

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID

FACULTAD DE DERECHO

Departamento de Derecho de Trabajo y Seguridad Social

Master Universitario en Derecho Privado

Especialidad en Derecho Laboral y Seguridad Social



**TRABAJO DE FIN DE MÁSTER
LA MATERNIDAD COMO SITUACIÓN PROTEGIDA EN EL DERECHO DEL
TRABAJO Y EN EL DERECHO DE LA SEGURIDAD SOCIAL. EN ESPECIAL
LA MATERNIDAD POR SUBROGACIÓN.**

Autor:

DAVID GONZÁLEZ QUINTERO

Bajo la dirección de la Profesora:

YOLANDA SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA

Tribunal evaluador:

**YOLANDA SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA
FRANCISCO JAVIER TOROLLO GONZÁLEZ
ROSARIO CRISTÓBAL RONCERO**

Calificación:

SOBRESALIENTE: 9.5

Madrid, junio de 2016

RESUMEN.

El contrato de maternidad subrogada está declarado nulo de pleno derecho en España en base a la Ley 14/2006 referida a las Técnicas de Reproducción Humana Asistida. En primer lugar, afrontaremos el problema del reconocimiento de la inscripción de la filiación de los menores nacidos por esta técnica, para luego, con el fin de analizar el tema objeto de este trabajo, estudiar si existe derecho a las prestaciones por maternidad en el supuesto de la maternidad subrogada. De esta manera, tras un análisis de la doctrina científica y jurisprudencial, exponemos la necesidad de regulación del contrato de maternidad subrogada en España.

Palabras clave: Maternidad subrogada, Filiación, Protección, Prestación por maternidad, Interés superior del menor, Reconocimiento, Regulación.

ABSTRACT.

The surrogate motherhood contract is declared void of full rights based on Spain's law 14/2006, regarding Assisted Human Reproduction Techniques. Firstly, we will face the problem of acknowledgement of the inscription of the filiation of minors born by the technique, so that after, with the purpose of analyzing the objective theme of the assignment, studying if the right to maternity benefits, assuming surrogate motherhood, exists. Thus the, after an analysis of the scientific and jurisprudential doctrine, we expose the necessity of the regulation of the surrogate motherhood contract in Spain.

Keywords: Surrogate motherhood contract, Filiation, Protection, Maternity benefits, Superior interest of the minor, Acknowledgement, Regulation.

CONTENIDO

<u>ÍNDICE DE ABREVIATURAS</u>	4
<u>INTRODUCCIÓN</u>	5
<u>CAPÍTULO I. LA MATERNIDAD POR SUBROGACIÓN</u>	8
1.1. Concepto y tipologías de la maternidad por subrogación.....	8
1.2. Evolución legislativa de la reproducción asistida en España.....	11
1.2.1. La Ley 35/1988 de 22 de noviembre.....	11
1.2.2. La Ley 45/2003 de 21 de noviembre.....	12
1.2.3. La Ley 14/2006 de 26 de mayo.....	12
1.3. El régimen jurídico de la gestación por sustitución en España.....	13
1.4. Instrucción de 5 de octubre de 2010 de la Dirección General de los Registros y del Notariado.....	16
1.5. El contrato de maternidad subrogada fuera de España.....	19
1.5.1. Países en los que la gestación por sustitución es ilegal.....	19
1.5.2. Países donde la gestación por sustitución es legal mientras no sea onerosa.....	24
1.5.3. Países donde la gestación por sustitución es legal.....	28
1.6. La Sentencia del tribunal supremo 835/2013 de 2 de febrero de 2014.....	34
<u>CAPÍTULO II. MATERNIDAD SUBROGADA Y MARCO JURÍDICO EN EUROPA</u>	40
2.1. Punto de partida: Pronunciamientos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.....	41

2.1.1. La STEDH de 26 de junio de 2014. Asunto 65192/11, Mennesson contra Francia.....	42
2.2. Maternidad y Derecho Internacional y Comunitario.....	48
2.2.1. La Directiva 92/85/CEE.....	50
2.2.2. La doctrina del TJUE.....	52
2.3. La Conferencia de la Haya en torno a la maternidad subrogada.....	61
<u>CAPÍTULO III. LA MATERNIDAD POR SUBROGACIÓN Y EL PERMISO DE MATERNIDAD EN ESPAÑA.....</u>	<u>64</u>
Sobre la nueva normativa aplicable.....	64
3.1. Planteamiento de la cuestión.....	65
3.2. Doctrina judicial y la prestación por maternidad.....	72
3.2.1. Reconocimiento de la prestación. Argumentación jurídica.....	72
3.2.2. Efectos de la doctrina del TJUE en la doctrina judicial española..	76
3.2.3. Doctrina científica.....	82
3.2.4. Breve conclusión tras el análisis jurisprudencial.....	86
3.3. Negativa de la prestación: Posible existencia de discriminación y la protección del interés superior del menor.....	87
3.4. Comentario a la propuesta de regulación de Antonio J. Vela Sánchez y la necesidad de regulación.....	90
<u>CONCLUSIÓN.....</u>	<u>94</u>
<u>BIBLIOGRAFÍA.....</u>	<u>98</u>
<u>ÍNDICE JURISPRUDENCIAL.....</u>	<u>102</u>

ÍNDICE DE ABREVIATURAS:

TRHA.....	Técnicas de Reproducción Humana Asistida
DGRN	Dirección General de los Registros y del Notariado
RD.....	Real Decreto
CE.....	Constitución Española
CNRHA.....	Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida
LEC.....	Ley de Enjuiciamiento Civil
TEDH.....	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
RHA.....	Reproducción Humana Asistida
TS.....	Tribunal Supremo
STS.....	Sentencia del Tribunal Supremo
STEDH.....	Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos
CNU.....	Carta de las Naciones Unidas
CDFUE.....	Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea
CEDH.....	Convenio Europeo de Derechos Humanos
CDN.....	Convención de los Derechos del Niño
DUDH.....	Declaración Universal de los Derechos Humanos
TJUE.....	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
STJUE.....	Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea
TC.....	Tribunal Constitucional
LGSS.....	Ley General de la Seguridad Social
EEP.....	Estatuto del Empleado Público
ET.....	Estatuto de los Trabajadores
INSS.....	Instituto Nacional de la Seguridad Social
STSJ.....	Sentencia del Tribunal Superior de Justicia
SJS.....	Sentencia del Juzgado de los Social

INTRODUCCIÓN.

El objetivo que persigo con la elaboración de este trabajo es hacer reflexionar sobre la figura de la maternidad por subrogación en España y los problemas que se plantean. En primer lugar, aunque sólo apuntados en el estudio, en el ámbito del Derecho civil en relación a la dificultad de inscripción en los registros civiles de los menores nacidos mediante contrato de maternidad por subrogación en países donde es legal. Y en segundo lugar, en el ámbito del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, en relación a la conciliación de la vida familiar y laboral, más concretamente los permisos de maternidad y lactancia de esas madres que biológicamente no lo son, y que recurren esta figura para ser madres.

Partimos de la base de que la maternidad por subrogación es un contrato nulo de pleno derecho en España, pues de acuerdo con la Ley 14/2006 de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida, su artículo 10.1 que *“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”*. En el propio artículo 10 en su segundo párrafo se establece que la filiación de los hijos nacidos por gestación por sustitución se determinará por el parto, quedando abierta la posibilidad de la reclamación accionada por parte del padre biológico, siguiendo las reglas generales.

Por lo tanto, y basándonos literalmente en la ley, parece claro que una pareja que acude a la gestación por sustitución para la búsqueda de descendencia en España, se va a encontrar con problemas a la hora de inscribir a ese menor en el registro civil como hijo suyo. Todo ello es debido a que, en base a una interpretación literal y restrictiva de la Ley, ellos no son, como pareja, sus padres, dejando la salvedad de que el padre, si es que es biológico, podría reclamar esta paternidad. La cuestión será aislar el problema y buscarle solución, pues se intenta dar protección al menor y salvaguardar los intereses de todos los ciudadanos. Por ello, entra a formar parte del plano español la Instrucción de 5 de octubre de 2010 de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución. Mediante esta instrucción, se establecen una serie de requisitos a cumplir para poder ser inscritos esos menores nacidos fuera de España por contrato de gestación por

subrogación, como nacionales españoles y como hijos de esas personas que solicitan su inscripción.

Una vez expuesto el problema en el ámbito civil, pasaremos a analizar los problemas que surgen una vez inscritos esos menores, para esas madres que pretenden una conciliación de la vida familiar y laboral derecho reconocido por la Ley 39/1999 de 5 de noviembre para promover la conciliación familiar y laboral de las personas trabajadoras y el Real Decreto 1251/2001 de 16 de noviembre, por el que se regulan las prestaciones económicas el sistema de la Seguridad Social por maternidad y riesgo durante el embarazo.

Pues bien, esas madres se encuentran con que la legislación española, al no reconocer como válido ese contrato de maternidad por subrogación, no tiene amparo legislativo para las personas que acuden a esta figura para buscar descendencia, y se encuentran ante un vacío legal que tiene como consecuencia el posible, y digo posible porque no existe unanimidad al respecto en el ámbito nacional, no reconocimiento de la prestación por maternidad o el permiso por lactancia, pues no han pasado por el estado de embarazo.

Estos posibles no reconocimientos han generado una situación de incomodidad en la sociedad, manifestando que ello provoca la vulneración de derechos, como el derecho a la igualdad consagrado en el artículo 14 de la Constitución Española, que establece que *“los españoles son iguales ante la Ley, sin que sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”*. Hablamos de una posible discriminación por razón de sexo o por razón de orientación sexual, que deberemos afrontar en el estudio y si, en el caso de que lleguemos a la conclusión de que nos hallamos frente a una de ellas, especificar si es de tipo directa o indirecta dicha discriminación. También queremos dejar constancia de que puede haber una vulneración del artículo 39 de la CE, desde dos puntos de vista; desde el punto de vista de ámbito civil, la posible no inscripción del menor como nacional español en el Registro Civil, que produce una desprotección del mismo que brevemente se analizará; y desde el punto de vista del Derecho del trabajo y de la Seguridad Social, pues, aunque son las madres o los padres quienes solicitan y se les concede dichas prestaciones por maternidad o paternidad, el

menor las disfruta junto con ellos, pues se trata de proteger tanto a los padres como a los hijos mediante la concesión de esas prestaciones, saliendo a la luz el interés superior del menor en estos casos, que está garantizado por el Derecho Privado con valor constitucional.

Para el análisis y comentario del presente trabajo, utilizaremos abundante criterio jurisprudencial, pues por el momento no existe legislación alguna que pueda amparar estas situaciones que se producen por la maternidad por subrogación. Me gustaría dejar constancia de la necesidad de regulación de esta cuestión, la maternidad por subrogación, pues son muchos los intereses que se pueden vulnerar y que debieran ser protegidos. Actualmente es un tema que se encuentra en auge y por ello me ha parecido muy interesante escribir sobre el mismo. Mi propósito es transmitir mi inquietud y preocupación por la ausencia de regulación expresa y transmitir también cuales son los criterios que existen en relación a la maternidad por subrogación, tanto a nivel nacional como europeo.

CAPÍTULO I: LA MATERNIDAD POR SUBROGACIÓN.

1.1. CONCEPTO Y TIPOLOGÍAS DE LA MATERNIDAD POR SUBROGACIÓN:

La gestación por sustitución es una práctica contractual, mediante la cual una mujer, mediante acuerdo, con o sin precio, se compromete u obliga a gestar un bebé con el único fin de entregarlo después del parto a aquella o aquellas personas que van a ser sus padres, y con quienes ha llevado a cabo ese contrato, renunciando así a su filiación.

La gestación por sustitución tiene su origen histórico en Estados Unidos, más concretamente en California, en 1975, cuando en un diario de la misma ciudad se publica un anuncio en el cual se solicita una mujer para ser inseminada artificialmente, ello anunciado por una pareja estéril, que por el mismo servicio ofrecía una remuneración. Con el tiempo van surgiendo organizaciones profesionales cuyo fin es poner en contacto a “madres portadoras”, esto es, mujeres que se ofrecen para portar en su vientre un bebé para luego entregarlo a la persona o personas con quien contrató, con parejas interesadas en llevar a cabo este proceso por sufrir problemas de infertilidad o esterilidad¹.

De esta manera, podemos hacer una distinción de la maternidad por subrogación:

1. Aquel tipo de gestación por sustitución en la que la madre que presta su vientre es inseminada artificialmente, tanto por el esperma de uno de los contratantes, sean pareja homosexual, heterosexual o un hombre sólo; o por un donante, teniendo como consecuencia principal que, además de ser la portadora que ofrece su vientre, resulta ser la madre biológica del bebé porque aporta su material genético. A este tipo de subrogación podríamos llamarle subrogación parcial.

¹ Traigamos aquí a colación el primer acuerdo de maternidad subrogada documentado del que se tiene constancia, realizado mediante inseminación artificial. Fue negociado y redactado por el abogado estadounidense Noel Keane en 1976, creando la llamada *Surrogate Family Service Inc*, con la finalidad de prestar ayuda a parejas que tenían dificultades para concebir, facilitándoles el acercamiento a madres que podían gestar a un bebé y llevando una gestión de los trámites jurídicos al efecto para llevar a cabo dicha gestación.

2. La otra posibilidad de subrogación es aquella que, mediante fecundación in Vitro, se transfiere el embrión concebido con el material genético de la pareja contratante o de donantes, para que la otra mujer lo gesté en su vientre. En este caso, la mujer con la que se contrata sólo será la portadora del bebé en su vientre. A este tipo de maternidad por subrogación se le puede llamar subrogación plena².

Por lo tanto, y como principal consecuencia de estos dos tipos de maternidad por subrogación, existen diversos tipos de relaciones de maternidad, paternidad y filiación al respecto:

1. Maternidad y paternidad genética de la pareja contratante y maternidad no biológica de la mujer gestante. Mediante fecundación in Vitro con material genético de los contratantes y la mujer gestante ofrece su vientre.

2. Maternidad y paternidad genética de la pareja contratante y maternidad biológica de la mujer que presta su vientre. Mediante óvulo y espermatozoide de la pareja y útero de la madre gestante.

3. Maternidad y paternidad no genética de la pareja contratante y maternidad biológica de la mujer gestante. Mediante óvulo o espermatozoide de la pareja contratante y óvulo o espermatozoide de donante y útero de la madre gestante.

4. Maternidad y paternidad no genética de la pareja contratante y maternidad biológica de la madre gestante. Mediante óvulo y espermatozoide ambos donados y útero de la madre gestante.

5. Maternidad no genética y paternidad genética de la pareja contratante y maternidad genética de la mujer que presta su vientre. Mediante espermatozoide del padre y óvulo y útero de la madre gestante.

Llegados a este punto, hemos de dejar claro que las TRHA han experimentado una gran evolución, sobre todo a partir de los años 90, lo que ha significado un mayor desarrollo

² MONTERO, S. “Maternidad subrogada: no es tan sencillo descartarla como posibilidad”, *Revista AFIN*, nº 66, noviembre de 2014, página 12.

de la subrogación plena, la cual permite establecer vínculo genético entre el bebé y la madre comitente.

Volviendo al concepto de la maternidad por subrogación, analicemos varios matices del mismo. En primer lugar, la posible o no contraprestación económica del contrato. La maternidad por subrogación puede ser con o sin contraprestación económica, pues la onerosidad no es una característica que le pertenezca como definitoria. Probablemente sea uno de los temas más controvertidos y criticados a cerca de la gestación por subrogación, en tanto que puede ser una vía de explotación de las mujeres con escasos o carentes de recursos económicos, facilitando la maternidad y paternidad a las personas que gozan de dicha estabilidad y disponibilidad económica. Beatriz Gimeno llama la atención sobre el hecho de que le preocupa : “la mercantilización de un acto que no puede, en ningún caso, valorarse de forma comercial, tal como es la gestación de un embrión primero, de un feto después y de una criatura finalmente”³. De esta manera, la gestación por sustitución onerosa ha sido calificada como contraria a la dignidad humana de la mujer, por permitir la explotación del útero con fines lucrativos y como degradante para el bebé, pues existe un intercambio de éste por dinero, lo que hace que haya mucha controversia.

La gestación por sustitución encuentra su ubicación dentro de las TRHA, por ello, como paso previo al análisis en sí mismo de la figura de la gestación por sustitución, resulta necesario establecer y conocer la evolución en materia legislativa de las mismas en España, a través de las concretas técnicas reconocidas.

³ MONTERO, S. “Maternidad subrogada: no es tan sencillo descartarla como posibilidad”, *Revista AFIN*. nº 66, noviembre de 2014, páginas. 5 y 6.

1.2. EVOLUCIÓN LEGISLATIVA DE LA REPRODUCCIÓN ASISTIDA EN ESPAÑA:

1.2.1. LA LEY 35/1988 DE 22 DE NOVIEMBRE, SOBRE TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA:

Con el nacimiento del primer bebé probeta en Reino Unido⁴, se produjo una apertura a nuevas posibilidades para el tratamiento de la esterilidad e infertilidad, lo que a su vez produjo la necesidad de regular estas prácticas. Así se aprobó la Ley 35/1988 de 22 de noviembre sobre TRHA⁵, que permitió que España se situase en primera posición en cuanto al desarrollo de la reproducción asistida. Sin pretender hacer un análisis exhaustivo de la misma, fue una ley que no pudo, ni tuvo, la intención de abarcar todas las posibles implicaciones que podían surgir de la utilización de dichas técnicas de reproducción asistida, sino que optó por una orientación a grandes líneas para que fuese la propia práctica jurídica la que fuese desarrollando en profundidad la materia. Eso sí, la ley fue moderadamente avanzada a la demanda social existente, pues contemplaba supuestos como la reproducción asistida con donante de gametos o incluso la fecundación post-mortem.

El avance vertiginoso de la técnica y de la práctica médica puso de manifiesto las carencias o limitaciones que tenía esta ley, que poco a poco, y con el paso de los años iba quedando desfasada y aparecían situaciones que quedaban fuera de su alcance, surgiendo una situación de inseguridad jurídica. Ello dio lugar a que se aprobara la Ley 45/2033 de 21 de noviembre, con el fin de resolver los problemas planteados con el avance de la ciencia en este campo.

⁴ El 25 de julio de 1978 nace el primer bebé probeta en Reino Unido. Louise Brown.

⁵ Ley 35/1988 de 22 de noviembre sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida. Dicha ley fue aprobada por el Gobierno de D. Felipe González Márquez.

