico de la gestación por sustitución está dando lugar a que muchas parejas del mismo o distinto sexo, o personas individuales, de países donde la gestación por sustitución está prohibida, particularmente y por lo que aquí interesa, España, se trasladen a otros países donde este tipo de prácticas sí están permitidas a fin de alcanzar su deseo de ser padres y conseguir que la filiación se determine a su favor.

Por lo que respecta a España esta cuestión está siendo fuente de gran controversia, sobre todo, a la hora de dilucidar si cabe otorgar eficacia jurídica en nuestro país a la filiación obtenida de conformidad con las leyes de terceros Estados que sí permiten esta suerte de negocios jurídicos y determinan la filiación a favor del sujeto (s) comitente (s), previa renuncia de la madre gestante de todos sus derechos como tal; y en lo concerniente a determinar si tales situaciones pueden dar lugar al descanso por maternidad y a las prestaciones correspondientes en el ámbito de la Seguridad Social.

² Sobre la situación legal de la maternidad subrogada en el plano internacional puede consultarse a Vilar González, S.: "Situación actual de la gestación por sustitución", Revista de Derecho UNED, nº 14, 2014, págs. 903 y 904.

Las respuestas que se han dado a estas cuestiones no han sido ni mucho menos pacíficas, abriéndose un gran debate en torno a ello, tanto en sede doctrinal como en sede judicial, y defendiéndose posiciones encontradas ora en el plano administrativo ora en el judicial.

Concerniente a la vertiente laboral, la Sala de lo Social del TS ha unificado doctrina en orden a reconocer prestaciones de maternidad en supuestos de gestación por sustitución llevados a cabo en países donde esta suerte de prácticas sí está permitida. Sin embargo, pese a la unificación de doctrina operada, esta solución no puede verse ni mucho menos como definitiva siendo necesaria una intervención legislativa que clarifique definitivamente esta materia y dé seguridad jurídica.

Dada la disparidad de criterios mantenidos en sede administrativa y en sede judicial y, dentro de ésta, entre el orden civil y el social, se puede afirmar que actualmente existe una situación de gran inseguridad jurídica que pone de manifiesto la necesidad de emprender una reforma urgente sobre esta materia.

En las páginas que siguen se analizan los problemas más significativos que plantea la regulación actual en España de la maternidad subrogada, ya sea en sede civil, ya en sede laboral o social.

II. LA REGULACIÓN DE LA MATERNIDAD SUBROGADA EN LA LTRHA. PUNTOS CRÍTICOS

Como se ha apuntado la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida (LTRHA), contiene previsiones expresas acerca del contrato de gestación por sustitución. En este sentido, el artículo 10 de esta norma señala: 1. “Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero. 2. La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto. 3. Queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales”. La norma se ocupa, pues, de dos cuestiones fundamentales. Por un lado, declara nulo de pleno derecho el contrato de gestación por sustitución, definiendo matizadamente el mismo como aquél por el cual se encarga a una mujer la gestación de un futuro hijo de cuya filiación renunciará a favor del otro contratante o de un tercero, y todo ello, independientemente de que la mujer gestante reciba o no contraprestación económica alguna a cambio del cumplimiento de tales promesas. Las partes que conforman la relación contractual de la gestación por sustitución son dos: de un lado, el sujeto comitente que puede ser una sola persona (varón o mujer) o una pareja (heterosexual u homosexual)³, y, de otro lado, la mujer gestante, admitiéndose tanto que los comitentes aporten su material genético

³ Al sujeto/s contratante/s o tercero/s a favor de los que la mujer gestante renuncia a su filiación materna se le/s denomina sujeto/s comitente/s, padre/s intencional/es o subrogante/s.

como que lo haga la madre sustituta o incluso un tercero (donante de óvulos o espermatozoides) ⁴.

La prohibición legal abarca tanto el contrato oneroso como el gratuito, por lo que lo de menos en estos casos es que se reciba a cambio un beneficio económico por parte de la mujer gestante. Lo que realmente provoca rechazo jurídico no es este dato sino el hecho mismo de que se puedan llevar a cabo esta suerte de negocios jurídicos. Así pues, de celebrarse este contrato, no cabría otorgar efecto jurídico alguno al mismo al estar viciado de nulidad <<ab radice>>.

Ahora bien, ante la realidad de que, pese a estar prohibidos, estos contratos se celebren y que puedan por tanto nacer hijos fruto de la gestación por sustitución, la norma se ocupa también de dar solución a la filiación de los hijos nacidos de maternidad subrogada, tratando de evitar así que los mismos queden en una especie de “limbo jurídico”. En este sentido se determina a quién corresponde la filiación materna y paterna, considerando que aquella viene establecida por el parto y reconociendo, respecto al padre biológico, el derecho que le asiste de reclamar la filiación paterna mediante la

4 Como apunta la doctrina civilista “las modalidades de configuración de esta relación contractual son tan diferentes como las denominaciones que tiene esta práctica (...): 1.- Pareja contratante (o comitentes), que aporta todo el material genético, es decir, el óvulo y el espermatozoide, y la mujer gestante que acoge el embrión en su útero como mera portadora. “.- Mujer gestante que aporta material genético, pudiendo ser el óvulo inseminado con el esperma del sujeto individual o de uno de los comitentes, o incluso de un tercero (...), en este supuesto habrá una madre gestante que será al mismo tiempo madre genética y unos comitentes que podrán o no aportar material genético. 3.- Por último, puede ocurrir que el material genético sea aportado por terceros extraños a los sujetos comitentes o madre gestante”. García Alguacil, M.J.: “¿Injerencia justificada del Estado en la determinación de la filiación o de la autonomía de la voluntad en las relaciones familiares?”. Aranzadi, nº 5/2016, pág. 8.

interposición de la acción correspondiente de conformidad con las reglas generales⁵. El concepto jurídico de madre se vincula al parto de la mujer, subsiguiente al embarazo y gestación (siguiendo el aforismo latino “mater semper certa est”), independientemente de que la concepción se haya obtenido a través de técnicas de reproducción asistida⁶. Así pues, en los supuestos de gestación por sustitución “madre” será, no la comitente, sino la que ha dado a luz. Y atinente a la filiación paterna, la legislación prevé que ésta puede determinarse por vía judicial mediante sentencia que la establezca legalmente⁷.

Tras la prohibición de esta suerte de negocios jurídicos se encuentra el designio del legislador de salvaguardar la dignidad de las mujeres, evitando que su cuerpo y la función reproductora propia de las mismas puedan ser objeto de tráfico jurídico. Singularmente, cuando se trata de mujeres de países pobres que, ante su precaria situación económica y su especial situación de vulnerabilidad, suelen resultar más proclives a abusos y engaños.

La voluntad legislativa parece irreprochable. Pero si se analiza más a fondo lo dispuesto en el artículo 10 LTRHA se observará que este anhelo legislativo puede quedar en realidad en papel mojado. Si lo

5 A tales efectos hay que tener presente lo dispuesto en los artículos 764 y siguientes de la Ley Enjuiciamiento Civil (LEC).