1.2.2. LA LEY 45/2003 DE 21 DE NOVIEMBRE, POR LA QUE SE MODIFICA LA LEY 35/1988 DE 22 DE NOVIEMBRE⁶:

Con esta nueva ley se reformaron los artículos 4 y 11 de la anterior, la Ley de 35/1988. Se mostró principal atención al compromiso y responsabilidad de los centros y usuarios para asegurar que dichas técnicas se llevaran a cabo eficazmente.

Entre algunos de los aspectos que fueron reformados con esta nueva ley, está el establecimiento de un límite máximo de tres preembriones que podían ser transferidos a la mujer en cada ciclo, con el objetivo de reducir los partos múltiples, evitando de esta manera cualquier tipo riesgo posible por esa situación para la madre y para los hijos.

Cierto es, que la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida manifestó, desde la publicación de la citada ley, que debía realizarse una reforma legislativa en poco tiempo, buscando solución a las deficiencias e intentar adaptarla lo más posible a la realidad actual. Estos problemas fueron solucionados por la Ley 14/2006 de 26 de mayo de 2006, sobre TRHA.

1.2.3. LA LEY DE 14/2006 DE 26 DE MAYO DE 2006, POR LA QUE SE MODIFICA LA LEY 45/2003 DE 21 DE NOVIEMBRE⁷:

También ha sufrido una reforma el listado de técnicas de reproducción asistida que pueden practicarse. En este plano, la nueva ley enumera en un anexo aquellas técnicas antes no incluidas y que según la evolución de la ciencia y de las prácticas clínicas pueden ser realizadas a día de hoy.

Las TRHA contempladas en esta ley son la inseminación artificial, la fecundación in Vitro y la transferencia intratubárica de gametos.

⁶ Ley 45/2003 de 21 de noviembre sobre Técnicas de Reproducción Asistida. Dicha ley fue aprobada por el Gobierno de D. José María Aznar López.

⁷ Ley aprobada durante el Gobierno de D. José Luis Rodríguez Zapatero.

1.3. EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN EN ESPAÑA:

En base al ya citado artículo 10 de la Ley 14/2006 de 26 de mayo, sobre TRHA, la gestación por sustitución en España es un contrato nulo de pleno derecho. Declarada nula con independencia del tipo que sea, es decir, de quien aporte el material genético en el caso, de quien contrate la gestación por sustitución o de si medie precio o no en el contrato. El rasgo característico de la gestación por sustitución es la posterior renuncia a la filiación materna a favor de un contratante o un tercero, entonces no basta con la “simple entrega” del bebé, sino la propia renuncia a esa filiación es lo que es declarado nulo en el precepto de la propia ley.

Analizando los apartados segundo y tercero del artículo reseñado, la filiación de los hijos por gestación por sustitución será la determinada por el parto, siendo así la madre que da a luz por contrato de gestación por sustitución, la madre legal del bebé a todos los efectos, independientemente de que no sea la madre biológicamente hablando⁸. Establece el artículo también la posibilidad de reclamar la paternidad del padre biológico conforme a las reglas generales.

Es importante matizar que, desde la Ley 35/1988 de 25 de noviembre hasta la actual Ley 14/2006 de 26 de mayo, en las tres que ha habido, tienen la misma redacción en su artículo 10, por lo tanto, la gestación por sustitución no ha sufrido en nuestro país cambio alguno. Sectores de la sociedad que piden la legalización de la gestación por sustitución, motivados por razones médicas y de indicaciones clínicas al respecto en los casos concretos, o haciendo alusión al principio de igualdad, consagrado en el artículo 14 de la CE, argumentando que sólo las personas con alto nivel adquisitivo son las que pueden permitirse la oportunidad de viajar al extranjero para lograr llevar a cabo el contrato de gestación por sustitución. Derivado de esta situación sería posible acabar con la salida de ese denominado “turismo reproductivo”, en la búsqueda de ese bebé deseado.

⁸ Incluso en el supuesto de que la pareja contratante, ambos, sean padres biológicos del bebé, ésta madre no tiene derecho a reclamar la maternidad, pues el legislador ha situado a la maternidad de gestación por encima de la maternidad genética, ello fundado en la relación creada entre el bebé y madre gestante durante el embarazo.

Tal y como se establece en la Ley 14/2006, la gestación por sustitución consiste en el acuerdo entre una mujer que engendra el bebé y una pareja u hombre o mujer solos, por lo tanto, lo entiende como un contrato, sea de arrendamiento de servicios o un arrendamiento de obra. En el primer caso, se pacta la prestación de un servicio, es decir, gestar un bebé. En el segundo caso de arrendamiento de obra, lo que aquí se pacta es la entrega de un bebé. Independientemente del tipo contractual frente al que nos encontremos, se trata de un negocio jurídico nulo de pleno derecho, así que de ninguna de las maneras será capaz de tener alguna consecuencia jurídica.

Por lo tanto, aquí la nulidad de la gestación por sustitución no es sólo y únicamente respecto a la renuncia de la filiación por maternidad, sino respecto a lo que constituye el objeto contractual, por ser ilícito el mismo, por estar en contra de las leyes o las buenas costumbres, por su oposición a las leyes y a la moral, o bien por ser un “objeto contractual” que se encuentra fuera del comercio de los hombres⁹. No es menos, cierto a este respecto, que aunque la ley establezca la nulidad de la gestación por sustitución, no existe sanción al respecto, así, no es considerado falta, ni menos aún delito.

Siguiendo el pensamiento de Manuel Atienza¹⁰, “El artículo 10.1 de la Ley de 2006 no prohíbe que alguien realice un contrato de maternidad subrogada sino que señala que semejante contrato es nulo de pleno Derecho”. Para llegar a esa conclusión opone dos tipos de normas: las regulativas y las constitutivas. “Las regulativas son aquellas que prohíben, permiten o establecen como obligatorio un curso de acción, como lo son las normas penales, mientras que las constitutivas son aquellas que fijan condiciones que tienen que darse para que se produzca un determinado resultado normativo, como las condiciones de validez de un contrato”. Para ello se apoya en el pensamiento de Hart, el cual hace hincapié en no confundir la nulidad con la sanción. “La nulidad es el resultado de haber incumplido alguno de los requisitos establecidos en una norma constitutiva, mientras que la sanción presupone la realización de un ilícito, el incumplimiento de una prohibición”.

⁹ Desde el Derecho Romano, el cuerpo humano está considerado como un *res extra commercium*.

¹⁰ ATIENZA, M., “Gestación por sustitución y prejuicios ideológicos”, *El Notario* 2015, nº 63, págs. 95 y 96.

Por lo tanto, y a favor de la postura que muestra Manuel Atienza en su artículo, el artículo 10.1 de la Ley de 2006 es una norma del tipo constitutiva, que no establece sanción al respecto, por lo tanto no debemos considerar que sea una prohibición el contrato de maternidad por subrogación, de hecho, no lo encontramos expresamente prohibido en ningún artículo de la ley ni en otra parte de nuestro ordenamiento.

Pues bien, como podemos comprobar, esta técnica para acceder a la maternidad, lograr la maternidad, presenta una serie de problemas. Además de la discusión, anteriormente abordada, sobre si es un contrato ilegal o no y en qué medida pueden percibir las madres de alquiler una prestación económica por el servicio prestado, que se trata más de un tema de moralidad y de dignidad humana que otra cosa, considerado que puede atentar contra el artículo 10.1 de la CE¹¹.

También plantea problemas de filiación del menor, pues en función de dónde se lleve a cabo dicha gestación por sustitución contratada, se plantean las cuestiones como quiénes deben ser considerados sus padres legales, o los derechos parentales de los padres comitentes de la relación contractual en ese negocio jurídico.

Existen problemas de tipo prestaciones en el ámbito laboral de esos comitentes, pues este es un conflicto muy grande. Los permisos retribuidos son por maternidad, adopción o acogimiento, no encontrando apoyo legal la figura de la maternidad por subrogación, siendo este el hecho que vengo a analizar en este trabajo.

¹¹Artículo 10.1 de la CE: La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social.

1.4. INSTRUCCIÓN DE 5 DE OCTUBRE DE 2010 DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO:

La instrucción de 5 de octubre de 2010 de la DGRN surgió, prácticamente de manera “obligatoria”, para solucionar problemas reales que se estaban dando en nuestra sociedad. Su origen podemos situarlo en una solicitud hecha en 2008 por dos varones españoles casados en España en 2005¹², que solicitaron la inscripción en el Registro Civil del nacimiento de sus dos hijos gemelos nacidos por gestación por sustitución en California en octubre del año 2008. El encargado del Registro Civil consular de Los Ángeles-California, dictó un Auto denegando dicha inscripción. Los interesados en este caso interpusieron un recurso contra el mismo, ante la DGRN, el cual fue estimado mediante Resolución de 18 de febrero de 2009, cuya consecuencia fue la orden de inscripción de dichos menores en el Registro Civil Consular.

La decisión tomada por la DGRN se basó en la aplicación del artículo 81 del Reglamento de Registro Civil, que fue aprobado por Decreto de 14 de noviembre de 1958, pues consideró que aunque en España sea nulo de pleno derecho el contrato de gestación por sustitución, en base al artículo 10.1. de la Ley 14/2006 sobre TRHA; y aunque en España la filiación de los hijos nacidos por gestación por sustitución sea determinada por el parto, dejaba claro que ninguno de esos dos preceptos tenían cabida de aplicación, pues lo que realmente se discutía era si, una determinada inscripción en virtud de certificación registral extranjera podía acceder al Registro Civil español, lo cual ellos no consideraban contrario. A estos razonamientos hay que añadirle lo ya comentado, la gestación por sustitución no está expresamente prohibida en nuestro Derecho, así que cerrarle las puertas a estos niños significaría ir en contra del artículo 81 del Reglamento del Registro Civil y otorgarle un estatus de norma prohibitiva a una norma sin sanción que no contempla el contrato como válido, pero no se establece su ilegalidad o prohibición.

Con el objetivo de dotar de plena protección jurídica “al interés superior del menor”, se dictó esta instrucción, la cual permite que se inscriba en el Registro Civil español el nacimiento de un menor que ha nacido en el extranjero mediante la gestación por

¹² Con la Ley 3/2005, se reformó en España el Código Civil en lo que respecta al matrimonio, reconociendo también la unión, de personas del mismo sexo.

sustitución con la condición de que se adjunte a la solicitud de inscripción una resolución judicial por el Tribunal competente en la que se determine la filiación del menor. Dicha resolución tiene el objetivo de controlar el cumplimiento de los requisitos de perfección y contenido del contrato con respecto al marco legal del país en donde se ha formalizado la gestación por sustitución y también proteger el interés del menor y de la madre que lo ha gestado, plasmando la plena capacidad jurídica y de obrar de la misma, la eficacia del consentimiento que ha prestado al acceder al contrato sin que quepa lugar a dudas sobre un posible error, engaño, violencia o coacción alguna, y siempre teniendo en cuenta que existe la posibilidad de revocación de su consentimiento. También con dicha resolución se permite verificar que el contrato de gestación por sustitución no encubre un tráfico de menores internacional. Por lo tanto, para admitir la inscripción, no cabe una certificación registral extranjera o la simple declaración.

La regla general es que dicha resolución judicial deba ser objeto de exequátur, en base al procedimiento de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881¹³, salvo si ésta tiene su origen en un procedimiento análogo a uno español de jurisdicción voluntaria, y en dicho supuesto, será el encargado del Registro Civil quien controlará si dicha resolución puede ser reconocida en España, siempre con carácter previo a realizar la inscripción solicitada. La figura del exequátur en estos casos resulta controvertida a mi modo de entender, puesto que la resolución judicial extranjera en estos supuestos no contiene pronunciamientos de ejecución, sino que lo que se busca es el reconocimiento de dicha resolución extranjera, que tenga efecto de cosa juzgada en España y para ello, resultaría suficiente solicitar dicho reconocimiento ante el juez de primera instancia competente o ante el propio encargado del Registro Civil, resultando innecesario el exequátur. Todo ello en relación al pensamiento seguido por Alfonso Luis Calvo Caravaca y Javier Carrascosa González¹⁴.

¹³ Según lo establecido en el artículo 94 de la LEC, fuera de los casos contemplados en los tres artículos anteriores, las ejecutorias tendrán fuerza en España si reúnen las siguientes características:

1. Que la ejecutoria haya sido dictada como consecuencia del ejercicio de una acción personal.
2. Que no haya sido dictada en rebeldía.
3. Que la carta ejecutoria reúna los requisitos necesarios en la nación en la cual se haya dictado para ser considerada como “auténtica” y aquellos requisitos que las leyes españolas requieran para que haga fe en España.

¹⁴ CALVO CARAVACA A. L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ J. “Notas críticas en torno a la instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 5 de octubre 2010 sobre régimen

Analizaremos ahora el “control incidental” del encargado del Registro Civil en los casos en los que la resolución judicial pretendida tiene su origen en un procedimiento análogo a uno español de jurisdicción voluntaria. Un control incompleto, según el pensamiento de Alfonso Luis Calvo Caravaca y de Javier Carrascosa González, pues no se incluye el orden público internacional, el cual si fue tenido en cuenta en la Resolución de la DGRN de 18 de febrero de 2009¹⁵. Pues bien, dicho control consiste en:

a) Comprobar la regularidad y autenticidad de la resolución extranjera y de todos aquellos documentos presentados al respecto para solicitar el reconocimiento de dicha inscripción.

b) Que el Tribunal extranjero se haya basado en criterios que fuesen equivalentes a la legislación española. Ciertamente es, que cuando un litigio es suscitado frente a tribunales extranjeros, éstos deberán aplicar “sus normas de competencia judicial internacional” y no las normas españolas.

c) Que los derechos procesales de las partes se hayan visto garantizados.

d) Que se haya producido una protección del interés superior del menor y de la madre gestante, luchando contra cualquier tipo de vulneración. Cuidado exhaustivo, especialmente, en cuanto al consentimiento otorgado por la madre gestante. Que éste haya sido libre, voluntario, sin error, dolo o violencia y que la misma tenga la capacidad jurídica y de obrar que se estime suficiente para el caso.

e) Que la resolución judicial dictada en el extranjero sea firme. También será importante observar que el consentimiento prestado sea de naturaleza irrevocable, o si éste tuviera un plazo para poder ser revocado, que dicho plazo haya transcurrido sin que la revocabilidad haya sido ejercitada.

registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*(marzo 2011), Vol. 3, Nº1, ISSN 1989-4570, página 253.

¹⁵ CALVO CARAVACA A. L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ J. “Notas críticas en torno a la instrucción...”, página 253.

Por lo tanto, y habiendo estudiado la Instrucción y su intención de otorgarle el reconocimiento a la filiación extranjera en España de un menor nacido por maternidad por subrogación, cabe plantearse la cuestión de que resulta contradictorio frente al artículo 10.1 de la Ley 14/2006 de 26 de mayo. Es extraño, a mi entender, que puedan coexistir conjuntamente dicha Ley con la Instrucción, pues una declara la nulidad del contrato, mientras que la otra aporta soluciones para las personas que llevan a cabo dicho contrato en el extranjero. Sería más lógico, aceptar su nulidad total, sin posibilidad de reconocimiento alguno, o por el contrario, realizar una reforma y contemplar el negocio jurídico de la gestación por sustitución como legal y con plenos efectos en territorio español.

1.5. EL CONTRATO DE MATERNIDAD SUBROGADA FUERA DE ESPAÑA:

Visto el contrato por maternidad subrogada fuera del territorio español, haremos una clasificación del mismo según países en los cuales, es ilegal, es legal siempre que no sea oneroso y en los que resulta ser legal independientemente de la característica de la onerosidad del mismo.

1.5.1. PAÍSES EN LOS QUE LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN ES ILEGAL:

En estos casos, al igual que ocurre en España, se declara que el contrato de gestación por sustitución es nulo, que no ilegal, es decir, bajo mi punto de vista se plantea el mismo problema que aquí en España en cuanto a la distinción de los tipos de normas que existen. Que un contrato sea nulo de pleno derecho, no significa que sea ilegal. Ahora bien, estableceremos las diferencias pertinentes, pues existen casos en los que llevar a cabo esta tipología contractual fuera de España tiene sanciones como consecuencia. Aquí pues, entra en juego una característica de norma regulativa que prohíbe llevar a cabo el contrato de maternidad por subrogación. Analicemos caso a caso algunos ejemplos:

ALEMANIA: En Alemania la situación es algo llamativa. La Ley de protección del embrión 745/90 de 13 de diciembre de 1990¹⁶, establece en su artículo 1 que: “*será sancionado con una pena privativa de libertad de hasta tres años o de una multa quien:* 1) *Procediera a transferir a una mujer el óvulo de otra;* 2) *Fecundara artificialmente un óvulo con fines distintos que los de iniciar un embarazo en la mujer de quien procede el óvulo...;* 7) *Fecundara artificialmente o transfiera un embrión a una mujer dispuesta a entregar el niño a terceros después de su nacimiento*”. La propia ley señala que “*la madre de sustitución ni tampoco la persona que desea tomar a su cargo el niño en forma definitiva*” no serán sancionados. En base a esta regulación, aunque la propia ley, en sí misma, no diga nada, que no indique los sujetos que pueden ser sancionados en dicho caso, la interpretación hace que se le adjudique dicha responsabilidad y la consiguiente sanción al médico que haya llevado a cabo dicha práctica de técnica de reproducción asistida celebrando un contrato de gestación por sustitución. Digo que la legislación alemana es llamativa al respecto, pues considero que la responsabilidad no puede ser achacada sólo a una de las partes, o a una de las tres partes en este supuesto. No se establece la nulidad del contrato, sino la sanción de llevarlo a cabo, y no sólo es el personal sanitario quien actúa en estos casos, por lo tanto, considero que la responsabilidad sólo hacia el médico es, bajo mi punto de vista, injusta.

También la Ley de adopción¹⁷ prohíbe la práctica de la gestación por sustitución, que la castiga con hasta un año de prisión o multa.

Además, cabe citar los artículos 1591 y 1592 del Código Civil alemán (Bürgerliches Gesetzbuch o BGB)¹⁸, modificado recientemente en el 2015, que disponen que se considerará como la madre legal de un niño a la madre que haya dado a luz al mismo, y se considerará como padre del menor, al hombre que esté casado con la madre del niño en el momento del nacimiento de éste.

¹⁶ Disponible en: <http://www.bioeticaweb.com/alemania-ley-de-protecciasn.del-embriasn-n-74590-del-131290/>

¹⁷ Gesetz über die Vermittlung der Annahme als Kind und über das Verbot der Vermittlung von Ersatzmüttern-Adoptionsvermittlungsgesetz- AdVermiG, 2001, modificado en 2008, (BGBl, página 2403).

¹⁸ Disponible en: <http://dejure.org/gesetz/BGB>

Resulta importante traer a colación algunos pronunciamientos del Tribunal Federal alemán al respecto, la más reciente, la Sentencia de 10 de diciembre de 2014¹⁹, en la cual el Tribunal alemán resuelve una solicitud de reconocimiento de una sentencia californiana por la que se declara la filiación de un niño nacido a través de gestación por sustitución respecto de una pareja registrada, de dos varones alemanes, residentes en el país. El fallo de la sentencia fue el de encontrar incompatibilidad entre el reconocimiento de los efectos de esa maternidad subrogada llevada a cabo y el orden público alemán. Todo ello ha sido tras el pronunciamiento del TEDH de 26 de junio de 2014, el cual tendremos la oportunidad de analizar más adelante. A destacar de la sentencia, es que en su apartado 53 establece que a la conclusión a la que se llegó fue por las circunstancias concretas del mismo, dejando la puerta abierta a posibles pronunciamientos contrarios respecto a la maternidad subrogada en un futuro.

FRANCIA: En Francia, cuentan con la Ley n° 94-653 de 29 de julio de 1994²⁰, relativa al cuerpo humano, la cual es completada por la Ley n° 2004-800 de 6 de agosto²¹, relativa ésta a la Bioética.

Las decisiones que toman los tribunales franceses al respecto se basan en los artículos 16-7²² y 16-9 del Código Civil francés²³. Concretamente el artículo 16-7 establece que: *“todo convenio relativo a la procreación o la gestación por cuenta de otro será nulo”*. Por su parte, el artículo 16-9 precisa que: *“las disposiciones del presente capítulo son de orden público”*. Así, los pronunciamientos de los tribunales franceses al respecto son claros, pues los acuerdos de maternidad subrogada son ilegales y además atentan contra el orden público, por ello no se permite la inscripción de dichas filiaciones de ninguna manera.

¹⁹ Disponible en: <http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=pm&Datum=2014&Sort=3&anz=193&pos=1&nr=69759&linked=bes&Blank=1&file=dokument.pdf>

²⁰ Loi n° 94-653 du 29 juillet 1994 relative au respect du corps humain.

²¹ Loi n° 2004-800 du 6 août 2004 relative à la bioéthique.

²² Fue mediante la Ley 94-653 por la que se introdujo este artículo en el Código Civil francés.

²³ Disponible en: <http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006070721>

Además, en el artículo 227-12 del Código Penal francés, se castiga dicha actuación con la pena de seis meses de prisión y multa de 15.000 euros al que intermedie entre una persona o pareja y una mujer que acepte gestar con el último fin de entregarlo al mismo o los mismos. Parece ser, que en Francia, al igual que en Alemania, la responsabilidad no se establece para las personas que llevan a cabo el contrato de gestación por sustitución, y es que en el caso francés, tampoco se hace referencia alguna al personal sanitario interviniente, sino que se establece que los responsables son los intermediarios, digamos que serían las agencias a las que una persona o una pareja acuden para ser asesorados y guiados para llevar a cabo una gestación subrogada. Traigo a colación un supuesto, de dos casos diferentes, que arrojan una consecuencia que ocurría en España antes de la Instrucción de 5 de octubre de 2010 de la DGRN. Se trata de dos casos de padres intencionados que en 2000 y 2001 respectivamente, tuvieron a sus hijos en Estados Unidos gracias a un proceso de maternidad subrogada. Al volver a Francia con los menores, la Corte de Casación de Francia denegó el registro de los mismos por considerar que dicho reconocimiento de la filiación atenta “*contra los principios esenciales del derecho francés*” y es “*contraria al orden público*”. Podemos observar, que se utilizaron los mismos argumentos que se utilizaban en España para determinar que no se reconocía la filiación, eso sí, hasta la llegada de la Instrucción de 5 de octubre de 2010²⁴.

Sin embargo, el 25 de enero de 2013, a través de la circular del Ministerio de Justicia de Francia²⁵, se les ordenó a los tribunales facilitar la nacionalidad francesa a los niños nacidos en el extranjero, con padre genético natural francés, por el método de la gestación por sustitución²⁶. La referida circular fue confirmada por el Consejo de Estado el 12 de diciembre de 2014.

²⁴ Sin embargo, en septiembre de 2014, el TEDH falló contra la prohibición de Francia de establecer el vínculo de filiación, puesto que atenta contra la identidad y la vida privada de los menores.

²⁵ “Circulaire du 25 janvier 2013 erlarive à la délivrance des certificats de nationalité française – convention de mère porteuse – État civil étranger”. Disponible en: http://www.textes.justice.gouv.fr/art_pix/JUSC1301528C.pdf

²⁶ LAMM. E., “Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres”, *Ediciones Univers. Barcelona* 2013, páginas 208 y 209.

ITALIA: En Italia, donde no hay Ley específica relativa a la maternidad por subrogación, según la Ley de 19 de febrero de 2004, n° 40 sobre las normas sobre la procreación médicamente asistida²⁷, que establece en su artículo 12.6 que, *“quien, en cualquier forma, produce, organiza o anuncia la venta de gametos o embriones o subrogación de la maternidad, será castigado con prisión de tres meses a dos años y una multa de 600.000 a 1.000.000 de euros”*, por lo tanto, vemos aquí que la responsabilidad la Ley tampoco la otorga a las partes del contrato, sino a quien la produce, organiza o anuncia, dejando de lado a los comitentes y a la mujer que lleva a cabo la gestación. Es una Ley que no determina la identificación de los padres legales que han tenido acceso a las TRHA, el estatus de las filiaciones y la custodia del nacido.

Es un país que, a pesar de tener medidas restrictivas específicas en torno a la maternidad subrogada, ha habido casos en los que no sólo no se reconoce la filiación del menor respecto de los comitentes en la subrogación, sino que además ha adoptado medidas fuertes en determinados casos, y ya el TEDH se pronunció estableciendo que eran medidas injustas e innecesarias en una sociedad democrática y de derecho, como en el caso de Paradiso y Campinelli contra Italia.

Como dato interesante al respecto en Italia, hay una sentencia del Tribunal Civil de Roma de 17 de febrero de 2000 en la que se procedió a la autorización de la utilización del mecanismo de la maternidad subrogada a una pareja que, la mujer por impedimento de llevar un embarazo, se permitió que acudiesen a esta técnica, pues consideraron que la gestación por sustitución se llevaba a cabo “por amor y no por dinero”, procediendo la gestante a la renuncia de la maternidad y los comitentes a la adopción del menor.

SUIZA: En Suiza, en base al artículo 119.2 d) de la Constitución Federal Suiza de 18 de abril de 1999 *“se prohíbe la donación de embriones, así como todas las formas de maternidad de sustitución”*. Podemos comprobar en este caso concreto, que la Ley hace una prohibición expresa del negocio jurídico de la maternidad por subrogación, no como en los casos anteriores, al igual que en el caso español, que sólo declara su nulidad.

²⁷ Disponible en: <http://www.parlamento.it/parlam/leggi/040401.htm>

También, la Ley Federal sobre procreación médica asistida de 1998, reformada en el 2006, en sus artículos 4 y 31, prohíbe expresamente la gestación por subrogación en todas sus modalidades²⁸.

1.5.2. PAÍSES DONDE LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN ES LEGAL MIENTRAS NO SEA ONEROSA:

ARGENTINA: Se trata de un país que carece de legislación en cuanto a la maternidad por subrogación y donde los supuestos en los que se lleva a cabo este contrato son bastantes.

El Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación regula en su artículo 562 la gestación por sustitución. En este contrato debe haber consentimiento previo, informado y libre de las personas. *“Los nacidos por las técnicas de reproducción humana asistida son hijos de quien dio a luz y del hombre o de la mujer que también ha prestado su consentimiento previo, informado y libre en los términos de los artículos 560 y 561, debidamente inscripto en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, con independencia de quien haya aportado los gametos”*. Así, la filiación quedaría fijada entre el sujeto o sujetos comitentes en el contrato de gestación por sustitución y el menor mediante la prueba del nacimiento del mismo, la identidad de los comitentes en el contrato y el consentimiento controlado por autoridad judicial. Sin perjuicio de lo anterior, sin estos requisitos y el control de autoridad judicial previa, no se puede realizar la gestación por subrogación, pues en ese caso, la filiación sería determinada, al igual que en el caso de España, por la naturaleza, es decir, la madre gestante sería la madre a todos los efectos, como bien establece el artículo 566 de la misma Ley: *“La presunción no rige en los supuestos de técnicas de reproducción humana asistida si el o la cónyuge no prestó el correspondiente consentimiento previo, informado y libre según lo dispuesto en el Capítulo 2 de este Título”*²⁹.

²⁸ SRS Federal Act on Medically Assisted Reproduction (1998). Disponible en: <http://www.admin.ch/ch/e/rs/8/810.11.en.pdf>

²⁹ Código Civil y Comercial de la Nación. Disponible en: http://www.infojus.gob.ar/docs-f/codigo/Codigo_Civil_y_Comercial_de_la_Nacion.pdf

CANADÁ: En Canadá la subrogación como contrato entre dos personas en el que existe la contraprestación económica está prohibida en base a la Ley de Reproducción Humana Asistida de 2004³⁰. Sin embargo, si el negocio se lleva a cabo mediante la gratuidad entre las partes, es perfectamente legal. Las madres gestantes sólo pueden ser compensadas económicamente por los gastos médicos y necesarios acaecidos por dicha gestación, pues según el apartado sexto de la Ley de RHA de 2004, cualquier pago o promesa de pago a una mujer para que realice la gestación para otra u otras personas está prohibido, al igual que tampoco nadie puede ofrecerse a hacerlo mediante recompensa económica. También resulta prohibida la actuación de cualquier persona como intermediaria en un acuerdo por maternidad subrogada que acepte remuneración alguna al respecto. Nadie puede tampoco compeler a una mujer a ser madre sustitua con el conocimiento o fundada razón de la posibilidad de que la mujer sea menor de 21 años. Al igual que en el caso que más adelante analizaremos de Estados Unidos, se obtiene resolución judicial que permite el acceso directo a la nacionalidad española del menor nacido por esta técnica y además conservando la nacionalidad canadiense por nacimiento.

El contrato de gestación por sustitución lo pueden llevar a cabo tanto canadienses como extranjeros, y se admite al respecto todos los modelos de familia, heterosexuales y homosexuales (casados o no), y a hombres y mujeres en solitario.

MÉXICO: En México, existe una falta de legislación al respecto, siendo únicamente cuatro territorios mexicanos los que hacen mención a la maternidad subrogada en sus cuerpos legales. Tenemos, por un lado, a Tabasco y Sinaloa que permiten esta práctica, y por otro, a Coahuila y Querétaro, donde la maternidad subrogada está prohibida.

Mediante la aprobación por la Asamblea Legislativa del Distrito Federal el 30 de noviembre de 2010, se aprobó la iniciativa de la Ley de maternidad subrogada. Se regulaba como una práctica médica de auxilio entre un hombre y una mujer. En su artículo 2 decía que *“la práctica médica consistente en la transferencia de embriones humanos en una mujer, producto de la unión de un óvulo y un espermatozoide fecundados por una pareja unida mediante matrimonio o que vive en concubinato y que*

³⁰ Disponible en: <http://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/A-13.4/page-2.html#docCont>

aportan su material genético”. Podemos observar, que es el primer país de los analizados en el que nos encontramos una clara discriminación por razón de sexo, pues no contempla que puedan acceder a la maternidad por sustitución las parejas homosexuales. Igualmente la ley no contempla la posibilidad de que acuda una sola persona a la figura de la maternidad por subrogación. La discriminación por razón sexual en el caso de las parejas homosexuales, sería del tipo directa, pues la propia ley establece expresamente que los comitentes tiene que ser un hombre y una mujer. Por su parte, para las personas que quieran acudir solos a la maternidad por subrogación, podría ser discutible, pues por un lado se establece que tiene que ser entre hombre y mujer, pero por otro no hace alusión alguna a la posibilidad o no de acudir solo un comitente, así que podríamos defender la posibilidad de que se trate de una discriminación en su vía indirecta, pues la ley, en sí misma, no les discrimina, sino que no les toma en consideración.

Esta maternidad subrogada, para ser válida, tiene que tener la característica de ser gratuita, aunque los padres comitentes deben sufragar los gastos que esa gestación propiciase desde el inicio de la misma hasta la total recuperación de la gestante. Se establece también que la madre gestante debe tener algún parentesco de consanguinidad con uno de los comitentes, salvo que no existiese dicha posibilidad. También se le reconoce expresamente a la gestante la posibilidad de interrumpir el embarazo, bajo las causas tasadas, sin ser objeto de responsabilidad alguna, bajo lo expresado en el artículo 148 del Código Penal del Distrito Federal.

Se establece en cuanto a la madre gestante, que debiera ser una mujer con relación familiar, amistad o relación civil con los padres solicitantes, pero en el caso de que no existiera dicha mujer, pueden proceder a recurrir a una ajena, y de obligación en cualquier caso es presentar un certificado médico.

Por lo que respecta al consentimiento prestado entre las partes, éste deberá ser realizado ante Notario Público. El consentimiento ha de ser indubitable y expreso. Debido a diversas cuestiones, y tras ser objeto de consulta, se reformó la iniciativa de Ley, la cual fue nuevamente aprobada el 20 de diciembre de 2011, aunque todavía no existe como

ley propiamente, sino como propuesta de ley para la figura de la maternidad subrogada³¹.

Resulta importante destacar la situación existente en Tabasco. Su Código Civil, en sus artículos 92, 347, 351 y 360 contempla la maternidad por subrogación. Obviamente existen contrarios a esta situación, que alegan que esos artículos van en contra de los principios familiares de México. Es importante decir que con la última reforma del Código Civil de Tabasco, la figura de la maternidad por subrogación sólo tiene cabida para los mexicanos de forma exclusiva, ahora en México la gestación por sustitución no está legalmente permitida para extranjeros. Para el caso de Sinaloa, los requisitos que presenta para la maternidad por sustitución, son recogidos en el Código Civil de Tabasco con su última reforma de diciembre del 2015.

REINO UNIDO: Aquí la Ley de 1985³² no prohíbe la maternidad subrogada ni sanciona a la madre gestante ni a los comitentes, sino que lo reprochable es la negociación de dichos acuerdos con fin lucrativo. La filiación se establece respecto a la madre que da a luz, y para que los comitentes puedan ser los padres del menor hay que solicitarlo a los tribunales. La ley fue modificada en 1990, introduciendo el matiz de que, la madre gestante pudiese dar marcha atrás a su consentimiento prestado y con una modificación más en 2008³³, podían acudir a la figura de la maternidad por subrogación personas del mismo sexo unidas por unión civil registrada.

Es necesario dejar claro que, para su legalidad, debe ser un contrato gratuito, los contratos de maternidad por subrogación onerosos están prohibidos. Sólo podrán sufragarse los gastos razonables que deriven de la gestación a la madre sustituida.

En el caso del Reino Unido, una vez haya nacido el menor, y la madre gestante haya tenido el llamado “tiempo de reflexión” del que gozan, los comitentes en el contrato son los que acuden al Juez para que accione la transmisión de la filiación hacia ellos,

³¹ Disponible en: <http://www.babygest.es/wp-content/uploads/2014/02/Ley-de-Maternidad-Subrogada-del-Mexico-DF.pdf>

³² Surrogacy Arrangements Act. 1985.

³³ Humans Fertilisation and Embryology Act. 2008. Disponible en: <https://www.gov.uk/>

siguiendo las normas relativas a la adopción. Este proceso se lleva a cabo mediante la llamada “parental order”³⁴.

1.5.3. PAÍSES DONDE LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN ES LEGAL:

INDIA: En este país la gestación por sustitución es un negocio jurídico del todo legal, incluso ha llegado a convertirse en país líder de vientres de alquiler, debido al coste menor que en el resto de países y la legislación poco exigente con la que cuentan en esta materia, pues en India no existe regulación específica en la maternidad por sustitución. La maternidad subrogada comenzó a desarrollarse a finales de los años 70 y ha experimentado en los últimos años un importante crecimiento por las ganancias turísticas que supone para el país.

La práctica de la maternidad subrogada en India se apoya en la “Guía ética para la investigación biomédica y la Participación de seres humanos”, desarrollada por el Consejo Indio de Investigación Biomédico de 2006 y la “Guía para la Reglamentación de Reproducción Asistida”, elaborada por el Ministerio de Salud en 2010. También existe un borrador de Ley en el Parlamento, que desde el año 2010 lleva en proceso.

Todo lo anteriormente citado ha cambiado de forma sustancial a partir del año 2013, cuando fueron añadiéndose nuevas condiciones exigidas para poder llevar a cabo la gestación subrogada en el país. Ellas son:

1. Ser una pareja heterosexual y estar casada desde al menos dos años antes de acudir a este proceso.
2. Ser originario de un país cuya legislación se mostrara favorable a la gestación subrogada.
3. Presentar un visado médico especial.

Por lo tanto, podemos observar que las condiciones son bastante restrictivas, en primer lugar, deja fuera a todas las parejas heterosexuales casadas con una anterioridad menor

³⁴ Establecida en el artículo 30 de la Ley de Embriología y fertilización humana de 2008 (Humans Fertilisation and Embryology Act).

a dos años, a las personas homosexuales, propiciando una discriminación por orientación sexual, y también tanto a hombres como a mujeres que decidan, por voluntad propia o por circunstancias personales, acudir solos a esta técnica.

En segundo lugar, deja fuera a muchos países que no permiten la maternidad subrogada. Ciertamente existen países que la tienen perfectamente contemplada y es legal en determinados Estados, como es el caso de Estados Unidos, pero que tiene unos costes muy elevados y que podrían acudir a India y abaratar así el tratamiento. Pero la verdadera razón por la que las personas salen de sus países de origen a llevar a cabo un contrato de maternidad subrogada, es porque en sus propios países no está legalizada. Bajo mi punto de vista es una condición muy restrictiva que cierra ampliamente la llegada de personas a India con la intención de llevar a cabo dicho negocio jurídico en el país.