6 En este sentido se señala que “la fijación de la maternidad en el dato del nacimiento significa que no se toma en cuenta, a estos efectos, la procedencia de las células (óvulos-esperma) que facilitarán la concepción ya que lo relevante es la gestación y el parto. Por ello, en los casos de maternidad subrogada, jurídicamente madre es quien da a luz, luego la gestante, y no la que aportó los óvulos”. Gete-Alonso y Calera, M.C. y Solé Resina, J. *Filiación y potestad parental*. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2014, pág. 23.

7 Vid. artículos 113 y ss CCiv.

que se esconde tras la prohibición de estos contratos es el respeto a la dignidad de la mujer impidiendo que su cuerpo y la función reproductiva sean utilizados como mercancías, y la evitación, en suma, de que se comercie con seres humanos, con esta solución legal ninguno de estos derechos permanecen intactos. Tarde o temprano el padre biológico que ha recurrido a un vientre de alquiler podrá ver reconocido su derecho, eso sí, no de modo automático derivado del contrato de gestación celebrado con la mujer gestante, sino en el momento en que logre demostrar su paternidad.

Y algo similar cabe apuntar en cuanto a la solución que brinda (no se prohíbe) el ordenamiento jurídico (también aducida por la jurisprudencia) de recurrir al acogimiento familiar o a la adopción por parte de los sujetos comitentes. ¿Acaso el hecho de que los padres subrogantes hagan uso de los institutos jurídicos del acogimiento familiar o de la adopción restituye el derecho a la dignidad de la mujer gestante y del propio hijo nacido de esta suerte de prácticas?. No lo parece. Nos encontramos ante una regulación hipócrita que condena a los sujetos comitentes a un peregrinaje legal a fin de obtener la filiación por la vía del acogimiento o de la adopción, con los inconvenientes que esta demora en la determinación de la filiación puedan suponer respecto a los padres, y particularmente, para el propio hijo.

En fin, si cabe obtener la filiación de un hijo nacido mediante gestación por sustitución recurriendo al acogimiento o a la adopción,

o demostrando la paternidad biológica, ¿por qué no allanar el camino y reconocer en estos casos la filiación desde el primer momento?.

Y es que, una de dos, o se prohíbe a los sujetos comitentes la posibilidad de adoptar o de acoger familiarmente al menor nacido de estas prácticas (para el padre biológico cabría una sanción) como medio disuasorio; o se permite abiertamente obtener la filiación a los padres intencionales. Ello, independientemente de que deban introducirse determinadas precauciones en aras de salvaguardar la dignidad y la libertad de la gestante.

III. LA INSCRIPCIÓN REGISTRAL DE LAS FILIACIONES ACAECIDAS EN EL EXTRANJERO COMO CONSECUENCIA DE CONTRATOS DE GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN. CRITERIOS ADMINISTRATIVOS Y JUDICIALES

1. LA POSICIÓN DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE REGISTROS DEL NOTARIADO

Pese a que la LTRHA no permite la celebración de contratos de gestación por sustitución, existen casos en que ha sido posible obtener la inscripción en el Registro civil español de hijos nacidos mediante esa técnica en países cuya legislación sí lo permite. En este sentido, hay que tener en cuenta los criterios establecidos, primero, por la Resolución de la Dirección General de Registros del Notariado (DGRN) de 18 de febrero de 2009, y más tarde, por la Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución.

Con arreglo a la primera, la DGRN estimó pertinente la inscripción en el Registro civil español de una filiación derivada de un contrato de gestación por sustitución, tratándose de un progenitor de nacionalidad española casado con otro varón y contando ya con una certificación registral extranjera que determinaba tal filiación⁸. Razona la DGRN que, de conformidad con lo que prevén los artículos 81 y 85 del Registro civil⁹, el control de legalidad de las certificaciones extranjeras debe limitarse a comprobar que se trata de un documento público autorizado por una autoridad extranjera competente con funciones análogas a la que resulte equivalente en España, sin que deba extenderse, por tanto, al examen sobre si la solución jurídica que se da es la misma que se habría alcanzado por parte de una autoridad registral española aplicando nuestro Derecho.

En la misma línea, el 5 de octubre de 2010 la DGRN dictó la Instrucción “sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución” con la finalidad de dotar de protección jurídica el interés del menor y de otros intereses presentes en los supuestos de gestación por sustitución (en

8 En efecto, a través de dicha Resolución se accedió a la inscripción en el registro civil español como hijos suyos de dos mellizos nacidos en California como consecuencia de un contrato de gestación por sustitución celebrado en San Diego por un matrimonio homosexual integrado por dos varones de nacionalidad española, tras la negativa recibida por parte del encargado del Registro civil consular en Los Angeles.

9 A tenor del primero de estos preceptos se dispone que “*El documento auténtico, sea original o testimonio, sea judicial, administrativo o notarial, es título para inscribir el hecho de que da fe. También lo es el documento auténtico extranjero, con fuerza en España con arreglo a las leyes o a los Tratados internacionales*”. Por su parte, el artículo 85 señala que “*Para practicar inscripciones sin expediente en virtud de certificación de Registro extranjero, se requiere que éste sea regular y auténtico, de modo que el asiento de que se certifica, en cuanto a los hechos de que da fe, tenga garantías análogas a las exigidas para la inscripción por la Ley española*”.

particular, la protección de las mujeres gestantes que renuncian a sus derechos como madres). La Instrucción establece como requisito previo a la inscripción de los nacidos mediante gestación por sustitución, la presentación ante el encargado del Registro civil de una resolución judicial dictada por Tribunal competente. A través de la aportación de la resolución judicial se pretende controlar la capacidad jurídica y de obrar de la mujer gestante, que el consentimiento no adolezca de error, engaño, violencia o coacción, y verificar que no existe simulación en el contrato de gestación por sustitución que encubra el tráfico internacional de menores. Si el encargado del Registro civil considera que la resolución extranjera fue dictada en el marco de un procedimiento jurisdiccional de naturaleza contenciosa, denegará la inscripción de la resolución al ser necesario instar el exequátur de la decisión ante los Juzgados de Primera Instancia de conformidad con lo que señala el artículo 955 LEC (salvo que fuera aplicable un convenio internacional). Si la resolución extranjera tiene su origen en un procedimiento análogo a uno español de jurisdicción voluntaria, como requisito previo a la inscripción únicamente deberá controlar si la resolución puede ser reconocida en España ¹⁰. Cuando se solicite la inscripción del nacido

10 Tal como aclara la Instrucción, en dicho control el encargado del Registro civil deberá constatar los siguientes extremos:

- a) La regularidad y autenticidad formal de la resolución judicial extranjera y de cualesquiera otros documentos presentados
- b) Que el tribunal de origen hubiera basado su competencia judicial internacional en criterios equivalentes a los previstos en la legislación española
- c) Que se han garantizado los derechos procesales de las partes, particularmente de la madre gestante
- d) Que no se ha vulnerado el interés superior del menor y los derechos de la madre gestante
- e) Que la resolución judicial sea firme y que los consentimientos prestados sean irrevocables o, de ser revocables, que hubiera transcurrido el plazo previsto para ello.

en el extranjero mediante gestación por sustitución sin presentar resolución alguna que determine la filiación, el encargado del Registro civil procederá a denegar la inscripción. Aunque ello no impedirá que el solicitante pueda intentar dicha inscripción por los medios ordinarios previstos en la LEC

La Instrucción de la DGRN prevé que cuando la resolución judicial extranjera tuviera su origen en un procedimiento análogo a uno español de jurisdicción voluntaria, el encargado del Registro civil deberá controlar, entre otros extremos, que no se ha producido una vulneración del interés superior del menor. En caso de conflicto de intereses, deberá prevalecer siempre el interés superior del menor.