En cuanto al tercer requisito, del visado médico, lo que pretende es evitar que el flujo turístico del país se nutra de esta práctica y así controlarlo, obligando a ello consiguen seguir de cerca los contratos de maternidad subrogada³⁵.

Como última novedad, en octubre de 2015, el gobierno indio ha planteado una nueva modificación sobre la ley reguladora de la gestación por subrogación, con la intención de limitar esta práctica solo a los indios, excluyendo así a los extranjeros. Para poder recurrir a la maternidad subrogada, en caso de que se apruebe, se deben cumplir los siguientes requisitos:

1. Ser de origen indio.
2. Ser extranjero residente en India.
3. Ser extranjero casado con un ciudadano de la India.

RUSIA: La maternidad por subrogación en Rusia es accesible prácticamente a todos los mayores de edad que deseen ser padres. Teniendo una legislación tan laxa y abierta, ha convertido a Rusia en un país atractivo de turismo reproductivo para personas que buscan llevar a cabo la maternidad por subrogación, en cuyos países no es legal. En

³⁵ Disponible en: <http://www.babygest.es/wp-content/uploads/2014/02/Requisitos-visado-médico-para-India.pdf>

cuanto a las personas que llevan a cabo este contrato, no se establece la obligatoriedad de que la pareja esté casada e incluso pueden acudir personas sin pareja que desean llevar a cabo este contrato en solitario.

Existe un listado de indicaciones médicas para acudir a la gestación por sustitución, sobre la aplicación de las TRHA en el tratamiento de la infertilidad femenina y masculina de 26 de febrero de 2003. A pesar de ser un listado extenso, sus indicaciones “incondicionales” son³⁶:

- a) Ausencia de útero.
- b) Malformación del útero o cérvix.
- c) Sinequia uterina.
- d) Enfermedades somáticas en las cuales el embarazo está contraindicado.
- e) Varios intentos fallidos de fecundación in Vitro, cuando los embriones tienen la calidad requerida pero una vez transferidos no se logra el embarazo.

Por lo que respecta a la madre gestante, ésta puede serlo si se encuentra en la franja de edad de 29 a 35 años, que tenga, al menos un hijo propio sano, buena salud psicomática y que haya prestado su consentimiento de manera voluntaria sin error ni vicios.

En cuanto a la legislación de la maternidad subrogada en Rusia, ésta se rige por el Código de Familia, en sus artículos 51 y 52, por la Ley de Actos del Estado Civil por su artículo 16.5, y por la Ley 5487-1 sobre la protección de la salud de los ciudadanos de la Federación de Rusia. La madre gestante tiene que dar su consentimiento para que se lleve a cabo dicha inscripción del recién nacido³⁷, no se requiere al efecto ni resolución judicial ni procedimiento de adopción alguno.

³⁶ Establecidas en la Orden nº 67 del ministerio de Salud sobre la aplicación de las TRHA en el tratamiento de infertilidad femenina y masculina del año 2003 a 26 de febrero.

³⁷ Artículo 51.4 del Código Civil de Rusia “*Los cónyuges que hayan dado su consentimiento escrito para la aplicación de la fecundación in Vitro o la implantación del embrión en inscribirán en el libro de nacimientos como los padres del niño nacido mediante dichas técnicas. Los cónyuges que hayan dado su consentimiento escrito para la implantación del embrión en el útero de otra mujer con el fin de que lo geste, sólo serán inscritos como padres del menor con el consentimiento de la mujer que haya dado a luz*”.

Una vez que haya nacido el menor, la madre gestante es la que debe prestar su consentimiento para que los comitentes o padres intencionales sean inscritos en el Registro Civil como padres del recién nacido, lo cual se hace en el centro de maternidad donde la gestante haya dado a luz antes de proceder al alta de la misma. En el Registro Civil no constará mención alguna de la madre gestante.

En base al artículo 35 de la citada Ley 5487-1 sobre la protección de la salud de los ciudadanos de la Federación de Rusia, establece que las mujeres sin pareja tienen iguales derechos a la maternidad que las casadas. También encontramos cobijo en el artículo 51.4 del Código de Familia, pues de él no se desprende que los usuarios deban estar casados, no se establece como requisito necesario para poder poner en marcha el mecanismo de la gestación por sustitución. La afirmación de que fuese requisito previo el estar casada iría en contra de los artículos 38, 45 y 55 de la Constitución rusa. Todo lo anterior nos muestra una discriminación por razón de sexo, pues no se hace mención alguna a la posibilidad de que sea un hombre el que acuda en solitario a un contrato de gestación por sustitución, que igualmente debiera tener ese derecho, pero se le reconoce únicamente a las mujeres.

UCRANIA: En Ucrania la maternidad por subrogación es una figura legal. Es el Código de Familia el que establece que la gestación subrogada comercial en Ucrania está permitida, aunque no se hace mención alguna sobre el contrato de gestación subrogada en sí mismo, sus efectos y proceso.

El artículo 123.2 del Código de Familia de Ucrania³⁸ contempla que *“una vez que en el cuerpo de otra mujer se transfieran el embrión humano concebido por los esposos (hombre y mujer) en virtud de aplicar técnicas de reproducción asistida, los padres del niño serán los esposos”*. De esta manera, una vez dado el consentimiento para la aplicación de Técnicas de Reproducción Asistida, los cónyuges ejercerán de forma ilimitada la patria potestad sobre aquel menor nacido por dicha técnica. Debe quedar claro también que, tanto la gestante como el marido de ésta deben manifestar la renuncia a la custodia del hijo nacido de la gestación para el cuidado y desarrollo por los padres biológicos.

³⁸ Vigente desde el 1 de enero de 2004.

Encontramos también la Orden nº 771 del Ministerio de Sanidad, la cual establece que:

1. La gestante tiene que ser una mujer mayor de edad (mayor de 18 años) con capacidad jurídica. Al menos ha de haber tenido un hijo propio, y ella estar sana tanto a nivel psicológico como físico, debiendo ser capaz de llevar el embarazo de principio a fin.

2. Los padres intencionales o comitentes deben estar casados, ser mayores de edad y que uno de ellos cuente con receta médica para poder someterse al tratamiento de reproducción asistida.

Observamos aquí, que al igual que India y Rusia, no se contempla la posibilidad de acudir a esta figura de maternidad a las parejas homosexuales, con la consiguiente discriminación por razón de sexo que supone y por ende, la obligación de traslado a otro país para llevar el contrato a efecto. Tampoco hace referencia a las parejas de hecho ni a las personas solteras, restringiendo de esta manera el perfil de personas que a este país acuden a ser padres por maternidad por subrogación.

En cuanto a la remuneración que percibe la gestante por llevar a cabo el negocio, será determinada por las partes, sin que exista restricción alguna al respecto. Todo ello en base al artículo 632 del Código Civil de Ucrania.

ESTADOS UNIDOS: Existe una diferencia entre Estados que declaran la maternidad por subrogación como ilegal como el caso de Washington, Michigan, Arizona o Nueva York y Estados que la declaran permisible, el caso de Florida, California o Nueva Jersey.

El Estado de California es el considerado como más liberal, pues cuenta con unos trámites bastante más simples que el resto de Estados, por ello gran parte de los casos que llegan ante nuestros tribunales se han originado a través de acuerdos de maternidad subrogada llevados a cabo en Estados Unidos.

El reconocimiento de filiación se consigue cuando, una vez hecho el acuerdo de contrato de maternidad subrogada, la parte comitente en el contrato celebrado debe

instar el procedimiento judicial regulado en el “California Family Code”³⁹. Mediante este reconocimiento, se establece la filiación del menor nacido por subrogación respecto de los interesados, los comitentes a partir de la sentencia que declara la filiación a su favor y de esta manera se extingue la filiación de dicho menor respecto de la madre gestante.

El “Judgment of Maternity and Paternity” permite que el Hospital y el Ministro de archivos vitales pongan el nombre de los futuros padres en el certificado de nacimiento del menor. Este laudo aseguró que se le otorgue la custodia del menor a los futuros padres después del parto⁴⁰. El mismo laudo anula cualquier derecho que pudiese exigir la madre gestante sobre el menor nacido. Ciertamente es que el derecho que se aplica en cada Estado tiene una gran influencia en la interpretación llevada a cabo por el tribunal.

Resulta de especial interés el artículo de Sonia Bychkov Green al respecto⁴¹.

³⁹ <http://www.leginfo.ca.gov/cgi-bin/displaycode?section=fam&group=07001-08000&file=7960-7962>

⁴⁰ Este certificado debe inscribirse en la Oficina estatal de los registros vitales “The California Office of Vital Records” en el periodo de los diez días posteriores al nacimiento del menor, junto con la sentencia que declara la filiación del mismo respecto de los comitentes. Si este procedimiento no es llevado a cabo, la filiación se establecerá respecto de la mujer gestante.

⁴¹ Disponible en: <http://repository.jmls.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1050&context=facpubs>, páginas 47-51.

1.6. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO 835/2013 DE 6 DE FEBRERO DE 2014⁴²:

A continuación analizaremos el pronunciamiento del Tribunal Supremo, que por primera vez lo hace relativo a un caso de gestación por sustitución internacional.

La Sala Primera del TS ha resuelto en Pleno Jurisdiccional un recurso de casación en materia de impugnación de una resolución de la DGRN sobre la filiación de dos niños nacidos en California por maternidad subrogada.

El proceso comenzó por una demanda presentada por el Ministerio Fiscal frente a una resolución de la DGRN que acordaba la inscripción de los dos menores en el Registro Civil, la cual había sido previamente denegada por el encargado del Registro Civil Consular de España en Los Ángeles. Pues bien, dicha demanda fue estimada en primera instancia y como consecuencia se dejó sin efecto la inscripción del nacimiento en el Registro de esos dos menores sin reconocer así la filiación con sus padres, los comitentes del contrato de gestación por sustitución, ambos del mismo sexo de género masculino. Tras esta sentencia de primera instancia, los interesados en el proceso, los padres, interpusieron recurso de apelación contra la misma, el cual fue nuevamente desestimado por la Audiencia Provincial de Valencia. Ante esta nueva desestimación, interpusieron recurso de casación ante el Supremo.

La sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014 desestima el recurso de casación interpuesto, con voto particular de los magistrados Seijas Quintana, Ferrándiz Gabriel, Arroyo Fiestas y Sastre Papiol. Esta sentencia canceló la inscripción de nacimiento de los dos menores, con la consecuencia primera de no poder obtener la nacionalidad española. Dice no negar su inscripción pero sí su filiación respecto a los recurrentes. Se alega en la sentencia que en Europa es general la prohibición de la gestación por sustitución mediante precio, y que, en España concretamente, es un contrato nulo de pleno derecho, pues en España la filiación se determina por el nacimiento, por el parto.

⁴² Disponible en:

https://www.upf.edu/dret/_pdf/seminaris/STSx_1x_nxm._835.2013x_de_6_de_febrero_de_2014.pdf

Dice la STS que se trata de una previsión legal de “orden público internacional”, pues el TS afirma que el artículo 10.1 de la Ley 14/2006 integra el orden público internacional español, por lo tanto no concibe que se alegue por las partes el argumento del “interés superior del menor”, como vía para conseguir un “resultado contrario a la ley”. Establece la necesidad de ponderar todos los bienes jurídicos que entran en juego en este caso, que sería el respeto a la madre gestante y el interés superior del menor de no ser objeto de tráfico mercantil.

En cuanto a una posible discriminación por razón de sexo, el Tribunal la desmonta alegando que la causa de la denegación de la inscripción no es porque los padres sean del mismo sexo masculino, sino que dicha filiación trae causa de un contrato nulo en España, que es la gestación por subrogación. Deja entender que, en el caso de que los solicitantes hubieran sido de sexo opuesto, una sola persona o una pareja del mismo sexo femenino, el resultado hubiera sido el mismo, pues la filiación trae la misma causa. La sentencia deja abierta la puerta a la posibilidad de obtener esa inscripción y filiación a través de las figuras de la adopción el acogimiento. Por lo tanto, y desde ese momento, todas las certificaciones registrales aunque deriven de un contrato estipulado con la gestante por parte de una pareja heterosexual casada serán consideradas contra el orden público internacional español.

El voto particular plantea el hecho de que esta situación que se tenía que resolver no debió haberse llevado a cabo basándose en el artículo 10 de la Ley 14/2006, sino que tuvo que haberse hecho desde “el análisis del orden público internacional en relación con el interés superior del menor”, pues parece que en este caso en base al principio del orden público en solitario, se le priva de su identidad y de una familia a dos menores. Dice el voto particular que “no hay orden público si en el caso se contraría el interés de un niño, una persona de carne y hueso, perfectamente individualizada”. Más adelante analizaremos cómo la sentencia del TEDH de 26 de junio de 2014 afecta a esta decisión de TS.

Mediante esta sentencia, el TS sienta doctrina en base al reconocimiento de la filiación de un contrato que surge por la gestación por sustitución, en los supuestos de previo reconocimiento extranjero de la misma mediante resolución judicial. Así, dicha inscripción de filiación no es válida en los casos en los que se produce una infracción de

las normas, como en el caso español en concreto, que declara que la gestación por sustitución es nula de pleno derecho, en base al artículo 10.1 de la Ley 14/2006. El interés superior del menor, aquí planteado para la aprobación de dicha solicitud de inscripción, tiene la consideración de “concepto esencialmente controvertido, sobre el que no existe unanimidad social”. Se viene a desprender del razonamiento del Tribunal que, junto a dicho interés del menor tienen que tenerse en cuenta otros aspectos, como las reglas que conforman la legislación nacional y las convenciones internacionales, y que puede servir de apoyo para interpretar y valorar la aplicación de la ley, pero nunca para contrariar la misma, es decir, debe haber un proceso de ponderación de bienes jurídicos a proteger y no darle primacía a cualquier precio⁴³.

El artículo 3.1 de la CNU, establece que : *"En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño"*, precepto que también ha sido incorporado en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea en su artículo 24.2 *"En todos los actos relativos a los menores llevados a cabo por autoridades públicas o instituciones privadas, el interés superior del menor constituirá una consideración primordial"*. Como una vez más señala con acierto el voto particular, retomando una cita ajena, *"no hay orden público si en el caso se contraría el interés de un niño, una persona de carne y hueso perfectamente individualizada"*; y tiene cabida en la CE en su artículo 39. El TS considera el interés superior del niño como una cláusula general cuya aplicación ha de hacerse para interpretar y aplicar la ley y colmar sus lagunas, pero no para contrariar lo expresamente previsto en la misma, de esta manera afirma que, aunque el hecho de no reconocer la filiación discutida pueda significar un perjuicio para el menor, resulta necesario llevar a cabo esa ponderación de valores anteriormente aducida, para fallar con una solución que sea la menos perjudicial para los menores en cuestión⁴⁴.

⁴³ JIMÉNEZ MUÑOZ, F.J. “Denegación de la inscripción de la filiación determinada por la celebración de un contrato de gestación por sustitución. Comentario a la STS 835/2013 de 6 de febrero de 2014(RJ 2014,736)”, *Rev. Boliv. De derecho* n° 18, julio de 2014, ISSN: 2070-8157, páginas 400-419.

⁴⁴ ANTONIO ZENNA, F., “La gestación por sustitución en España. La situación actual tras la STS de 6 de febrero de 2014”, *Revista online El Derecho*.

Siguiendo el pensamiento de Francisco Antonio Zenna, dotar de esa magnitud al artículo 10 de la Ley 14/2006 “considerándola de orden público internacional español, es excesivo”, pues se trata de un precepto que conlleva la nulidad del acto, no supone la realización de un ilícito penal. Además, si tenemos en cuenta que la tendencia en Europa es el reconocimiento de la figura de la gestación por sustitución en su vía solidaria, sin mediar precio alguno, éste considera que: “visto el estado actual del fenómeno, creo que la determinación de la filiación a favor de los padres intencionales es la solución idónea para resolver tanto los problemas de los españoles que practican el llamado turismo reproductivo, como aquella idónea a salvaguardar y tutelar el interés superior del niño y su derecho a una identidad única”⁴⁵. Añade en su comentario que, siendo una situación que año tras año crece el número de personas que acude a ella para poder ser padres, a nivel político no se había hablado sobre esta cuestión. Ello hasta ahora, con la propuesta por el partido de Ciudadanos, el cual pretendía regular la gestación subrogada con el consentimiento expreso de las partes implicadas y con plenas garantías jurídicas, mediante la constitución de un contrato de gestación que ampare a la gestante sustituta y a los padres intencionales y lograr que la filiación sea inequívoca.

Todo ello, una posible regulación del supuesto de la gestación por sustitución, trae razón de que, siguiendo la línea de Javier Casado Ramón, “Por encima de cualquier interpretación, lo que es innegable es que hay que dar una solución práctica a este tipo de problemas, ya que carece de sentido que no pueda inscribirse la filiación de los menores respecto a una o varias personas con los que puede o no puede tener vínculos genéticos, pero sí afectivos. Pero tampoco pueden admitirse situaciones en las que se produzcan fraudes de ley, vulnerando la normativa española con base en documentos dictados en países que permiten estas técnicas reproductivas”, pues considera que nos encontramos ante una situación complicada, que, por el momento, se resuelve en los Juzgados y los Tribunales, mientras el poder legislativo no ponga una solución a ello⁴⁶.

⁴⁵ ANTONIO ZENNA, F., “La gestación por sustitución en España. La situación actual tras la STS de 6 de febrero de 2014”, *Revista online El Derecho*.

⁴⁶ CASADO RAMÓN, J., “La inscripción de la gestación por sustitución realizada en el extranjero: Comentario a la STS 835/2013”, *Revista online El Derecho*.

Noelia Igareda González considera que “los cambios sociales, científicos y de género, obligan a que nuestra sociedad se replantee y discuta de nuevo, las razones por las que la gestación por sustitución fue excluida de las TRHA admisibles en España desde la primera ley de 1988”, y plantea que la posibilidad de regular la gestación por sustitución en España tendría como principal consecuencia “dar respuesta a la creciente demanda social” que acude a esta técnica para ser padres. También sería positivo para paliar el “turismo reproductivo”, garantizando el derecho y la seguridad jurídica de las partes en el contrato. El principal cambio que conllevaría esta regulación, sería en cuanto a las relaciones de parentesco y su constitución, pues hasta ahora se consideran relaciones biológicas, pues la filiación se determina por el parto, pero el establecimiento de la figura de la gestación por sustitución, supondría un cambio en ello, reconociendo dicha filiación basándose en criterios de la voluntad, aquella que prestan los comitentes en el contrato de gestación por sustitución, surgiendo así la maternidad y paternidad no biológica, sino intencional⁴⁷.

Como principal consecuencia tras la STS 835/2013, fue la paralización de las inscripciones que se realizaban en base a la Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010. Tras dicha paralización se aprobó en el 13 de junio de 2014 en el Consejo de Ministros una propuesta de reforma de la Ley del Registro Civil, que restringiría el reconocimiento en España de la filiación en los casos de gestación por sustitución. A pesar de todo ello, tuvo que haber un nuevo cambio de rumbo, debido al pronunciamiento del TEDH en dos sentencias de 26 de junio de 2014, que más adelante tendremos la oportunidad de comentar y analizar⁴⁸.

Miguel Sáez-Santurtún Prieto, por su parte, sostiene que el interés superior del menor debe estar por encima de todo, siempre habrá que procurar la protección de los mismos. Es cierto que el concepto puede ser indeterminado, pero en su aplicación como derecho fundamental debe ser aplicado tanto por la legislación nacional como por los juzgadores. Por lo tanto, se debe aceptar la práctica de la gestación por sustitución y la

⁴⁷ IGAREDA GONZÁLEZ, N., “La inmutabilidad del principio-mater sempre certa est- y los debates actuales sobre la gestación por sustitución en España”, *Revista de Filosofía, Derecho y Política*, nº 21, enero de 2015, ISSN 1698-7950.

⁴⁸ DURÁN AYAGO, A., “Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil Pleno, 835/2013 de 6 de febrero de 2014 (ROJ: STS 247/2014), Reseñas de jurisprudencia (enero-junio de 2014) internacional privado”, *Ars Iuris Salmanticensis*, vol. 2, diciembre de 2014, 277-282, ISSN 2340-5155.

inscripción de la filiación respecto a esos padres intencionales pensado en el interés del menor, pues al negarles esta situación “se les estaría situando en un limbo jurídico de difícil solución para el menor y para la sociedad”, planteando que la solución real a este problema sería el establecimiento de un convenio de maternidad subrogada, como propone el autor Vela Sánchez, tomando como guión lo establecido en la Instrucción de 5 de octubre de 2010 de la DGRN o los ordenamientos extranjeros al respecto⁴⁹.

También, encontramos el artículo de Iván Heridia Cervantes⁵⁰ como crítica a la sentencia reseñada. En cuanto al interés superior del menor, dice “el modo en que la sentencia concreta el interés superior del menor resulta, cuanto menos, pintoresco. Y es que, pese a que el TS reconoce que la privación de la filiación a los menores podría suponerles inconvenientes, entiende que por encima de los perjuicios que éstos pudieran sufrir, debe garantizarse el respeto a su dignidad, dignidad que se vería menoscabada si se convirtiera en objeto del tráfico mercantil (Fundamento Quinto). Es decir, el Tribunal antepone “la dignidad del menor” al reconocimiento de su filiación por parte de nuestras autoridades registrales y, por tanto, a su posible desamparo. Resulta difícil negar la sorpresa ante esta forma de defender los intereses del menor, máxime cuando, tal y como ha señalado con acierto S. Álvarez González “la dignidad del nacido no se ve ni puede verse afectada por el hecho de haber sido concebido para ser querido y educado por quien no lo gestó y, en supuestos ordinarios, no le causa ningún daño”. Todo ello porque vemos en la STS antepone la dignidad del menor al reconocimiento de su filiación.

⁴⁹ SÁEZ-SANTURTÚN PRIETO, M., “La maternidad subrogada: estado actual de la cuestión a raíz de la STS de 6 de febrero de 2014, *Diario La Ley*, nº 8293, Sección Tribuna, 15 de abril de 2014, Año XXXV, Editorial La Ley. (La Ley 1745/2014).

⁵⁰ HERIDIA CERVANTES I. , “El Tribunal Supremo y la gestación por sustitución. Crónica de un desencuentro”, *Revista 54 Opinión, El Notario del Siglo XXI*, de 9 de abril de 2014.

CAPÍTULO II: MATERNIDAD SUBROGADA Y MARCO JURÍDICO EN EUROPA.

Sucede en la Unión Europea que los Estados miembro tienen posiciones muy heterogéneas en cuanto a la maternidad subrogada se refiere, como hemos tenido la oportunidad de abordar anteriormente, con países en los que la figura es totalmente legal, países en los que no está regulada, países en los que es ilegal y como el caso español, en el que es declara nulo de pleno derecho (Artículo 10 de la Ley 14/2006).

Al mismo tiempo que no logra unificarse un criterio para la maternidad subrogada en Europa, la maternidad por subrogación sufre un avance importante, con nuevas posibilidades que hace que se genere una mayor problemática a la hora de resolver. Ocurre, como en las situaciones que iremos comprobando con el estudio en este trabajo, que los residentes de países en los que no se permite llevar a cabo la maternidad subrogada, acuden a países en los que sí se contempla y permite, regresando a sus respectivos países de origen con el menor fruto del contrato llevado a cabo, con sus resoluciones judiciales que establecen la guarda y custodia y los reconocen como progenitores del mismo, a fin de que la misma sea reconocida y pueda ser inscrito el menor en el país de origen de los comitentes como hijo de ellos mismos. No cabe duda de que esta situación hace que surjan una serie de problemas de índole jurídica como son la determinación de esa filiación del menor y la determinación de la existencia del derecho a permisos de maternidad para los progenitores, en definitiva de los derechos parentales. Analizaremos a continuación la postura de los Tribunales europeos en cuanto a estos dos temas.

Antes de abordar el tema de la prestación por maternidad en casos de maternidad por subrogación, creo necesario traer a colación unas sentencias del TEDH muy importantes que han puesto punto y final al debate sobre la filiación de esos menores nacidos en el extranjero mediante la maternidad por subrogación y la inscripción de los mismos en el Registro Civil español como hijos de los comitentes en el contrato de maternidad por subrogación llevado a cabo.

Pues bien, como ya hemos dejado constancia anteriormente, en España, mediante la instrucción de 5 de octubre de 2010 del la DGRN, era posible tal reconocimiento de la

filiación en España por resolución judicial extranjera. Pero con la sentencia del TS de 6 de febrero de 2014, parece que tácitamente se “derogó” dicha instrucción, pues no se tuvo en cuenta para fallar en la misma. Ahora traeremos unas sentencias que van a dejar claro cuál es la postura que tiene que adoptarse en cuanto a dicho reconocimiento de la filiación por medio de resolución judicial extranjera en caso de maternidad subrogada.

2.1. PUNTO DE PARTIDA. PRONUNCIAMIENTOS DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS:

Por lo que respecta a la maternidad subrogada, las SSTEDH tienen una gran importancia, no únicamente por los casos que han resuelto, sino porque esas resoluciones que toma el mismo, tienen consecuencias en los Estados miembro, o que puede ocasionar cambios en sus ordenamientos internos, en sus políticas y pronunciamientos en relación a la figura de la gestación por sustitución.

El TEDH realiza un profundo análisis de la cuestión en estos casos. En esencia, se centra en una valoración del artículo 8 del CEDH⁵¹, relativo al derecho a la vida privada y familiar, que dice:

“1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia.

2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás”.

⁵¹ Disponible en: <http://www.derechoshumanos.net/Convenio-Europeo-de-Derechos-Humanos-CEDH/articulo8CEDH.htm>

Comprobamos que el no reconocimiento y por ende, la ausencia de inscripción registral, afecta a muchos actos de la vida privada diaria y tiene consecuencias en materia de nacionalidad y derechos hereditarios.

Como dato de interés al respecto, el Tribunal realiza una distinción entre los aspectos relativos a la vida familiar, de los recurrentes; y de los relativos al derecho a la vida privada, en este caso solo con respecto a los hijos.

2.1.1. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS DE 26 DE JUNIO DE 2014. ASUNTO 65192/11 MENNESSON CONTRA FRANCIA⁵²:

Antes que nada, previo el análisis de la siguiente sentencia, el TEDH también dictó ese mismo día resolución sobre el asunto 65941/11 Labasse contra Francia, utilizando el mismo razonamiento para llegar a la esperada conclusión⁵³.

Por lo que concierne a esta sentencia en concreto, un matrimonio homosexual, los Menneson, acudieron a la figura de la maternidad por subrogación para convertirse en padres. Una vez logrado, y ya de vuelta en su país con la resolución judicial extranjera que reconocía a ambos como progenitores de unos gemelos nacidos en California, Estado en el que es válida la figura de maternidad por subrogación, la Corte de casación francesa considera esta actuación en fraude de ley al existir una prohibición de orden público sobre este contrato y sus efectos en Francia. Como ya hemos tenido la ocasión de decir, en base a los artículos 16-7 y 16-9 del Código Civil francés, todo pacto que persiga el fin de la maternidad subrogada, aunque en el lugar donde se realice sea perfectamente legal, resultará contrario al orden público francés. Por lo tanto, y como resulta obvio, Francia no reconoce la filiación de los gemelos respecto de los padres comitentes del contrato de gestación por subrogación, que ahora se encuentran en un “limbo”.

⁵² Disponible en: [http://hudoc.echr.coe.int/eng#{\"itemid\":\[\"001-145389\"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng#{\)

⁵³ Disponible en: [http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-145180*#{\"itemid\":\[\"001-145180\"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-145180*#{\)

En esta situación acaecida, viene a dar un poco de luz la sentencia que ahora analizamos, el TEDH analiza los puntos en los que se basa la sentencia de la Corte de casación francesa para no reconocer dicha filiación, y por ende dejar desprotegidos los intereses de los menores en cuestión.

En primer lugar, acude al artículo 8 del CEDH del derecho a la vida privada y familiar. La sentencia de casación no lo considera oportuno al caso, pues es de la opinión de que, al haberse creado esa figura de unidad familiar a través de un contrato que es declarado ilegal por el Código Civil francés, no se puede pretender el reconocimiento yendo en contra de las leyes nacionales. Aquí el TEDH va a venir a considerar que, a pesar de que existe la posibilidad por parte de los Estados firmantes de la Convención de tener un margen amplio de actuación y que cada país puede “apreciar” la ley siempre y cuando la respete, tratando de adaptarla. Pero viene a establecer aquí el TEDH que en casos como la filiación, que constituye “un aspecto de la identidad esencial de los niños” y que aunque sea un tema que tiene connotaciones morales y éticas muy grandes y falta de unanimidad de criterio en los Estados de Europa, ese margen de apreciación debería tener un acotamiento mucho mayor, es decir, no dar lugar a diversos puntos de vista, pues está en juego la identidad del individuo como miembro de la sociedad.

Resulta importante que en el cumplimiento de las leyes nacionales se cuide el interés de los ciudadanos, en especial el interés superior del menor en este caso en concreto, y que se pueda disfrutar del derecho a la vida privada y familiar y viene a decir que, el hecho de no reconocer el vínculo de filiación con los padres comitentes de la gestación subrogada, tiene como consecuencia principal la destrucción de su vida familiar.

Analiza el TEDH las consecuencias del no reconocimiento de la discutida filiación para esos menores, siendo en primer lugar la incertidumbre que existe en cuanto a si esos menores van a acceder o no a la nacionalidad francesa, el tema relativo a los derechos de sucesión, pues sin esa filiación no podrían heredar salvo que fuesen designados legatarios, situación que tiene una protección menor a la de un heredero legítimo, entre otras privaciones y limitaciones que generaría el hecho de privarles de una identidad filial. También en cuanto a las prestaciones y beneficios sociales que se adquieren por la figura de la maternidad y paternidad, de la que los progenitores no podrán disfrutar y tampoco esos menores, ello respecto al derecho a la vida familiar de los recurrentes.

El TEDH falla a favor del interés superior del menor, que considera muy importante en la balanza con otros derechos o la propia ley a la hora de decidir un reconocimiento o no de la filiación. Así, se establece que el Estado francés se ha extralimitado en el margen discrecional de interpretación de la norma, considerando que ha violado el derecho a la vida privada y familiar, considerando pues que ha violado el artículo 8 del mencionado Convenio, remarcando que existe una relación directa entre la vida privada de los niños nacidos por gestación por sustitución y la determinación jurídica de su filiación. El Tribunal establece como principio esencial que, cada vez que está en cuestión la situación de un niño, debe primar ante todo el interés superior del menor.

Al considerar la filiación como un aspecto esencial de la identidad del individuo, y frente a la negativa de los Tribunales franceses de establecer lazos paterno filiales entre los comitentes y los niños, se ha creado un desequilibrio sin justificación entre los intereses del Estado francés y el respeto a la identidad de los menores. Por lo tanto, dicha infracción del derecho a la vida privada y familiar es respecto de los menores, que ven su derecho afectado, no respecto de los padres del mismo, yendo en contra del interés superior del menor, como elemento de especial protección.

Esta sentencia ha tenido una gran importancia, pues viene a establecer un cambio, una posición que obligará a cambiar las decisiones que se han estado tomando, modificando por completo la idea preconcebida de la figura de la maternidad por subrogación y el reconocimiento de la filiación, que tiene unos efectos de reconocimiento de derechos al estar reconocida, como el supuesto de las prestaciones por maternidad que es el supuesto que aquí he venido a estudiar, pues la filiación reconocida abre automáticamente la puerta a toda una serie de figuras que aparecen en relación a la familia que se ha creado.

Así, parece que no cabe la posibilidad de denegar esa filiación bajo ningún concepto, pues el interés jurídico superior del menor tiene una importancia mayor a las demás connotaciones previamente analizadas, siempre que esté reconocida por resolución judicial extranjera. Con este pronunciamiento, indirectamente, viene a cuestionarse el fallo emitido por el TS en esa sentencia de 6 de febrero del 2014, procediéndose a modificar el pensamiento y razonamiento que se llevó para denegar la filiación en casos de maternidad subrogada.

Pues podemos observar entonces que, como parte de la doctrina, el TEDH se muestra favorable al reconocimiento de un estatuto jurídico al menor nacido en el extranjero como consecuencia de un contrato de maternidad subrogada, de una filiación, nacionalidad, derechos sucesorios y demás derechos que puedan acontecer por la condición de relación entre padres e hijos.

Es cierto, que existe un “margen de apreciación” respecto a la interpretación de los artículos de la Convención, por parte de los Estados firmantes, pero al igual que Flores Rodríguez J., soy de la opinión de que frente a derechos que puedan ir en detrimento de los menores por su no reconocimiento, el margen debiera tener un acotamiento. *“resulta «conveniente atenuar el margen de apreciación del que dispone el Estado en este asunto». En efecto, «cuando un aspecto particularmente importante de la existencia o de la identidad del individuo está en juego, el margen dejado al Estado se encontrará de ordinario restringido»*”⁵⁴.

Flores Rodríguez J. Cita textualmente que: *“Así, resulta preciso llegar a un equilibrio entre el interés de la colectividad a que sus miembros acaten las decisiones adoptadas democráticamente en su seno y el interés de los ciudadanos -especialmente el interés superior del niño- a disfrutar plenamente de los derechos concernientes a su vida privada y familiar. Así pues, la ausencia de reconocimiento por el Derecho de un Estado del vínculo de filiación con los padres de intención puede tener como consecuencia la destrucción de su propia vida familiar”*. Por lo tanto, resulta necesario realizar ese análisis de “proporcionalidad”, poniendo en la balanza los dos intereses afectados y optando por dar preferencia al que se considera interés superior, a saber, el del menor por su vulnerabilidad.

Analicemos ahora la **STEDH de 27 de enero de 2015 que resuelve el asunto Paradiso et Campanelli contra Italia**, como la sentencia más reciente en cuanto a materia de maternidad subrogada se refiere, en este Tribunal⁵⁵. Ciertamente es que el caso con el que nos encontramos es muy diferente a lo que hemos analizado, los hechos son una sustracción de la menor por parte del Estado italiano a los padres comitentes, y su posterior entrega

⁵⁴ FLORES RODRÍGUEZ J., “Vientres del alquiler: más cerca de su reconocimiento legal en Europa: Comentario a la STEDH”, *Diario La ley*, nº 8363, de 28 de julio de 2014, página 5.

⁵⁵ Disponible en : [http://hudoc.echr.coe.int/eng#{\"fulltext\":\[\"Paradiso\"\],\"itemid\":\[\"001-150770\"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng#{\)

en adopción, pero la esencia de esta situación es la misma, todo ello surge por una maternidad subrogada llevada a cabo en el extranjero.

Resulta muy importante destacar que el Tribunal alega que una afeción del orden público cuando la misma esté provocada por una gestación por sustitución, por ser prohibida, no puede prevalecer sobre el interés superior del menor.

Parece desprenderse de esta afirmación, que si se establece como imperativo la doctrina del TEDH de que el orden público a proteger por cada Estado está por debajo del interés del menor en los casos de maternidad subrogada, no habrá nada que puedan hacer los Estados cuando se les presente un caso de la materia.

Visto el análisis de estas SSTEDH, la doctrina que establece respecto a la maternidad subrogada supone un cambio muy importante, pues da una solución totalmente opuesta a la que los Estados venían fallando. Si bien justifica la injerencia de los Estados en la vida privada y familiar de las personas que acudieron a la técnica de la maternidad subrogada, pues en ambos países se trata de una práctica prohibida, hay una diferencia.

En el caso de Francia, en sus dos casos, la injerencia debatida la entiende como proporcional y justa, en el caso italiano es justo lo contrario, considera las medidas adoptadas como desproporcionadas totalmente. Partiendo de esa base, en ambos casos la idea principal que se saca de estas sentencias es que, estando frente al interés superior del menor, éste se sitúa por encima de los intereses de cada Estado frente al mantenimiento de su orden público.

De esta manera, en el caso de Francia, se establece que el no reconocimiento de la filiación de un menor, con independencia del modo en que haya venido al mundo, atenta contra su dignidad, privándole de tener identidad propia, posicionándolo en una incertidumbre jurídica. Por cuanto se refiere al caso italiano, como ya he dicho, el Tribunal considera las medidas adoptadas como extremas y sin justificación, con independencia de que el menor haya nacido por maternidad subrogada.