En suma, el cometido de dicha Instrucción no es otro que fijar los requisitos y condiciones necesarios para que una resolución judicial extranjera que establece una determinada filiación que tiene su origen en un supuesto de gestación por sustitución pueda surtir plenos efectos en España e inscribirse en el Registro civil. Cumplidos ciertos requisitos y condiciones, se admite la inscripción en el Registro civil español de filiaciones que hayan tenido su origen en casos de gestación por sustitución.

Esta es la opción por la que parece decantarse también la Ley 20/2011, de 21 de julio, de Registro Civil (en adelante, LRC), cuya entrada en vigor tuvo lugar el 30 de junio de 2017, que no hace sino confirmar los criterios de la DGRN. Así, la LRC permite el acceso al Registro civil español tanto de resoluciones judiciales extranjeras

(art. 96) como de certificaciones de asientos extendidos en Registros extranjeros (art. 98), siempre y cuando se verifiquen determinadas condiciones y requisitos ¹¹.

Consiguientemente, se admiten estas inscripciones y se amplían los supuestos de filiación “inscribibles” permitiendo el acceso al Registro civil de filiaciones que hayan sido acreditadas en los Registros civiles de los Estados donde se hubieran producido los nacimientos independientemente de que en dichos Estados se exija como premisa previa la intervención de la autoridad judicial.

Pero si, como se acaba de ver, la LRC permite en determinadas condiciones el acceso al Registro civil español de certificaciones registrales extranjeras en supuestos de filiación derivada de la celebración de contratos de gestación por sustitución en Estados cuya legislación lo permite (lo cual es tanto como reconocer tales filiaciones jurídicas), no parece coherente mantener vigente la prohibición prevista en el artículo 10 LTRHA, ni los efectos jurídicos que dicho precepto recoge. Estamos ante dos regulaciones que se contradicen entre sí, ya que, por un lado, se prohíbe la celebración de contratos de gestación por sustitución (art. 10.1 LTRHA), pero, por otro, se permiten inscripciones en el Registro civil español de certificaciones de filiación extranjeras que tienen su origen en esta suerte de negocios jurídicos cuando cumplen ciertas condiciones.

11 Vid. lo dispuesto en los artículos 96 y 98 LRC.

Una forma de salvar esta contradicción normativa sería interpretar que, cuando la LRC prevé como condición para autorizar la inscripción de esta suerte de certificaciones registrales o de sentencias que “no resulten manifiestamente incompatibles con el orden público español”, se está refiriendo a que se respete lo dispuesto en las normas internas y, en particular, al cumplimiento de lo dispuesto en el art. 10 LTRHA¹². En efecto, tanto el art. 96 (para las resoluciones judiciales) como el art. 98 (para la certificación de asientos extendidos en Registros extranjeros) de la LRC exigen para su inscripción que no resulten incompatibles con el orden público español, pudiendo interpretarse que aquellas inscripciones referidas a una filiación que tiene su origen en un contrato prohibido en el ordenamiento español cual es el contrato de gestación por sustitución sí lo contradicen; o dicho de otro modo, que el artículo 10 LTRHA es una norma de orden público. Piénsese que con dicha prohibición lo que se persigue es evitar que los menores puedan ser objeto de tráfico jurídico soslayando, a la par, situaciones de explotación por parte de los países ricos hacia los países pobres¹³. De

12 Así se ha interpretado en ocasiones en sede judicial. Véase, si no, el Auto dictado por la Audiencia Provincial de Madrid nº 1341/2012, de 3 de diciembre, que no concedió el reconocimiento de una sentencia dictada por el Tribunal del Distrito del Condado del Boulder en el Estado de Colorado (de fecha 5 de noviembre de 2009), en la que se declaraba al recurrente, de nacionalidad española, padre de dos hijas nacidas a través de gestación por sustitución. El argumento que esgrimió el Alto Tribunal para la denegación fue precisamente el contenido del art. 10 LTRHA.

13 Considerando que el contrato de gestación por sustitución sí contraviene el orden público así como el respeto a la dignidad y valor de la persona humana consagrado en el art. 10 Constitución, pueden citarse a **Díaz Romero, M.R.:** “La gestación por sustitución”**buscar cita ; o también a Fernández-Sancho Tahoces, A.S.:** “Eficacia jurídico-registral.....**buscar cita**. En sentido contrario, se señala que “el art. 10 Ley Técnicas de Reproducción Asistida es una norma imperativa, pero no de orden público”. Camarero González, G.J.: “Notas sobre la resolución de la Dirección General de Registros y del Notariado de 18 de febrero de 2009, en un caso de gestación por sustitución”. Diario La Ley, nº 7910, Sección Tribuna, pág. 5.

seguir esta interpretación se impediría el acceso al Registro civil español de aquellas filiaciones que tuvieran su origen en esta suerte de prácticas.

Pero una interpretación de esta naturaleza tampoco resulta satisfactoria pues no parece de recibo dejar de reconocer en España filiaciones que han sido reconocidas en otros países en detrimento, en última instancia, de los intereses del menor. Como señala algún autor, una filiación que “es válida en el extranjero, sería totalmente injusto que no produjera determinados efectos jurídicos en España, tanto para el hijo como para el padre o padres españoles. Por dos motivos principales: por seguridad jurídica internacional, y porque (...) prima el interés del menor sobre el orden económico y moral de la sociedad española (...) admitir en España ciertos efectos de la filiación determinada en el extranjero mediante gestación por sustitución no daña el orden público internacional español”¹⁴. Ante el conflicto de intereses que este tipo de situaciones comporta debe primar siempre el interés del menor, y no cabe la menor duda de que dicho interés pasa por otorgar eficacia jurídica a las filiaciones obtenidas en terceros países (aun cuando tengan su origen en un contrato de esta naturaleza), reconociendo una identidad y filiación únicas al menor, asumiendo la posesión de estado y otorgando pleno valor a quienes han tenido la voluntad de ser padres (padres intencionales). Sólo así se garantiza el reconocimiento al menor de todos los derechos ligados al status de filiación en cuanto,

14 Moreno Sánchez-Moraleda, A.: “La determinación de la filiación mediante...”, op. cit., pág. 10.

principalmente, al establecimiento de la relación de parentesco, los apellidos, la asunción de responsabilidades parentales o los derechos sucesorios.

Así pues, la LRC establece el orden público como límite a la posibilidad de inscribir en el Registro civil español certificaciones registrales de filiación provenientes de otros países. El recurso a un concepto jurídico indeterminado no resuelve definitivamente la cuestión y todo apunta a que se reproducirán de nuevo posiciones encontradas, permaneciendo abierto el debate doctrinal y jurisprudencial entablado sobre esta materia.

Pero, tanto si se interpreta que lo dispuesto en el art. 10 LTRHA constituye un límite al orden público español y que deben ser rechazadas las inscripciones registrales de hijos nacidos de maternidad subrogada en terceros países, como si se entiende que lo previsto en este precepto debe ceder ante el interés superior del menor y cabe otorgar plena eficacia jurídica en España a las filiaciones reconocidas en otros países de hijos nacidos de estas prácticas, ninguna de las soluciones resulta plenamente satisfactoria de seguir subsistiendo la prohibición de los contratos de gestación por sustitución en la legislación española. Y ello porque si se rechazan tales inscripciones se perjudican seriamente los intereses del menor, en tanto que si se aceptan aquéllas, se produce <<de facto>> una situación discriminatoria respecto a los supuestos de maternidad subrogada que puedan tener lugar en territorio nacional

por parte de ciudadanos españoles fomentando, de este modo, “un elitismo en el acceso a la gestación por sustitución porque sólo podrían acceder a la misma los que tuviesen medios de acudir a los países que la autorizan”¹⁵. Como se ha subrayado “la entrada en vigor de la nueva LRC (...) no impedirá que siga habiendo resoluciones contradictorias y que impere la inseguridad jurídica, porque el art. 10 Ley 14/2006 seguirá existiendo y ese es el principal y de momento único freno que existe en nuestro ordenamiento para rechazar el acceso al Registro Civil de estas filiaciones”¹⁶.

Lejos de clarificar definitivamente esta cuestión, la DGRN emitió una Circular el 11 de julio de 2014 autorizando a los Cónsules españoles a seguir aplicando la Instrucción de 5 de octubre de 2010, pues consideraba que la finalidad de dicha Instrucción era establecer un procedimiento de reconocimiento a seguir para las inscripciones de niños nacidos en el extranjero a través de la gestación por sustitución.

2. LA POSICIÓN DE LOS TRIBUNALES DEL ORDEN CIVIL

La Resolución de la DGRN dictada en 2009 fue impugnada en sede judicial dictándose sentencia, primero por el Juzgado de Primera Instrucción de Valencia de 15 de septiembre de 2010 (AC 1707); segundo por la Audiencia Provincial de Valencia, de 23 de noviembre de 2011 (AC 1561) y, finalmente, por el TS (Sala de lo Civil), de 6 de febrero de 2013 (RJ 833). En todos estos pronunciamientos se

¹⁵ En tales términos se expresa Sánchez-Moraleda, A., *ibídem*, pág. 12.

¹⁶ Durán Ayago, A.: “El acceso al Registro Civil de certificaciones registrales a la luz...”, *op. cit.*, pág. 308.

rechazaron los criterios de la Resolución de la DGRN que estimaba que la inscripción en el Registro Civil español del nacimiento de los menores tal como constaba en las certificaciones registrales extranjeras presentadas (California) no vulneraba el orden público internacional español, y protegía el interés superior del menor. Los pronunciamientos judiciales rechazaron tal argumentación aduciendo principalmente la prohibición del contrato de gestación por sustitución en el ordenamiento español, prohibición que, como señala el TS, tiene su razón de ser en la existencia de otros principios y valores que también protege nuestro ordenamiento jurídico y que dan lugar a que no se acepte que los avances en las técnicas de reproducción humana asistida puedan suponer una vulneración “de la dignidad de la mujer gestante y del niño, mercantilizando la gestación y la filiación, “cosificando” a la mujer gestante y al niño, permitiendo a intermediarios realizar negocio con ellos, posibilitando la explotación del estado de necesidad en que se encuentran mujeres jóvenes en situación de pobreza y creando una especie de “ciudadanía censitaria” en la que solo quienes disponen de elevados recursos económicos pueden establecer relaciones paterno-filiales vedadas a la mayoría de la población”. Así, concluye el TS, “las normas aplicables a la gestación por sustitución o maternidad subrogada, en concreto el artículo 10 de la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida, integran el orden público internacional”¹⁷. Concerniente al interés superior del menor

17 En esta misma línea, el Auto dictado por la AP de Madrid, de 3 de diciembre de 2012 (JUR 15881) denegó la inscripción de filiación en el Registro Civil español de dos hijas nacidas en virtud de un

el Alto Tribunal reconoce en esta sentencia que supone una consideración primordial a la que han de atender los Tribunales y demás instituciones públicas y privadas en todas las medidas que atañen a los niños, pero debiendo tener presente también que la consideración primordial del interés superior del menor ha de hacerse para interpretar y aplicar la ley y colmar sus lagunas y no para contrariar lo expresamente previsto en la misma. Asimismo, el Alto Tribunal reconoce ser consciente de que la decisión adoptada puede suponer inconvenientes a los menores al estar éstos integrados <<de facto>> en la familia constituida por los sujetos comitentes. Sobre ello, el TS razona que a fin de mantener tales vínculos el ordenamiento español proporciona diversas soluciones como la posibilidad de reclamar la paternidad respecto del padre biológico (solución que recoge el propio artículo 10 LTRHA en su párrafo tercero), o las figuras jurídicas del acogimiento familiar o la adopción, que permiten la formalización jurídica de la integración real de los menores en tal núcleo familiar. En tal sentido el Ministerio Fiscal insta a que se “ejerciten las acciones pertinentes para determinar (...) la correcta filiación de los menores, y para su protección, teniendo en consideración, en su caso, la efectiva integración de los mismos en un núcleo familiar “de facto” (F.D. Quinto, apartado 11). Finalmente, el Auto del TS de 2 de febrero de

contrato de gestación por sustitución celebrado en el Estado de Colorado, argumentando que el contrato de gestación por sustitución es nulo en España. En sentido contrario, el Auto dictado por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de Pozuelo de Alarcón (Madrid) de 25 de junio de 2013 (AC 281) estimó la solicitud de reconocimiento de maternidad en ausencia de paternidad y se otorgó el exequátur de una sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de California Condado de San Diego por la que se declaraba a la actora madre legal y única progenitora de dos hijos.

2015 (dictado a raíz del incidente de nulidad presentado frente a la STS de 6 de febrero de 2013), rechazó la rectificación del criterio mantenido en dicha sentencia habida cuenta que, a su juicio, tiene presente el interés superior del menor (en base a que el ordenamiento español permite la determinación de la filiación paterna, así como la adopción y el acogimiento).