Respecto a las SSTEDH, acudimos a la CDN, que protege mediante su artículo 7: *“1. El niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que*

nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos. 2. Los Estados Partes velarán por la aplicación de estos derechos de conformidad con su legislación nacional y las obligaciones que hayan contraído en virtud de los instrumentos internacionales pertinentes en esta esfera, sobre todo cuando el niño resultara de otro modo apátrida". Con esta redacción, lo que se pretende es evitar que el menor quede en ese "limbo jurídico" del que habla el Tribunal en el supuesto de la no aceptación de la inscripción del menor como hijo de los padres intencionales o comitentes del contrato de maternidad subrogada. Así, de esta manera, la decisión del Tribunal de casación francés iba en contra de esta Convención, al igual, que mediante el artículo 8: "*1. Los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas. 2. Cuando un niño sea privado ilegalmente de algunos de los elementos de su identidad o de todos ellos, los Estados Partes deberán prestar la asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad*". Este supuesto de infracción sería aplicable para el caso de Italia, pues el Tribunal ha cuestionado la actuación del Estado italiano con respecto al menor y su separación forzosa de los padres subrogantes y su dada en adopción, lo consideran una injerencia, que a pesar de poder encuadrarla en justificada, por el hecho de ser ilegal el contrato por gestación subrogada en el país, se ha producido una actuación desmesurada e injusta por parte del mismo, que se encuadra en "injerencias ilícitas" por parte del Estado sobre la familia y en concreto sobre el menor y su situación de desprotección.

En cuanto a la protección especial que se otorga al interés superior del menor, proclamado por el artículo 3.1 de esta Convención, "*1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño*". Ello sirve de base al razonamiento que trae el Tribunal dando prelación al interés superior del menor frente al interés del Estado por mantener el orden público.

Pues bien, superado el hecho de la filiación, afrontaremos el tema del trabajo en cuestión, que es el acceso a las prestaciones y permisos que la figura de la maternidad

ofrece y estudiaremos la posibilidad de obtenerlos en caso de que la maternidad sea por maternidad por sustitución.

2.2. MATERNIDAD Y DERECHO INTERNACIONAL Y COMUNITARIO:

En primer lugar, y previo al análisis de la Directiva específica de maternidad y el trabajo en la Unión Europea, resulta necesario hacer una breve lectura sobre la figura de la maternidad.

Por lo que respecta a la Declaración Universal de Derechos Humanos⁵⁶, en su artículo 12 se establece que : *“Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques”*. Ello nos lleva a las sentencias anteriormente analizadas, pues cierto es que el Tribunal señala que esa intromisión llevada a cabo por el Estado estaba justificada en principio en los casos de Francia y no en el de Italia. Como bien se expresa aquí, la vida privada goza de esa “inmunidad”, pero una intromisión en la misma ha de verse justificada por el interés del Estado de hacer cumplir sus normas y de evitar que se lleven a cabo comportamientos contrarios a las leyes. Todo ello, como ya hemos dicho previamente, el interés superior del menor se encuentra por encima del interés del Estado, así que aunque la injerencia pueda encontrar justificación, la protección del menor prima en estos supuestos.

El artículo 16.3 expresa que: *“La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado”*. Ello muestra la importancia que se le otorga a la familia como institución jurídica y por ende a la maternidad, otorgándole una protección especial, pues se considera a la familia como la base de la sociedad.

Por lo que respecta a la nacionalidad, en su artículo 15, *“1. Toda persona tiene derecho a una nacionalidad. 2. A nadie se privará arbitrariamente de su nacionalidad ni del*

⁵⁶ Disponible en : <http://www.un.org/es/documents/udhr/>

derecho a cambiar de nacionalidad”. Mediante el citado artículo, se viene a dar fuerza a la protección que se le otorga al menor y a la imposibilidad de dejarlo en un “limbo legal”, al no reconocer esa inscripción como hijo de los padres intencionales o comitentes del contrato de maternidad subrogada.

Por último haremos hincapié en la protección que se le otorga a la figura de la maternidad por medio de esta Declaración. En su artículo 25.2 se establece que: “*La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales. Todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio, tienen derecho a igual protección social*”. Así se reconoce el derecho a la prestación por maternidad, que no hace referencia ni restringe a ningún tipo de maternidad, biológica o no biológica, entendiendo de esta manera que ambos tipos quedan respaldados por la norma. De esta manera entendemos que no cabría la posibilidad de una exclusión de este reconocimiento en caso de maternidad subrogada, pues a pesar de no hacer mención expresa, parece quedar protegida la maternidad en términos generales.

Pasemos ahora al CEDH⁵⁷, el cual en su artículo 8 establece que: “*1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia. 2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás*”. Partimos aquí del mismo análisis llevado a cabo anteriormente, la injerencia está justificada si es por la protección del interés del Estado, siempre y cuando dicha injerencia sea proporcional, no así en el caso de Italia anteriormente analizado. Y aunque el interés del Estado esté justificado, el interés del menor prima sobre éste. Por cuanto se refiere al respeto de la vida privada y familiar, como bien se establece por la STEDH de 26 de junio de 2014, se hace una diferenciación entre este derecho con respecto a los padres y con respecto a los menores, señalando finalmente que la infracción de ese derecho afecta a los menores directamente, en contra del interés superior del menor.

⁵⁷ Disponible en: http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_SPA.pdf

En cuanto a la protección que recibe la figura de la maternidad por la CDFUE⁵⁸, en un primer lugar nos vamos a detener en el artículo 7 de la misma, que dice que: *“Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de sus comunicaciones”*. Pues bien, de esta manera se protege de forma indirecta la figura de la maternidad, y de esas posibles injerencias por parte del Estado para proteger sus intereses que ya hemos visto anteriormente.

En segundo lugar, mediante el artículo 33, *“1. Se garantiza la protección de la familia en los planos jurídico, económico y social. 2. Con el fin de poder conciliar vida familiar y vida profesional, toda persona tiene derecho a ser protegida contra cualquier despido por una causa relacionada con la maternidad, así como el derecho a un permiso pagado por maternidad y a un permiso parental con motivo del nacimiento o de la adopción de un niño”*. Nos encontramos pues, ante una protección más específica de la figura de la maternidad, que promueve la existencia de un permiso de maternidad para el descanso de la madre y cuidado del menor tras el nacimiento o la adopción. Cierto es, que la norma no hace mención alguna a la maternidad por subrogación, pero también es cierto que tras la lectura del artículo no se desprende su no inclusión, pues habla de “permiso tras el nacimiento”, y en el caso de la maternidad subrogada efectivamente lo hay, aunque no sea del vientre de la madre que pretenda solicitar dicho permiso retribuido de maternidad. Dicho esto, se puede afirmar que no se pretende dejar desprotegida la figura de la maternidad por subrogación, sino que bajo el articulado encaja sin ningún problema.

2.2.1. LA DIRECTIVA 92/85/CEE⁵⁹:

La Directiva 92/85/CEE de 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en periodo de lactancia. La misma, en su artículo 2, define los conceptos que la propia Directiva va a proteger, en los cuales no tiene cabida la figura que analizamos en este trabajo, pues la maternidad por subrogación se

⁵⁸ Disponible en: http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_es.pdf

⁵⁹ Disponible en: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CONSLEG:1992L0085:20070627:ES:PDF>

caracteriza porque la madre que la contrata no se ha encontrado encinta, por ello no existe parto propio de la madre comitente, y como hemos observado puede ser que le dé el pecho al menor, pero el cual no tiene procedencia de una maternidad biológica, que es la planteada en los supuestos anteriormente definidos⁶⁰. Según esta Directiva, la finalidad que se persigue es proteger la salud de la madre del niño, durante la específica situación de vulnerabilidad derivada del embarazo. Por lo tanto, podemos observar que, textualmente, la Directiva no contempla dicha situación para las madres que lo han sido por contrato de gestación por sustitución.

La Directiva en su artículo 8 establece las reglas para el permiso de maternidad. Aquí no hace más que presentar unos mínimos en cuanto al periodo que debe durar ese permiso de maternidad en los casos que la Directiva establece. Cuando la Directiva habla de unos periodos mínimos, está dejando la puerta abierta a que los Estados miembro de la Comunidad Europea puedan mejorar dichas condiciones mínimas exigidas, otorgando, por ejemplo, una cobertura temporal más amplia de la que aquí se da⁶¹. Por lo tanto, y una vez analizado este artículo, podemos observar nuevamente que la maternidad por subrogación no encuentra protección, pues el mismo se remite al artículo 2, anteriormente reseñado, para establecer los supuestos en los que esos permisos de maternidad han de tener cabida.

⁶⁰ Artículo 2: A efectos de la presente Directiva se entenderá por:

a) trabajadora embarazada: cualquier trabajadora embarazada que comunique su estado al empresario, con arreglo a las legislaciones y/o prácticas nacionales;

b) trabajadora que ha dado a luz: cualquier trabajador que haya dado a luz en el sentido de las legislaciones y/o prácticas nacionales, que comunique su estado al empresario, con arreglo a dichas legislaciones y/o prácticas nacionales;

c) trabajadora en período de lactancia: cualquier trabajadora en período de lactancia en el sentido de las legislaciones y/o prácticas nacionales, que comunique su estado al empresario, con arreglo a dichas legislaciones y/o prácticas nacionales.

⁶¹ Artículo 8: Permiso de maternidad:

1. Los Estados miembros tomarán las medidas necesarias para que las trabajadoras a que se refiere el artículo 2 disfruten de un permiso de maternidad de como mínimo catorce semanas ininterrumpidas, distribuidas antes y/o después del parto, con arreglo a las legislaciones y/o prácticas nacionales.

2. El permiso de maternidad que establece el apartado 1 deberá incluir un permiso de maternidad obligatorio de como mínimo dos semanas, distribuidas antes y/o después del parto, con arreglo a las legislaciones y/o prácticas nacionales.

Parece necesario resaltar que la propia Directiva no protege tampoco situaciones de maternidad que, como en el caso de España, están perfectamente reconocidas como maternidad no biológica, así es el caso de la adopción y el acogimiento, situaciones a las cuales el Estado español ha otorgado la misma protección que para la maternidad biológica o natural, encontrando amparo legislativo para poder resultar beneficiarios de los mismos beneficios que la maternidad por embarazo produce. Todo ello hace pensar que la posibilidad de una protección en España de la figura de maternidad por subrogación y una supuesta equiparación en cuanto a derechos con la adopción y el acogimiento sería perfectamente posible, pues se estaría protegiendo una situación que, aunque la legislación comunitaria no tiene en cuenta, tiene una importancia suficiente como para encontrarle una alternativa y, muy importante, no se estarían incumpliendo las normas europeas, pues aquí se establecen siempre unos mínimos que son de necesario cumplimiento y que cada Estado miembro es libre de mejorar dichas condiciones o incluso ampliar los sujetos beneficiarios, siempre que con ello no se esté incumpliendo la normativa.

2.2.2. LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA:

A continuación traemos al caso las sentencias del TJUE en las que se han pronunciado sobre la maternidad por subrogación.

Dentro de esta gran problemática, ha dictado dos sentencias muy interesantes, optando por un fallo negativo en ambas en cuanto a la concesión del derecho a un permiso de maternidad en el caso de la maternidad subrogada, lo cual contrasta, según lo visto, con la jurisprudencia española, que ha optado por proteger esta situación guardando el interés jurídico superior del menor, lo cual tendremos la oportunidad de comprobar en el próximo capítulo.

Procederemos a analizar de forma conjunta la **STJUE de 18 de marzo de 2014 asunto C-167/12⁶²** y la **STJUE de 18 de marzo de 2014 asunto C- 363/12⁶³**.

⁶² Disponible en:

<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=149387&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=934336>

La primera de las sentencias resuelve un caso ocurrido en Reino Unido, donde la maternidad por subrogación es legal siempre que no sea onerosa. Plantea las siguientes cuestiones: En primer lugar, si la madre comitente del contrato de gestación por sustitución debería beneficiarse de un permiso y prestación por maternidad. Para poder responder a esta pregunta el Tribunal acude a la Directiva 92/85/CEE anteriormente reseñada. Son los artículos 2 y 8 de la misma los que se van a analizar para aclarar ese derecho o no a acceder esa prestación.

Ya hemos expuesto el contenido de dichos artículos y mediante el estudio de los mismos, el Tribunal en su argumentación hace hincapié en la idea de que la prestación por maternidad tiene por objeto lo que se refiere a la protección de la mujer que está embarazada y a la mujer después del parto, aunque se le reconoce también la función de proteger la relación o vínculo entre la madre y el menor nacido. También establece que, es un punto importante la salud de la madre, que es quien se encuentra en “situación de vulnerabilidad derivada del embarazo”, que dicho precepto persigue proteger en las situaciones de madre trabajadora, como una esencia misma del derecho de conciliación de la vida laboral y familiar.

Pues bien, en base a lo argumentado por el propio Tribunal al respecto, parece claro que consideren que la madre que lo es por haber acudido a la técnica de la maternidad por subrogación, no entra dentro del prisma o ámbito que persigue proteger la Directiva 92/85/CEE. El permiso de maternidad se regula en la Directiva por el artículo 8, que para poder encuadrarse una mujer dentro del mismo, tiene que responder a una de las definiciones que nos aporta el artículo 2 de la misma. Se entiende que al no haber estado embarazada, y por ende no haber dado a luz, no encaja dentro de la protección que los artículos 2 y 8 de la Directiva. De esta manera, los Estados miembro no están obligados a conferir a la madre subrogante una prestación social de maternidad.

No obstante, considero importante recalcar que, tal y como dejó bien establecido el Tribunal en la sentencia, la Directiva establece “unas situaciones mínimas de protección”, lo que quiere decir que los Estados miembro pueden aplicar normas que

⁶³ Disponible en:

<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=149388&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=935074>

sean más favorables al respecto, permitiendo en el caso concreto, que una madre devenida a tal por un contrato de gestación subrogada, pueda acceder al permiso de maternidad como si de madre biológica se tratase. Todo ello a través de disposiciones legislativas, reglamentarias o administrativas más favorables para la protección de la seguridad y la salud de las madres subrogantes que hayan tenido un hijo gracias a un convenio de gestación por sustitución.

En segundo lugar, se plantea si el hecho de la negativa a ese permiso de maternidad supondría una discriminación por razón de sexo, en su vía directa o indirecta. Para afrontar esta cuestión, el tribunal acude a la Directiva 2006/54/CEE, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación⁶⁴. En concreto se hace referencia al artículo 14 de la misma⁶⁵, todo ello en relación con su artículo 2 en su apartado 1 a) y b)⁶⁶ y apartado 2 b) y c)⁶⁷, que nos remite a la Directiva 92/85/CEE.

⁶⁴ Disponible en: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2006:204:0023:0036:es:PDF>

⁶⁵ Artículo 14:

1. No se ejercerá ninguna discriminación directa ni indirecta por razón de sexo en los sectores público o privado, incluidos los organismos públicos, en relación con:

- a) las condiciones de acceso al empleo, al trabajo por cuenta propia o a la ocupación, incluidos los criterios de selección y las condiciones de contratación, cualquiera que sea el sector de actividad y en todos los niveles de la jerarquía profesional, incluida la promoción;
- b) el acceso a todos los tipos y niveles de orientación profesional, formación profesional, formación profesional superior y reciclaje profesional, incluida la experiencia laboral práctica;
- c) las condiciones de empleo y de trabajo, incluidas las de despido, así como las de retribución de conformidad con lo establecido en el artículo 141 del Tratado;
- d) la afiliación y la participación en una organización de trabajadores o empresarios, o en cualquier organización cuyos miembros ejerzan una profesión concreta, incluidas las prestaciones concedidas por las mismas.

2. Los Estados miembros podrán disponer, por lo que respecta al acceso al empleo, incluida la formación pertinente, que una diferencia de trato basada en una característica relacionada con el sexo no constituirá discriminación cuando, debido a la naturaleza de las actividades profesionales concretas o al contexto en que se lleven a cabo, dicha característica constituya un requisito profesional esencial y determinante, siempre y cuando su objetivo sea legítimo y el requisito proporcionado.

⁶⁶ Artículo 2.1 A efectos de la presente Directiva se entenderá por:

a) «discriminación directa»: la situación en que una persona sea, haya sido o pudiera ser tratada por razón de sexo de manera menos favorable que otra en situación comparable;

b) «discriminación indirecta»: la situación en que una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros sitúan a personas de un sexo determinado en desventaja particular con respecto a personas del

A este respecto, tras el estudio de la Directiva, el Tribunal concluye afirmando que no existe tal discriminación, ni en su vía directa ni en la indirecta, argumentando que “la razón esencial de esta denegación no afecta exclusivamente a los trabajadores de uno u otro sexo”. Añade que “una madre subrogante que haya tenido un hijo gracias a un convenio de gestación por sustitución no puede por definición ser objeto de un trato menos favorable ligado a su embarazo, pues ella no ha estado encinta de ese niño”. Por lo que se refiere a la Directiva 92/85/CEE, no se puede decir tampoco que haya sido objeto de trato menos favorable, pues en base a la misma, los Estados miembro no están obligados a otorgar el permiso de maternidad a una madre que lo haya sido por contrato de gestación por sustitución, pues en la Directiva no encuentra cabida esta figura.

Podemos observar pues, que el Tribunal mantiene una postura restrictiva al respecto, no contemplando la posibilidad de otorgar el permiso por maternidad a una madre por subrogación. Ciertamente es, como hemos podido comprobar, que la ley en sí misma no hace referencia a ella y la deja desprotegida, pero deja claro que son los Estados miembro los que pueden decidir si amplían los supuestos de acceso a dicho permiso. Queda claro también, que si en el caso analizado, en Reino Unido donde la gestación por subrogación es legal si es altruista, debiera ser el propio Estado el que busque mecanismos que amparen la protección de este tipo de maternidad, otorgándole el derecho al acceso a ese permiso y prestación por maternidad.

Por lo que respecta a la STJUE de 18 de marzo de 2014 asunto C-363/12, se trata de un caso ocurrido en Irlanda, donde la maternidad por subrogación no es legal, que fue llevada a cabo en California.

Aquí, en cuanto a la primera cuestión planteada, de si existe discriminación por razón de sexo por no haberle sido otorgado el permiso equivalente al de maternidad o adopción, al igual que en el caso de la sentencia anteriormente analizada, se acude a la

otro sexo, salvo que dicha disposición, criterio o práctica pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima y que los medios para alcanzar dicha finalidad sean adecuados y necesarios;

⁶⁷ Artículo 2.2 A efectos de la presente Directiva, el concepto de discriminación incluirá:

b) La orden de discriminar a personas por razón de su sexo;

c) El trato menos favorable a una mujer en relación con el embarazo o el permiso por maternidad en el sentido de la Directiva 92/85/CEE.