Del análisis realizado se desprende la disparidad de criterios mantenidos por parte de la DGRN y del TS (Sala Civil). La primera, defendiendo la posibilidad de inscribir en el Registro civil español a los hijos nacidos de maternidad subrogada, y el segundo oponiéndose a ello. Esta situación pone de manifiesto la necesidad de abordar una reforma urgente en materia de gestación por sustitución que ponga fin a la inseguridad jurídica existente actualmente.

IV. LOS SUPUESTOS DE GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN ¿PUEDEN DAR LUGAR AL DISFRUTE DE PERMISOS Y PRESTACIONES POR MATERNIDAD?. LA POSICIÓN DE LOS TRIBUNALES DEL ORDEN SOCIAL

Entre los tribunales del orden social también ha sido muy discutida la cuestión sobre si los nacimientos de hijos de gestación por sustitución dan o no derecho a los permisos y prestaciones de Seguridad Social pertinentes, en esencia, al descanso por maternidad y a la prestación económica correspondiente, dando lugar también este debate a posiciones encontradas.

En relación con ello hay que partir de la base de que la LGSS , cuando regula las prestaciones de maternidad, no recoge explícitamente entre las situaciones protegidas la gestación por sustitución, extendiéndose la protección únicamente a los supuestos de maternidad, adopción, guarda con fines de adopción y acogimiento familiar, tanto preadoptivo como permanente o simple cuando su duración no resulte inferior a un año (artículos 177.1 Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el TRLGSS, y 2.1 Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo, por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural). No parece que esta omisión quepa atribuirle a un olvido del legislador, pues resulta coherente con la prohibición legal de los contratos de gestación por sustitución en nuestro ordenamiento jurídico.

Pero pese a la prohibición de estos contratos y la omisión legal de la maternidad subrogada como situación protegida a efectos de prestaciones de Seguridad Social, la doctrina judicial ha reconocido en ocasiones el derecho a tales prestaciones, denegando en otras el acceso a las mismas.

Así, existen sentencias de TSJ que deniegan el derecho a prestación de maternidad en base, principalmente, a que el contrato de gestación por sustitución está prohibido en nuestro ordenamiento jurídico, aduciendo también que la prestación por maternidad no se

contempla para estos supuestos. Asimismo, en apoyo a esta tesis contraria al derecho a prestaciones por maternidad, las Salas de lo Social de los TSJ aluden a dos sentencias dictadas por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), ambas de fecha 18 de marzo de 2014 (asuntos C-167/12 y C-363/12), en relación con la maternidad subrogada que tienen su origen en dos cuestiones prejudiciales planteadas por Gran Bretaña e Irlanda sobre cómo debían interpretarse las Directivas 89/391/CEE, 2006/54/CE y 2000/78/CE. En la primera de dichas sentencias considera el TJUE que la Directiva 89/391/CEE, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores en el trabajo, debe interpretarse en el sentido de que los Estados miembros no están obligados (en virtud del artículo 8 de la Directiva) a conferir un permiso por maternidad a una trabajadora, en su calidad de madre subrogante que ha tenido un hijo gracias a un convenio de gestación por sustitución, incluso cuando pueda amamantar a su hijo o lo amamante efectivamente. Por lo que atañe a la segunda Directiva, relativa al principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación, el TJUE considera que esta debe interpretarse en el sentido de que no constituye una discriminación basada en el sexo el hecho de que un empleador deniegue un permiso por maternidad a una madre subrogante que ha tenido un hijo mediante el recurso a esta técnica. Finalmente, en la segunda de las resoluciones dictadas por el Tribunal Europeo se interpreta el

sentido de la Directiva 2000/78/CE, Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, considerando que no constituye discriminación por motivo de discapacidad el hecho de denegar la concesión de un permiso retribuido equivalente a un permiso por adopción a una trabajadora incapacitada para gestar a un niño que ha recurrido a un convenio de gestación por sustitución.

En alguna ocasión se ha aducido también como argumento en contra por parte de los TSJ la STS de 6 de febrero de 2013, Sala Civil, dictada a raíz de la impugnación de la Resolución de la DGRN de 2009, en la que se defendía que la protección a los menores debía otorgarse partiendo de la ley y los convenios aplicables en España y, por tanto, respetando la prohibición legal de la gestación por sustitución, más aún cuando en el ordenamiento español existen otras vías legítimas para que los padres intencionales puedan obtener la filiación (reclamación de paternidad biológica, adopción...) ¹⁸.

Ahora bien, la mayoría de las sentencias dictadas por las Salas de lo Social de los TSJ se han pronunciado en sentido favorable a la concesión de la citada prestación de Seguridad Social, esgrimiendo para ello diversos argumentos. Así, por ejemplo, se afirma que la

¹⁸ Denegando el derecho a prestación por maternidad pueden citarse, entre otras, las SSTSJ Madrid de 7 de julio de 2014 y 5 de octubre de 2015 (JUR 244222 y 253456, respectivamente); SSTSJ País Vasco de 13 de mayo de 2014 (AS 1228) y 3 de mayo de 2016 (JUR 117724); STSJ Andalucía, Sevilla, de 4 de febrero de 2015 (AS 720). Resulta llamativo que en alguna de estas sentencias los propios TSJ admitan estar de acuerdo con el reconocimiento de la prestación económica por maternidad y que, no obstante, se deniegue, por sentirse vinculado por la jurisprudencia comunitaria citada en el texto. Vid., en este sentido, por ejemplo, la STSJ País Vasco de 13 de mayo de 2014 (AS 1228).

finalidad principal de la prestación por maternidad es la protección del menor no estando solo relacionada con el descanso obligatorio y voluntario por el hecho del parto, convirtiéndose la atención del menor en elemento prioritario. En efecto, “separadas la incapacidad temporal y la maternidad se trata de dar cobertura específica y protección adecuada al hijo. Lo prioritario es la atención del menor y el estrechamiento de los lazos del padre y la madre con el mismo. Así se deduce de que sea beneficiario no sólo la madre sino también el padre, que sea superior el período de tiempo para el cuidado del menor que para la recuperación de la madre biológica, o que se proteja la adopción o el acogimiento”¹⁹. La gestación por sustitución debe equipararse a la adopción, donde tampoco existe parto, con la que comparte la misma finalidad de protección del menor²⁰. Así pues, si en los demás supuestos distintos a la maternidad natural se reconoce el derecho a la prestación para procurar la atención del menor, esta finalidad también concurre en los casos de gestación por sustitución²¹. Puntualmente, se ha aludido también al derecho fundamental a la reproducción que debe ser respetado plenamente y en todas sus facetas, incluidas la de Seguridad Social²²; o al artículo

19 STSJ Asturias de 20 de septiembre de 2012. En parecidos términos, puede citarse también STSJ Madrid de 13 de marzo de 2013. Reconociendo el derecho de la prestación por maternidad al padre biológico en un supuesto de gestación por sustitución en el que la madre es trabajadora por cuenta propia y pertenece a una mutualidad de previsión social que no contempla tal protección, pueden consultarse las SSTSJ Murcia, de 3 de noviembre de 2014 y 30 de marzo de 2015 (JUR 2015,41278 y AS 1332, respectivamente).

20 STSJ Castilla y León, Valladolid, de 5 de mayo de 2010 (JUR 215499).

21 STSJ Cataluña de 23 de noviembre de 2012 (AS 485). En términos similares, la doctrina judicial ha defendido que el permiso y la prestación por maternidad tienen como finalidad la protección del hecho biológico del parto en sí mismo considerado, pero también la protección de los padres y el menor permitiendo la recuperación de la madre biológica y propiciando la conciliación de la vida familiar y laboral (SSTSJ Castilla-La Mancha, de 27 de mayo de 2015 y 14 de julio de 2016 -AS 1332 y JUR 194758, respectivamente-).

22 STSJ Madrid de 23 de diciembre de 2014 (AS 406).

39 CE que ordena a los poderes públicos asegurar la protección jurídica de (...) los hijos, iguales estos ante la ley independientemente de su filiación lo cual conecta con el artículo 14 CE²³. Argumentándose, asimismo, en ocasiones, que el artículo 10 LTRHA no resulta de aplicación cuando se trate de contratos de gestación por sustitución celebrados en país extranjero cuya legislación sí permite este tipo de pactos y de donde derive la inscripción de la filiación en el Registro Civil Consular, pues constando ya en tales casos la filiación, habiendo sido ésta determinada, a lo que se renuncia con tal contrato no es a la filiación (como expresa el artículo 10.1 LTRHA) sino al ejercicio de los derechos de patria potestad²⁴.

De todos los argumentos esgrimidos por los TSJ en defensa del derecho a prestaciones por maternidad en supuestos de gestación por sustitución, el concerniente al interés superior del menor es, sin duda, el que cobra mayor peso considerando los Tribunales que dicho interés forma parte del orden público. En este sentido se afirma que el interés superior del menor tiene características de orden público de forma que los jueces y tribunales tienen necesariamente que inspirarse en él a la hora de tomar cualquier decisión que afecte a un menor” y ello porque así se deriva de diversos textos y convenciones internacionales, y de algunas

23 En esta sentencia el TSJ interpreta que cuando el artículo 133 bis LGSS considera situación protegida la maternidad, ésta debe interpretarse en dos sentidos, el biológico (identificándola al parto), y el jurídico (en tanto que relación de filiación existente entre la madre y sus hijos, sean o no hijos biológicos).

24 SSTSJ Madrid de 23 de diciembre de 2014 y 12 de febrero de 2016 (AS 406 y 737, respectivamente).

sentencias del TJUE y del propio TS español²⁵. “Es, pues, evidente que el interés superior del menor, y como consecuencia los derechos fundamentales que con él se relacionan (no discriminación por razón de nacimiento), constituye y opera como una cláusula general de nuestro ordenamiento siempre que el interés del menor es puesto en cuestión. Por ello, cuando una norma colisiona con el principio o cláusula general del interés superior del menor y con el de igualdad con independencia del nacimiento, su aplicación (e incluso su neutralización) debe realizarse conforme a las exigencias derivadas de un principio general prioritario, el del interés superior del menor”²⁶.

A fin de unificar toda la doctrina judicial que se ha ido evacuando sobre este asunto, el TS se ha pronunciado ya en varias sentencias defendiendo el derecho a prestación por maternidad en los supuestos de gestación por sustitución²⁷. Los argumentos que aduce el Alto

25 En este sentido se citan, entre otros, el Convenio Europeo de Derechos Humanos de Roma, de 4 de noviembre de 1950, la Convención de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas, de 20 de noviembre de 1989, la Observación General nº 14 de las Naciones Unidas de 2013 sobre la Convención de los Derechos del niño en la que se aclara expresamente que “el interés del niño a que su interés superior sea una consideración primordial significa que los intereses del niño tienen máxima prioridad y no son una de tantas consideraciones. Por tanto, se debe conceder más importancia a lo que sea mejor para el niño”. Igualmente, se alude a la sentencia *Mennesson v. France*. Se citan, por último, algunas sentencias del TS, Sala Civil.

26 En estos términos se expresa la STSJ Madrid de 23 de diciembre de 2014 (AS 406). En esta misma línea cabe citar las SSTSJ Canarias, de 27 de marzo de 2015, Madrid de 12 de febrero y 31 de marzo de 2016 (AS 1993, 737, y JUR 117188, respectivamente), y Cataluña de 15 de abril de 2016 (AS 929).

27 A fecha de hoy constituyen un total de cuatro las sentencias que se han dictado por la Sala de lo Social del TS resolviendo los distintos recursos de casación para la unificación de doctrina planteados sobre esta materia. Se trata, concretamente, de las SSTs, de 25 de octubre, 16 de noviembre y 30 de noviembre de 2016 (sentencias nº 881, 953, 1021 y 1022, respectivamente). Es de subrayar, empero, que ninguna de estas cuatro sentencias se han dictado por unanimidad, habiéndose planteado en todas ellas votos particulares por parte de algunos de los Magistrados que conforman la Sala de lo Social del TS lo cual resulta demostrativo, una vez más, de que el tema objeto de debate dista mucho de ser pacífico. Aunque también parece significativo que en las últimas sentencias dictadas (ambas de 30 de noviembre) el número de votos particulares presentados se ha reducido sensiblemente (únicamente un voto particular).

Tribunal son, en esencia, los siguientes ²⁸: por un lado se afirma que, pese a que el contrato de gestación por sustitución esté prohibido en nuestro ordenamiento jurídico, ello no supone que al menor se le puedan privar de ciertos derechos. Y si bien el interés del menor “no puede erigirse en principio a partir del cual los órganos jurisdiccionales alteren el contenido de las normas y eludan la sujeción al ordenamiento jurídico, sí constituye un canon interpretativo de relevancia cuando se aplican normas que lo han querido tener presente, como ocurre con las normas que regulan la protección que la Seguridad Social dispensa a la maternidad ya que al vincular la protección a supuestos distintos al alumbramiento, como ocurre con la adopción o el acogimiento, es claro que no se está pensando únicamente en la recuperación física de la madre (tras el parto) sino también y, esencialmente, en la atención y cuidado del menor y en el fortalecimiento de los vínculos materno-filiales” ²⁹. Dentro de esta línea, el Alto Tribunal llama también la atención sobre la relación familiar que <<de facto>> se haya podido originar, debiendo velar entonces por la vida privada de los menores integrados en una unidad familiar ³⁰. Desde una perspectiva netamente constitucional se defiende también que “está fuera de toda duda que el reconocimiento del derecho al descanso y

28 Todos estos argumentos se repiten en las cuatro sentencias aquí citadas que se ocupan del derecho a prestaciones de maternidad en los supuestos de gestación por sustitución.