Directiva 2006/54/CEE. El Tribunal utiliza argumentos similares a los anteriormente desarrollados, no contemplando la existencia de discriminación ni en vía directa ni indirecta respecto a la citada Directiva, y trae a colación la STJUE asunto C-167/12, para determinar que tampoco se encuentra dentro del ámbito de protección de la Directiva 92/85/CEE, alegando también que los Estados miembro no tienen la obligación de amparar dicha maternidad bajo la rúbrica del articulado la esta Directiva.

Se discute también si el hecho de denegar el permiso retribuido equivalente al de adopción constituiría así una discriminación por razón de sexo. Resulta necesario acudir al artículo 16 de la Directiva 2006/54/CEE⁶⁸. El Tribunal viene a argumentar que, con este artículo no se le está otorgando al Estado la facultad de reconocer derechos como el permiso por adopción, sino que lo que este protege es que, en los Estados en que se reconozca el derecho a obtener un permiso por adopción, se tomarán las medidas necesarias para proteger a estos trabajadores durante el disfrute de estos derechos, como los casos de despido, la reintegración al puesto de trabajo o beneficiarse de cualquier mejora producida durante su ausencia en el trabajo a la que se hubiese podido tener derecho. Visto así, el Tribunal considera que el supuesto relativo al permiso por adopción, en cuanto que pueda resultar discriminatorio por no haberle sido otorgado, no encuentra cabida en esta directiva, no resulta aplicable.

En segundo lugar, se plantea una posible discriminación por razón de discapacidad, pues la madre subrogante acude a este método por sufrir una malformación, de que a pesar de tener óvulos, no tiene útero y como consecuencia tiene la incapacidad de quedarse embarazada. Para poder responder a si es discriminatorio por razón de discapacidad el denegar un permiso retribuido equivalente a un permiso de maternidad, acude el Tribunal a la Directiva 2000/78/CEE⁶⁹, que se refiere a la limitación que sufre

⁶⁸ Artículo 16: Permiso de paternidad y de adopción:

La presente Directiva no afectará al derecho de los Estados miembros a reconocer derechos específicos al permiso de paternidad y/o de adopción. Los Estados miembros que reconozcan tales derechos tomarán las medidas necesarias para proteger a los trabajadores —hombres y mujeres— del despido motivado por el ejercicio de dichos derechos y garantizarán que, al término de dicho permiso, tengan derecho a reintegrarse a su puesto de trabajo o a uno equivalente, en condiciones que no les resulten menos favorables, y a beneficiarse de cualquier mejora en las condiciones de trabajo a las que hubieran podido tener derecho durante su ausencia.

⁶⁹ Disponible en: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2000:303:0016:0022:es:PDF>

una persona para interactuar y que impida su participación plena y efectiva en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores. De ello el Tribunal desprende que, aunque sufra una dolencia física, éste no es el concepto de discapacidad que se sustrae de la Directiva, pues se determina que esa imposibilidad de engendrar no ha sido óbice para el desarrollo profesional de la madre subrogante hasta el momento, por lo tanto no considera que exista esa discriminación alegada por la no obtención del permiso solicitado, todo ello en base al artículo 5 de la propia Directiva⁷⁰.

Resulta incuestionable que la decisión que adopta el Tribunal en los dos supuestos se ampara en la literalidad del cuerpo legal de las Directivas, y que no puede decirse que sean pronunciamientos contrarios a derecho, pero ello no quiere decir que no cree situaciones injustas y que éstas deban ser corregidas. Nos encontramos ante una figura jurídica, la maternidad por subrogación, que se trata de un fenómeno familiar en expansión, y no se debería optar desde una posición que restringe, sino desde una posición constructiva e inclusiva. Esta negativa por parte del Tribunal en ambos supuestos, choca fuertemente con la tónica que se venía llevando en España en cuanto a esta materia, por ello tendremos la oportunidad de observar el cambio jurisprudencial sufrido en España a este respecto con la doctrina del TJUE, lo que hace muy interesante el estudio de estas dos sentencias⁷¹.

Como hemos dicho anteriormente, el Tribunal advierte que la Directiva 92/85/CEE establece las exigencias mínimas de protección de las embarazadas trabajadoras, sin excluir que los Estados miembro puedan ampliar esa protección a las madres subrogantes, así, parece lógico afirmar que, *“un tribunal nacional no puede fundamentar el rechazo a la solicitud de prestación de la madre intencional basándose*

⁷⁰ Artículo 5: Ajustes razonables para las personas con discapacidad:

A fin de garantizar la observancia del principio de igualdad de trato en relación con las personas con discapacidades, se realizarán ajustes razonables. Esto significa que los empresarios tomarán las medidas adecuadas, en función de las necesidades de cada situación concreta, para permitir a las personas con discapacidades acceder al empleo, tomar parte en el mismo o progresar profesionalmente, o para que se les ofrezca formación, salvo que esas medidas supongan una carga excesiva para el empresario. La carga no se considerará excesiva cuando sea paliada en grado suficiente mediante medidas existentes en la política del Estado miembro sobre discapacidades.

⁷¹ DIAGO DIAGO, M^a P. “LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA”, *Revista Jurídica de Catalunya*, nº 3 de 2014, página 257.

en la STJUE que ha resuelto la cuestión 167/12”⁷². Como bien explica aquí, “Deberá examinar el derecho interno y decidir si el mismo ha ido más allá de lo que la Directiva le imponía y comprende o no, explícita o implícitamente, el derecho a prestación de maternidad de la madre intencional. Si llega a una conclusión negativa aún podría llegar a cuestionarse si la falta de reconocimiento de tal derecho implica alguna de las discriminaciones proscritas por el artículo 14 de nuestra Carta Magna y plantear la oportuna cuestión de constitucionalidad”. Por lo tanto, el Tribunal aquí no ofrece un pronunciamiento que pueda ser acogido como base para decidir, pues deja la puerta abierta a la discrecionalidad de cada Estado, y por lo tanto, sus resoluciones propias pueden ser objeto de recurso.

Por lo que respecta a la Directiva 2006/54/CEE, que reconoce la libertad a los Estados miembro para conceder o no un permiso de adopción, en la sentencia concluye el Abogado General que “cuando el Derecho nacional prevé el permiso retribuido por adopción -u otra forma de permiso que no dependa del requisito específico de que la persona interesada haya soportado un embarazo- debe incumbir al tribunal remitente valorar, a la luz de ese Derecho nacional, si la aplicación de normas distintas a los padres adoptivos y a los padres que han tenido a su hijo a través de un acuerdo de maternidad subrogada, constituye una discriminación (punto 67 de las conclusiones)”. De esta manera, si nos encontramos en un país como España, que reconoce el derecho a la prestación por maternidad en los supuestos de adopción y acogimiento, si nos basamos en los pronunciamientos anteriores del TJUE para denegar el derecho a la prestación por maternidad a esas madres subrogantes, supondría una posible discriminación de los padres subrogantes en relación con los padres adoptantes y acogedores, pues es cierto que no hay discriminación por razón de sexo aludida, pero si que la habría por razón del método escogido para ser padres, subrogación frente adopción⁷³. Traslada en este punto Moreno Pueyo que, “En todo caso, las dudas sobre la posible constitucionalidad de la norma interna excluyente de la protección de la

⁷² MORENO PUEYO, M.J., “La prestación de maternidad en los casos de maternidad subrogada. Estado de la cuestión tras los pronunciamientos del TJUE 18/03/2014”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, ISSN 0212-6095, N° 172, 2015, página 3.

⁷³ MORENO PUEYO, M.J., “La prestación de maternidad en los casos de maternidad subrogada. Estado de la cuestión tras los pronunciamientos del TJUE 18/03/2014”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, ISSN 0212-6095, N° 172, 2015, página 3.

madre intencional deberían trasladarse al Tribunal Constitucional y no solventarse a través del recurso a la analogía y la constatación de una posible laguna legal". Si planteamos esta situación a recurso ante el TC por vulneración del derecho a la igualdad y no discriminación del artículo 14 de la CE, se haría de forma directa el juicio de proporcionalidad a la negativa comparando ambas situaciones, discriminación de padres subrogantes frente a adoptantes y el permiso y prestación por maternidad en estos supuestos reseñados, resolviendo directamente el Constitucional en base a la normativa nacional y pudiendo resultar una discriminación de tipo indirecta por no ser contemplada por la norma relativa al supuesto.

Aquí gozará de un papel relevante La Conferencia de la Haya, que trata de uniformar los acuerdos internacionales para conseguir llegar a una regulación internacional que aporte soluciones a esta realidad cada vez más palpable.

“Puede concluirse que la solución efectiva para paliar los efectos negativos de la maternidad por subrogación ante el empleo pasa por reformar la Directiva 92/85/CEE, en el sentido de que incluya la regulación de >los vientres del alquiler< y, a su vez, que se establezcan medidas de conciliación para esta nueva maternidad[...]. Es necesario que se refuerce el ejercicio del derecho de conciliación y, de manera significativa, sobre las mujeres que son madres por sustitución [...]. Exige una implicación real del legislador para que este colectivo de padres por subrogación pueda mantener su puesto de trabajo o acceder al mercado laboral simultáneamente con el disfrute de su familia. En definitiva, reconocer, al menos los mismos derechos de conciliación que para el resto de padres, con independencia de la vía por la que han conseguido serlo”⁷⁴.

Según la postura mantenida por Diago Diago, *“en los dos supuestos existe un estado de necesidad lo suficientemente importante como para que se active la protección del menor en forma de concesión de prestación por maternidad para su cuidado. Un bebé requiere de asistencia y cuidado y ello es así con independencia de si el niño nace en España por un contrato declarado nulo o nace en otro país conforme a un derecho que acepta tales contratos. Por eso mismo, se requiere un desarrollo jurisprudencial que dé*

⁷⁴ RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, E. “La desprotección de la maternidad por subrogación en la jurisprudencia europea frente al derecho a la igualdad en el empleo (II)”, *Trabajo y Derecho*, nº 4, Abril 2015, páginas 5-6. , Editorial Wolters Kluwer.

cobertura a esta situación, y que ponga el acento en el interés del niño y en la necesidad de paliar la situación no deseable que se generaría de no conceder tal prestación. Bien entendido que, por tanto, se extendería a ambos supuestos y no se generaría una discriminación intolerable entre trabajadores españoles residentes en España, pues el tratamiento sería el mismo: la concesión de la prestación en aras a la protección del menor, al margen de las circunstancias concretas que concurriesen en su nacimiento.

Es deseable que se logre un equilibrio en la determinación de las prestaciones sociales que garantice la protección del hijo en aras al cumplimiento del artículo 39 CE, sin que se rompa el principio de igualdad entre los posibles beneficiarios de tales prestaciones. Sin duda, la argumentación jurídica es complicada, pero enfocar toda la situación desde el interés superior del bebé y su estado de necesidad, puede ayudar a dar solidez jurídica a las soluciones hasta ahora adoptadas por nuestros Tribunales”⁷⁵, mostrando de esta manera su disconformidad con la decisión tomada por el TJUE en cuanto al no reconocimiento de la prestación a los solicitantes del permiso de maternidad.

⁷⁵ DIAGO DIAGO, M^a P. “ LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA”, *Revista Jurídica de Catalunya*, n° 3 de 2014, página 261.

2.3. LA CONFERENCIA DE LA HAYA EN TORNO A LA MATERNIDAD SUBROGADA:

La Conferencia de la Haya es una organización interestatal cuyo principal objeto es unificar las normas de Derecho Internacional Privado de los Estados miembro, intentando aportar una solución a aquellas situaciones en las que se halla implicado más de un país. Las diferencias de las que hablamos entre países traen su causa de los diferentes sistemas jurídicos entre cada uno de ellos.

Pues bien, al respecto de la maternidad subrogada, que se trata de una práctica recurrida cada vez con mayor frecuencia, al no estar regulada en la mayoría de los países miembro y al existir también diferentes regulaciones jurídicas al respecto, la Conferencia de la Haya se ha visto motivada a encontrar una solución para esta situación. Se trata de una solución que es necesaria para abrir un “camino” hacia la regulación de esta figura, que después deberá ser afrontada por los diversos Estados miembro, mediante una propia regulación estatal.

Así, en este último año 2015, la Conferencia de la Haya se ha vuelto a reunir, pues lleva años haciéndolo para lograr encontrar una solución en torno a la maternidad subrogada, para tratar el tema de este tipo de maternidad, más concretamente los acuerdos de subrogación internacionales⁷⁶.

En el informe que emitió a este respecto, se analizaron las sentencias del TEDH en relación a los asuntos Labasse y Mennesson contra Francia y el asunto Paradiso et Campanelli contra Italia. Resulta de gran interés para la Conferencia el hecho de que el Tribunal haya aclarado sobre el artículo 8 del CEDH en cuanto al respecto a la vida privada y familiar de las personas y por lo que se refiere al derecho a formar una familia; así como en cuanto a su apartado segundo y esa posibilidad de injerencia en la vida privada de las personas por parte del Estado para hacer respetar su orden público, pero siempre amparada en ser justa, proporcional y necesaria dicha injerencia, que ha de pretender buscar un equilibrio entre los intereses del Estado y los de la persona directamente afectada. Hace referencia al interés superior del menor, en base al cual el

⁷⁶ Conferencia de la Haya sobre Derecho Internacional Privado (2015): “The Parentage / Surrogacy Project: an updating note” (Prel. Doc. No 3A of February 2015).

TEDH resuelve en beneficio del mismo, debiendo permitir la inscripción de su filiación respecto de los padres intencionales. También entró en el análisis de la Conferencia la STS de febrero de 2014.

Así, lo que se pretende es asumir la llamada doctrina del orden público atenuado⁷⁷, para aquellas situaciones creadas en el extranjero, y permitir de esta forma reconocerle efectos jurídicos que surgen de la gestación por subrogación que haya sido realizada al amparo de un ordenamiento jurídico extranjero, incluso en los casos en los que dicha práctica sea prohibida por el Estado al que se solicita dicho reconocimiento, como es el caso de España. La razón de ello es que, aunque se trate de una práctica no permitida, es una situación de la que derivan una serie de efectos jurídicos, como pueden ser derechos sucesorios de los menores o el derecho al permiso de maternidad de las madres que derivan de esa maternidad, y debemos reconocerlos. Ocurre en estos casos de maternidad subrogada que los Estados, en aplicación de sus leyes, al amparo del principio de soberanía estatal, deniegan los efectos que se producen por la maternidad subrogada, siendo así un impedimento estas situaciones tan dispares entre países que reconocen o no dicha forma de maternidad, para lograr construir una convención internacional.

La Conferencia muestra su interés por la maternidad subrogada desde 2001, con la realización de unas consultas informales, “Cuestiones de derecho internacional privado relativas al estatus de los niños y en particular el reconocimiento de la filiación”⁷⁸, y durante los siguientes años hasta la actualidad. De todo ello se puede desprender la preocupación mostrada por la maternidad subrogada, pues realmente se producen consecuencias relativas a la falta de regulación que existe en los Estados.

⁷⁷ Tal y como disponen A. Rodríguez, B. Campuzano, M^a.A. Rodríguez y A. Ybarra, “hablamos del efecto del orden público atenuado cuando determinadas instituciones pese a que en principio son contrarias al orden público español, pueden producir ciertos efectos. Un claro ejemplo sería los matrimonios poligámicos en España, que si bien están prohibidos, nuestra jurisprudencia ha admitido ciertos efectos jurídicos a tales matrimonios como el derecho de las viudas a percibir la pensión de viudedad.”, *Manual de Derecho Internacional Privado*, 2014, ed. Tecnos. P.156.

⁷⁸ “*Observaciones relativas a la Estrategia de la Conferencia de La Haya – Observaciones realizadas por otras organizaciones internacionales y observaciones realizadas a nivel personal en respuesta a la carta del Secretario General del 30/31 de julio de 2001*”, Doc. Prel. N° 20 a la atención de la Décimo Novena Sesión.

Parece posicionarse la Conferencia de la Haya a favor de crear un marco de acción multilateral con la finalidad de conseguir lograr el reconocimiento de los efectos que genera la realización de un convenio de maternidad por subrogación, y evitar así la desprotección del menor como interés superior a proteger. No olvida la figura de la madre gestante, debido a que pretende evitar la utilización de la mujer como un objeto de procreación mediante el intercambio de dinero.

CAPÍTULO III: LA MATERNIDAD POR SUBROGACIÓN Y EL PERMISO DE MATERNIDAD EN ESPAÑA.

SOBRE LA NUEVA NORMATIVA APLICABLE:

Me gustaría hacer mención al nuevo texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social que entró en vigor el 1 de enero de 2016, aprobado por RDL 8/2015 de 8 de octubre, concretamente en lo que se refiere a la figura de la maternidad, pues todo el análisis que he realizado se basa en la vigente hasta el 2015, aprobada por el RDL 1/1994, por el que se aprobó el texto refundido de la LGSS, y me gustaría aportar las novedades a las que nos enfrentamos.

En primer lugar, notamos que hay un cambio de ubicación, encontrándose ahora regulada la maternidad a partir del artículo 177 de la nueva LGSS. En el primer artículo 177, antiguo 133 bis, encontramos la primera diferencia, que incluye dentro de las situaciones protegidas la guarda con fines de adopción, la cual antes no estaba especificada, y que hace referencia al artículo 49 del Estatuto del Empleado Público, pues antes se hacía referencia a la Ley 30/1984 de medidas para la reforma de la función pública.

La segunda modificación está en el artículo 178.3, antiguo 133 ter apartado 3º, pues en este caso también se hace referencia a la Ley 7/2007 del EEP, en los casos de adopción internacional.

Como podemos comprobar, en los artículos que nos interesan para la determinación de la prestación por maternidad, y si ésta tiene cabida en los supuestos de maternidad subrogada, no ha habido cambio alguno que mejore o empeore la situación que hasta el momento teníamos. La reforma no ha afectado al tema que analizamos en este trabajo, por lo tanto, el problema sigue existiendo, la no contemplación de la maternidad subrogada en los supuestos de prestación por maternidad sigue persistiendo, así los Juzgados y Tribunales seguirán fallando de manera dispar, pues se podrán basar en la literalidad de la ley para no reconocer el derecho a la prestación por maternidad, o por analogía podrán reconocerlo, entendiendo que resulta importante proteger el interés superior del menor, y que la situación lo merece porque, aunque no haya habido

embarazo o parto por la o el solicitante, pues es con independencia del sexo, de la prestación, la realidad es que hay un menor que necesita de cuidados que ha llegado como miembro nuevo a una unidad familiar y eso es una parte muy importante, si no la más, que persigue la permiso y prestación por maternidad.