29 STS de 25 de octubre de 2016 (RJ 6167), FD Noveno.

30 En relación con este argumento el Alto Tribunal trae a colación la STS de 6 de febrero de 2014, Sala primera, en la que se afirmaba que “el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, al interpretar el artículo 8 del Convenio, ha considerado que allí donde está establecida la existencia de una relación de familia con un niño, el Estado debe actuar con el fin de permitir que este vínculo se desarrolle y otorgar protección jurídica que haga posible la integración del niño en su familia”. STS de 16 de noviembre de 2016 (RJ 6152), FD Noveno. En idénticos términos se expresa la STS de 25 de octubre del mismo año.

prestación por maternidad entraña un adecuado cumplimiento del mandato constitucional de protección a la familia y a la infancia”³¹. Matizadamente, se alude al mandato que contempla el art. 39.3 CE obligando a los padres a prestar asistencia a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, y al art. 39.2 que prevé “*la protección integran de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación*”. Por lo demás, el hecho de que el contrato de gestación por sustitución se declare nulo en nuestro ordenamiento jurídico no supone obstáculo alguno a los efectos aquí pretendidos pues no se ignora que el ordenamiento laboral reconoce efectos en determinados negocios jurídicos afectados de nulidad (como ocurre con el reconocimiento de la pensión de viudedad en determinados supuestos de nulidad matrimonial, o el derecho al salario por el tiempo trabajado cuando el contrato de trabajo sea nulo...)³². Asimismo, no cabe ignorar que el descanso y prestación por maternidad presentan una doble finalidad, de un lado, atender a la recuperación, seguridad y salud de la madre; y de otro lado, la protección de las especiales relaciones entre la madre y el hijo durante el período posterior al nacimiento. En fin, considera el TS que el listado de situaciones protegidas que recoge el art. 133 bis LGSS que dan derecho a la prestación por maternidad no tiene por qué considerarse un <<numerus clausus>> pues a la vista de lo que

31 STS de 16 de noviembre de 2016 (RJ 6152). Idéntico razonamiento se contiene en la STS de 25 de octubre de 2016, ya citada.

32 Sobre este punto entiende el TS que “hay que distinguir dos planos perfectamente diferenciados (...), el atinente al contrato de gestación por sustitución y su nulidad legalmente establecida y la situación del menor, al que no puede perjudicar el contrato”. STS, de 16 de noviembre de 2016 (RJ 6152). En parecidos términos se expresa la STS de 25 de octubre de 2016, ya citada.

dispone el RD 295/2009, de 6 de marzo, puede interpretarse que el mismo ha supuesto una relativa apertura del elenco de supuestos protegidos ³³.

Este criterio jurisprudencial favorable al disfrute de prestaciones de Seguridad Social por parte de los padres intencionales parece haberse acogido también por la Seguridad Social que en su página web ya anuncia entre las situaciones protegidas a efectos de prestaciones de maternidad los supuestos de gestación por sustitución ³⁴.

En mi opinión los argumentos esgrimidos por el TS en todos estos pronunciamientos resultan acertados, fundamentalmente, por lo que atañe a la defensa del interés superior del menor. Frente a una interpretación meramente literal sustentada sobre la base de que la legislación vigente no contempla entre las situaciones protegidas que dan derecho a la prestación de maternidad los supuestos de “maternidad subrogada” por estar ésta prohibida, el Alto Tribunal recurre a un criterio hermeneútico finalista que le lleva a razonar sobre el sentido último que justifica estas prestaciones, cual es el permitir el cuidado y atención al menor, interés que también está

33 Según reza el art. 2.2 de este RD “*se considerarán jurídicamente equiparables a la adopción y al acogimiento preadoptivo, permanente o simple, aquellas instituciones jurídicas declaradas por resoluciones judiciales o administrativas extranjeras cuya finalidad y efectos jurídicos sean los previstos para la adopción y el acogimiento preadoptivo, permanente o simple (...), cualquiera que sea su denominación*”. En torno a la interpretación de este precepto algún ha manifestado que el sentido del mismo “no es equiparar la maternidad subrogada a la adopción o la guarda sino simplemente el reconocimiento de que aquellas otras figuras o instituciones jurídicas de ordenamientos extranjeros que tengan efectos similares a la adopción y la guarda, se llamen como se llamen, se asimilan a nuestras instituciones nacionales, extendiéndose también a ellos la prestación (...)”. Gorelli Hernández, J.: “La prestación por maternidad en los casos de gestación por sustitución o maternidad subrogada”. Aranzadi Doctrinal, n° 1/2017, página 15.

34 Vid. www.seg-social.es.

presente en los supuestos de gestación por sustitución. El hijo nacido como consecuencia de un contrato de esta naturaleza no puede verse perjudicado (discriminado) por dicha circunstancia, por lo que la interpretación que se haga de las normas jurídicas que resulten de aplicación debe llevarse a cabo desde esta perspectiva. De negar la protección de maternidad en estos casos se produciría una discriminación en el trato dispensado al hijo por razón de la filiación.

Pero esta interpretación no está exenta de problemas ni puede verse como definitiva porque supone reconocer <<de facto>> la filiación (y los efectos ligados a ella) a favor de los sujetos comitentes, contrariando la prohibición legal prevista en el artículo 10.1 LTRHA. Además, repárese que en todas las sentencias en las que se ha pronunciado el TS se trataba de supuestos en los que el contrato de gestación se había celebrado en otros países donde estos contratos son legales y en los que la filiación a favor de los sujetos comitentes ya había sido determinada a través de la correspondiente inscripción en el Registro Público ³⁵.

Por ello, cabría plantearse si la solución hubiera sido la misma si el contrato de gestación se hubiera celebrado en España. A juzgar por algún caso del que se ha tenido conocimiento a través de los medios

35 Así, en la sentencia de 25 de octubre, fue un varón quien acudió a la India para celebrar un contrato de gestación por sustitución, naciendo dos hijas que fueron inscritas en el Consulado de España en Nueva Delhi (en este caso el contrato fue suscrito por el padre biológico). Por su parte, en la de 16 de noviembre se trataba de una pareja heterosexual que tuvieron un hijo a través de esta técnica siendo inscrito en el Registro del Consulado de España en Los Ángeles. Finalmente, en las dictadas el 30 de noviembre, la primera se refería a un padre biológico que tuvo un hijo que fue inscrito en el Registro del Consulado de España en Chicago (RCUD nº 3183/2015); y en la segunda se trataba de un matrimonio homosexual, siendo ambos padres biológicos, que tuvieron dos hijos (una mujer y un varón) a los que se inscribió en el Registro Civil consular de Los Ángeles (RCUD nº 3219/2015).

de comunicación, no lo parece. A través de la prensa y de otros medios se dio difusión a la noticia de la detención en España de una pareja de hombres y una mujer que presumiblemente celebraron un contrato de gestación por sustitución. Supuestamente la gestante se sometió a una inseminación artificial y, tras el parto, entregó la recién nacida a la pareja de hombres a cambio de una cantidad ³⁶. Los tres arrestados quedaron en libertad, pero con cargos (acusados de un delito contra las relaciones familiares, por alteración de la paternidad, estado o condición de un menor), y la menor fue puesta bajo la protección de los Servicios Sociales de la Junta de Andalucía.

En este caso, lejos de otorgar la filiación a favor de los comitentes y de acceder a la inscripción en el Registro público correspondiente y, en su caso, obtener las prestaciones de Seguridad Social de maternidad y paternidad, se dilucidan posibles responsabilidades penales. Situación bien distinta a los supuestos en que el TS ha tenido oportunidad de pronunciarse y que han sido analizados con anterioridad, con la única diferencia en uno y otro caso del lugar donde se ha concertado la gestación por sustitución: en un país extranjero cuya legislación permite esta suerte de prácticas, o en suelo español donde resultan nulos tales contratos.

Esta situación resulta intolerable pues da lugar a que se trate de forma desigual (injustificada) los supuestos de contratos de gestación por sustitución celebrados por españoles en países donde tales contratos son legales y que, una vez obtenida la filiación por

³⁶ Se trata de la denominada "Operación princesita". politica.elpais.com

parte de los sujetos comitentes, éstos regresan a España y pueden lucrar prestaciones de maternidad; y aquellos otros celebrados en España a los que parece vetarse toda posibilidad de obtener la filiación así como de acceder a las prestaciones de Seguridad Social correspondientes, pudiendo incluso incurrir en responsabilidades penales ³⁷.

La situación creada a raíz de la jurisprudencia social dictada sobre esta materia pone de manifiesto, una vez más, la necesidad de abordar una reforma legal que regule de forma integral el espinoso asunto de la gestación por sustitución vertebrando todos los derechos e intereses en conflicto, pues lo que no parece coherente ni aceptable de ningún modo es que se “premie” o se “castigue” a los padres comitentes en función, simplemente, del país donde se haya celebrado el contrato de gestación por sustitución.

37 De “extremado agravio comparativo” ha llegado a calificar algún autor la situación creada a raíz de esta jurisprudencia, al introducir diferencias entre “quienes tienen recursos económicos para viajar al extranjero (...) y contratar la <<gestación>> biológica-maternidad (social) por sustitución>> (...) y quienes carecen de ellos, y se ven obligados, en análogas circunstancias a acudir a <<gestantes nacionales>>”. Molina Navarrete, C.: “Prohibida la <<nacional>>, ¿protegemos la <<gestación/maternidad subrogada internacional>> con prestaciones sociales?”. Revista Trabajo y Seguridad Social, CEF, nº 406, 2017, pág. 210.

En el hipotético caso de que la legislación española acabara permitiendo la celebración de estos contratos y reconociera el derecho a los permisos laborales y de Seguridad Social correspondientes, sería necesario abordar algunos aspectos en relación, sobre todo, con los derechos que en este ámbito pudieran corresponder a la madre gestante.

Así, por ejemplo, surge la duda acerca de si en los supuestos de maternidad subrogada la gestante tendría derecho o no a exigir el permiso y la prestación de Seguridad Social correspondiente a las seis semanas posteriores al parto que, como es sabido, son de disfrute obligatorio para las madres (biológicas). Seguramente la respuesta a esta cuestión habría de ser afirmativa si se considera que la finalidad de este descanso es la recuperación física de la mujer tras el embarazo y el parto.

Concerniente a la titularidad y el disfrute de las prestaciones de maternidad y paternidad en parejas integradas por personas del mismo sexo, todo apunta a que habría que aplicar idénticas reglas a las previstas en los casos de adopción.

V. CONCLUSIONES

Son muchos los países que, como España, prohíben la gestación por sustitución.

Tras la prohibición de la maternidad subrogada se trata de proteger la dignidad de la mujer, evitando la cosificación de su cuerpo y de la función reproductora, sobre todo, tratándose de mujeres de países

en desarrollo que pueden ser objeto de fácil explotación dada su especial situación de vulnerabilidad.

Sin embargo, pese a que la maternidad subrogada no está permitida en gran número de países, resulta muy difícil escapar a esta suerte de prácticas. En un mundo abierto y global como el que vivimos resulta fácil viajar a otros países donde sí está permitida la gestación por sustitución y hacer realidad el deseo de ser padres.

En el ordenamiento español se declara nulo el contrato de gestación por sustitución previéndose, para estos casos, que la filiación materna viene determinada por el parto, y reconociendo el derecho que asiste al padre biológico a reclamar tal filiación.

Sin embargo, esta solución no es satisfactoria desde el punto de vista del interés del menor, además de resultar una regulación hipócrita.

Respecto a lo primero, porque no parece que lo más adecuado sea reconocer la filiación a favor de una mujer que no desea ser madre (la mujer gestante), o llegado el caso, incluso entregar el hijo a una institución para menores, existiendo unos padres que sí quieren y tienen la firme voluntad de formar una familia.

Y, además, se trata de una regulación hipócrita ya que no permite a los sujetos comitentes acceder a la filiación deseada cuando se ha recurrido a un contrato de gestación por sustitución, pero sin embargo resulta posible sortear tal obstáculo y obtener la filiación recurriendo a la adopción, el acogimiento familiar o mediante la reclamación de la paternidad, en este último caso, cuando se trate

del padre biológico. ¿Acaso el recurso a alguna de tales figuras para obtener la filiación de un hijo nacido de maternidad subrogada puede restituir la dignidad de la mujer que ha accedido a gestar un hijo a favor de terceros poniendo su cuerpo a disposición?. No lo parece.

Mientras existan personas que desean tener hijos y no pueden conseguirlo sino es mediante el recurso a la gestación por sustitución, y países que permiten esta suerte de negocios jurídicos, parece difícil poner fin a estas prácticas.

Incluso para los Estados que prohíben este tipo de prácticas se plantea un difícil dilema porque, pese a la prohibición legal, nadie puede impedir que en el ámbito privado se recurra a la gestación por sustitución, y una vez nacido el hijo, ¿cuál debe ser la solución: impedir que los padres comitentes puedan obtener la filiación, en perjuicio de los intereses del menor; o permitirlo contrariando, entonces, sus propios principios y la normativa vigente?.

Ahora bien, en caso de admitirse la maternidad subrogada, la normativa reguladora debería adoptar todas las cautelas necesarias a fin de salvaguardar los distintos intereses y derechos presentes. Por una parte, la dignidad de la gestante, garantizando que su consentimiento sea prestado libremente, y evitando situaciones de posible explotación. En tal sentido, sería conveniente la intervención de autoridad administrativa o judicial análogamente a lo que sucede con la adopción o el acogimiento familiar, y que se garantizara el

anonimato de los sujetos intervinientes en el contrato. Asimismo, deberían adoptarse las medidas pertinentes para evitar la desprotección o el abandono del menor, particularmente, en casos de ruptura de parejas que han recurrido a la maternidad subrogada; fallecimiento de alguno (o de ambos) padres comitentes; o incluso ante eventuales supuestos de arrepentimiento.