3.1. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN:

Una vez analizados los problemas que conlleva la gestación por subrogación en cuanto a la inscripción en el Registro Civil y la filiación, plantearemos el tema objeto del trabajo. Pues bien, uno de los principales problemas se refiere al reconocimiento de las prestaciones de la Seguridad Social ligadas a la maternidad.

Comprobamos que, la figura de la maternidad por subrogación, no se encuentra protegida por los artículos artículo 48.4 y 45.1 d) del Estatuto de los Trabajadores, ni en por el artículo 177 y siguientes de la LGSS, y tampoco en el Real Decreto 259/2009 de 6 de marzo, que se encarga de la regulación de las prestaciones económicas que ofrece la Seguridad Social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia. No es menos cierto que, con la evolución, los avances y las situaciones un día contempladas a la hora de legislar, es perfectamente lógico que no se planteasen las figuras que a día de hoy existen y no se les pueda dar la protección que precisan. Todo ello porque la maternidad por gestación por sustitución genera una situación de filiación que no está contemplada en estos cuerpos legales.

Por lo que respecta al artículo 48.4 del ET establece la suspensión con reserva de puesto de trabajo en el supuesto específico de la maternidad por parto, de maternidad natural, dentro de la cual la figura de la maternidad por subrogación no entra, pues se trata de una maternidad no biológica, en la que el parto es llevado a cabo por una mujer ajena, mientras que la filiación se le otorga a los comitentes del contrato, que se convierten en los padres legales del menor nacido por dicha técnica. En el párrafo sexto de este artículo, se nos conduce a otros supuestos de suspensión del contrato de trabajo en el caso de maternidad acaecida por adopción o acogimiento, tanto preadoptivo como permanente o simple, con los requisitos específicos al respecto. Nos referimos al artículo 45.1 d) del ET. Por lo tanto, podemos ver que la figura de la maternidad por

subrogación no encuentra cabida bajo ninguno de los preceptos relativos a la maternidad en el ET. Ello se debe al hecho de no estar reconocida como tipo de maternidad no biológica y declarada nula de pleno derecho en base a la Ley 14/2006 en su artículo 10.1. Nos encontramos con un precepto, el artículo 48, que no parece dejar lugar a dudas en lo que se refiere a la imposibilidad de inclusión de la maternidad obtenida por la subrogación. No obstante, en base a una interpretación extensiva del artículo 45.1 d), hace referencia al término maternidad, el cual es muy genérico y no especifica qué tipo de maternidad sea, con lo cual, podría introducirse dentro de la “maternidad” la maternidad subrogada, pues en esencia es maternidad no biológica.

La LGSS en su artículo 42 establece que la acción protectora del sistema de la Seguridad Social comprende la asistencia sanitaria y las prestaciones por maternidad. Así, en su artículo 177 define las situaciones que son protegidas por la prestación por maternidad. Son aquellas causadas por *“la maternidad, la guarda con fines de adopción y el acogimiento familiar, de conformidad con el Código Civil o las leyes civiles de las comunidades autónomas que lo regulen, siempre que, en este último caso, su duración no sea inferior a un año, durante los periodos de descanso que por tales situaciones se disfruten, de acuerdo con lo previsto en el los apartados 4, 5 y 6 del artículo 48 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, y en el artículo 49. a) y b) de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público”*. Se añade, mediante el artículo 178 de la misma Ley, que este hecho de protección, ser beneficiario del subsidio por maternidad, es para cualquier trabajador por cuenta ajena con independencia de su sexo, siempre que se cumplan los requisitos establecidos en la normativa, que consiste en *“estar afiliado y en alta en este régimen o en situación asimilada al alta, al sobrevenir la contingencia o situación protegida”*, exigido por el artículo 165.1 de la misma.

Teniendo en cuenta el tenor literal del articulado, el Instituto Nacional de la Seguridad Social, viene denegando estas prestaciones en el caso de la maternidad subrogada, aduciendo el hecho de que no hay maternidad biológica ni no biológica de la que se encuentra contemplada en la Ley. Es decir, se trata de una situación no contemplada en el artículo 177 de la LGSS y de hecho, se trata de un contrato considerado nulo de pleno derecho, y entienden que la filiación de los menores es determinada por el parto. Bajo mi punto de vista, un formalismo, pues se trata igualmente de una técnica de maternidad

no biológica, de maternidad sin parto previo, pudiendo ser perfectamente equiparable a las otras figuras de maternidad no biológica sin problema.

En el artículo 2 del RD 295/2009 de 6 de marzo, observamos también cuales son las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural, todas ellas protegidas por la prestación por maternidad. Si llevamos a cabo una interpretación de tipo restrictiva al respecto, llegamos a la conclusión de que otra modalidad no incluida en el articulado queda excluida del mismo, que es lo que ocurre con la maternidad subrogada. No es menos cierto, que en su artículo 2.2 se establece que *“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, cuya duración no sea inferior a un año, cualquiera que sea su denominación”*. Con esta redacción tan abierta, tan laxa, podríamos entender, sin ningún tipo problema, que la maternidad por subrogación entra dentro del mismo, pues si cumple los requisitos de la Instrucción 5 de la DGRN, que hace alusión a esa resolución judicial del país extranjero para poder llevar a cabo la inscripción en el Registro, resultaría ser equiparable a estas figuras de adopción y acogimiento sin problema.

Hemos visto que, por lo que respecta a la filiación de esos menores nacidos fuera de España por maternidad por sustitución, se ha buscado una solución al respecto, mediante la Instrucción de 5 de octubre del 2010 de la RGRN. Pero una vez establecida la posibilidad de esa filiación y el reconocimiento de la maternidad sobre ese menor, surgen una serie de elementos que complementan a esa figura. La prestación por maternidad es un “complemento” a la figura de la maternidad, que en el caso de la maternidad por subrogación, en base al articulado, no encontramos protegida.

Como tendremos la oportunidad de analizar, el INSS interpreta restrictivamente la concesión de la prestación por maternidad en supuestos de maternidad subrogada, lo cual puede dar, entre otros aspectos que ya analizaremos, situaciones de discriminación, desprotección del menor e ir en contra del derecho a la conciliación de la vida familiar y laboral.

Por lo que respecta a la prestación por maternidad, el artículo 178 de la LGSS exige que el sujeto beneficiarios cumpla tres requisitos:

- a) *Encontrarse en alta o situación asimilada al alta.*
- b) *Haber acaecido una de las situaciones protegidas: maternidad, adopción o acogimiento.*
- c) *Reunir el periodo de carencia exigido en cada caso, de diferente duración en función de la edad de la madre.*

De modo que, si realizamos una interpretación restrictiva, como ya hemos dicho, la maternidad por subrogación no entraría dentro del ámbito de su protección, pero frente a esta interpretación, podemos hacer una del tipo extensiva, pues el articulado habla de maternidad, sin especificar la tipología de la misma, así que podríamos incluir, dentro de la maternidad en general, a la maternidad por subrogación. Así, encontramos en nuestro país, jueces y tribunales que consideran a la maternidad por subrogación como un supuesto más de “maternidad general” por analogía, incluido en el mismo término, ya hubiere sido ésta contratada por una pareja heterosexual, homosexual, o una persona en solitario con total independencia de su género.

Podríamos afirmar, según J. Hierro Hierro que, la prestación por maternidad inicialmente está “concebida con la doble finalidad de, por un lado atender a la salud de la mujer trabajadora en la fase de embarazo, parto y puerperio y, de otra, atender los primeros cuidados del recién nacido, pero en los últimos tiempos ha tornado, primando la segunda sobre la primera”⁷⁹. Ello puede observarse con la ampliación realizada en el reconocimiento de la prestación por maternidad incluyendo la adopción y el acogimiento, en los que no hay parto natural de la persona solicitante de la prestación.

Existen pronunciamientos que reconocen que la misma necesidad inicial de cuidado y atención que exige un hijo durante los primeros meses de vida se produce tanto en los supuestos de maternidad biológica, como en supuestos de adopción, así como en la maternidad por subrogación, determinando que la situación, aun con origen diferente, tiene las mismas consecuencias e idénticas obligaciones. Lo que se pretende es buscar una protección del bien jurídico que consideramos superior en este supuesto, que es el

⁷⁹ . HIERRO HIERRO J. “Gestación por sustitución y prestación por maternidad”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social* nº 6 de octubre de 2012. Páginas 53-59.

menor, pues en el caso de no darle efecto jurídico a esta forma de procreación, dejaríamos a los hijos nacidos por la misma, en situación de desprotección y buscando la no discriminación del menor en función de la filiación, situación protegida por el artículo 14 de la CE. Dichos pronunciamientos vienen a establecer la idea de que el hecho de la inexistencia de parto no es una causa suficiente para no otorgar la prestación por maternidad que reclaman los sujetos que acceden a ella por la maternidad subrogada, “pues centra su atención en el cuidado del menor y en los aspectos afectivos y familiares, alejándose de la dimensión propiamente física”, buscando base para ello en la Ley 39/1999 de 5 de noviembre de Conciliación de la Vida laboral y familiar, en la Ley Orgánica 3/2007 de 22 de marzo que busca la Igualdad efectiva entre Mujeres y Hombres (modificadora de la LGSS con el fin de ampliar la protección social y favorecer así la conciliación de la vida laboral y familiar) y en la CDN de 1989, que vienen a establecer un prisma diferente en cuanto a la prestación por maternidad, otorgándole mayor importancia a los aspectos afectivos y familiares que surgen con la llegada del menor al núcleo familiar que al parto en sí mismo, como dimensión “puramente física” de la figura de la maternidad, tratando así, simplemente, de proteger los intereses del menor que, a fin de cuentas, es el verdadero afectado con el fin principal de proteger sus intereses.

Siguiendo el planteamiento realizado por Alejandra Selma Penalva, comprobamos la dificultad que tiene la figura de la maternidad por subrogación para ser entendida por todos sin restricción como forma de constitución de familia. En cuanto a la prestación por maternidad y la suspensión del contrato de trabajo por la misma, observamos que la redacción literal de los preceptos, al referirse a la maternidad, no lo acompaña de adjetivo alguno, pudiéndose interpretar que a la hora de la redacción del mismo, el legislador quiso que se incluyeran otros supuestos de maternidad no biológica, como en este caso puede ser la maternidad subrogada, siempre que la inscripción de filiación haya sido previamente reconocida. Selma Penalva considera que “ante esta laguna legal no queda otra situación que aplicar la analogía”⁸⁰. En estos supuestos, los Jueces y Tribunales son los que están actuando para intentar proteger los intereses de la maternidad, considerando a la maternidad subrogada como “un supuesto más de

⁸⁰ SELMA PENALVA A., “Vientres de alquiler y prestación por maternidad”, *Revista Doctrinal Aranzadi*, nº 9 de 2013, página 11.

maternidad”, con independencia de que sea contratada por una pareja homosexual, heterosexual o incluso en el caso de familias monoparentales.

Matiza Selma Penalva que, en los casos de maternidad subrogada en los que tenemos como único progenitor a un varón, se debe actuar como en los supuestos de adopción de un varón en solitario, es decir, que con independencia de su sexo puede acceder a la prestación por maternidad y a la suspensión del contrato de trabajo por el referido hecho, pues de los pronunciamientos habidos, parece extraerse que en los casos de maternidad subrogada contratada por un solo varón, surgen exactamente las mismas necesidades de cuidado y atención del menor, o “¿es diferente la necesidad de atención del hijo de familias monoparentales dependiendo del género del progenitor sobre el que recaiga el cuidado de los hijos?”⁸¹. El no reconocimiento de esta prestación en el citado supuesto, podría entenderse como una discriminación por razón de sexo, hacia el varón que la solicita, o una discriminación por nacimiento, que iría directamente en contra del interés superior del menor.

Del mismo modo que el juzgador ha decidido, mediante aplicación por analogía, en los casos de maternidad subrogada, en los que falla a favor de la madre intencional o comitente otorgándole el derecho al permiso y prestación por maternidad, en el caso de que dicha prestación sea solicitada por un varón, se actúa como en los supuestos de adopción, en los que se concede con independencia del sexo del solicitante, pues no debería suponer un impedimento el hecho del sexo masculino del solicitante para disfrutar de la prestación por maternidad, sobre todo porque no resulta un obstáculo en el caso de la adopción y el acogimiento.

Realmente es una paradoja el hecho del reconocimiento de esos derechos en los casos de adopción o acogimiento pero no en el supuesto de maternidad subrogada, pues lo importante es el interés del menor, el cual en estos supuestos se vería vulnerado, pues su progenitor es varón y la realidad es que, incluso en el caso de parejas de hombres, cuando éstos solicitan la prestación por maternidad se les viene denegando por el INSS, por la inexistencia de madre biológica, ello debido a la protección que ofrece la

⁸¹ SELMA PENALVA A., “Vientres de alquiler y prestación por maternidad”, *Revista Doctrinal Aranzadi*, nº 9 de 2013, página 11.

prestación por maternidad a las mujeres, pero que como hemos visto ha sido superada en el caso de adopción y acogimiento, pareciera razonable que lo mismo ocurriera en la maternidad por sustitución, y es ésta la postura que vienen tomando los Tribunales al respecto, mediante una interpretación extensiva de la norma, que nos permite que pese a su redacción, este supuesto es intrínseco elemento protegido por la norma. Por lo tanto, si se deniega la prestación, al estar “incluido el supuesto”, sería una vulneración del principio de igualdad protegido por el CE en su artículo 14.

Comparto con J. Hierro Hierro, la idea de que en la prestación por maternidad prima la atención y primeros cuidados al recién nacido sobre la atención a la salud de la mujer trabajadora en el embarazo o después del mismo, añadiendo que también “pretende otros fines más complejos, como la conciliación de la vida familiar y laboral, la no discriminación de la mujer en el trabajo y la protección del menor”⁸², criterio que comparte con Gómez Gordillo⁸³.

El reconocimiento de esta prestación en los casos de maternidad subrogada constituye una “solución de compromiso”, que pretende cuidar los intereses del menor en todo caso para evitar su desprotección⁸⁴.

Por último, lo importante es que, mediante la concesión de la prestación por maternidad se logra el cumplimiento y la finalidad que persigue la misma, la atención al menor y el establecimiento de la relación familiar afectiva entre el recién llegado y los progenitores, siendo además, motivo carente de peso, el hecho de establecer que no se va a reconocer la prestación por maternidad por el hecho de que la figura de maternidad subrogada sea nula en el derecho español, pues existen supuestos irregulares o ilegales en España para los que el ordenamiento busca soluciones a los afectados.

⁸² SELMA PENALVA A., “Vientres de alquiler y prestación por maternidad”, *Revista Doctrinal Aranzadi*, nº 9 de 2013, página 12.

⁸³ GÓMEZ GORDILLO R., “Convivencia previa y derecho de los progenitores a la prestación por maternidad por adopción”, *Aranzadi Social*, nº 21 del 2011, (BIB 2010,3183), página 3.

⁸⁴ SELMA PENALVA A., “Vientres de alquiler y prestación por maternidad”, *Revista Aranzadi Social*, nº 9 de 2013, página 12.

3.2. DOCTRINA JUDICIAL Y LA PRESTACIÓN POR MATERNIDAD.

3.2.1. RECONOCIMIENTO DE LA PRESTACIÓN. ARGUMENTACIÓN JURÍDICA:

A continuación, analizaremos algunas sentencias que reconocen la prestación por maternidad en casos de maternidad subrogada. En primer lugar, matizar que todas las sentencias que traeremos a continuación basan sus argumentos en el texto refundido de la LGSS, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, actualmente derogado con la entrada en vigor del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la LGSS.

Analizaremos de forma conjunta las siguientes sentencias: STSJ 539/2010, SJS 212/2012, STSJ 7985/2012, STSJ 668/2012 y la STSJ 216/2013. Pues bien, todas estas sentencias fallan a favor del reconocimiento del derecho al permiso de maternidad en los casos de maternidad por subrogación por los siguientes argumentos:

En todas ellas, se parte de la base de que la filiación entre el menor y los padres está reconocida en España, y por lo tanto, si están reconocidos como tal, hay que buscarles alguna solución para poder acceder a esta figura del permiso de maternidad, pues si no se estaría cayendo en una discriminación, de conformidad en lo dispuesto en la CE, artículo 14. Si la filiación está reconocida, la maternidad y la paternidad se reconocen de manera automática, por ello la negativa a poder disfrutar de esos permisos retribuidos constituiría la mencionada discriminación. Así mismo, se le intenta dar una ubicación que pudiese asemejarse a la figura de la adopción, en la cual tampoco ha habido ni gestación ni parto, y si que se encuentra contemplada en el articulado de la LGSS.

De esta manera, en la STSJ de Castilla y León 539/2010, el Tribunal, basándose en la anterior apreciación y compartiendo lo alegado por la parte recurrida, opta por una interpretación extensiva y laxa de las normas que lleve a una ampliación de la maternidad, considerando que el permiso de maternidad no sólo está pensado para aquellas situaciones de descanso de la madre tras el parto y su recuperación, la cual es una parte obviamente importante, sino que también se busca una creación y

afianzamiento de ese vínculo entre padres e hijos, pues la ley también contempla el permiso de paternidad. Como se aduce en la sentencia, no se debe tener sólo en cuenta la “dimensión meramente física” de la maternidad, refiriéndose al parto en sí mismo y el hecho de haber estado encinta, sino que se ha de ir más allá.

Pasemos ahora a Sentencia del Juzgado de lo Social de Oviedo 212/2012, en la cual se argumenta la posibilidad de asemejar, o incluso, introducir la figura de la maternidad subrogada con los supuestos de maternidad no biológica que protege el articulado de la LGSS, supliendo de esta manera la no legislación al respecto de este tipo de supuestos y buscando un remedio al hecho de la maternidad subrogada para obtener el derecho al permiso y prestación por maternidad. Como viene a decir literalmente la sentencia: *“...y si en los restantes supuestos distintos de la maternidad natural, se reconoce el derecho al subsidio para procurar la atención del menor, incluso cuando tiene seis años, la misma causa existe en el presente caso, en el que el menor ni siquiera tiene un año y se trata de una filiación no de un acogimiento temporal que también está amparada por la norma”*. Es decir, si hasta en este tipo de supuestos se busca la manera de proteger el interés del menor para que pueda disfrutar de esos cuidados que precisa y para construir y afianzar esa relación entre progenitores y menor, debería protegerse de la misma manera en los supuestos de maternidad subrogada.

Es cierto, como bien asume el Juzgado, que nos encontramos ante un negocio jurídico nulo, pero expresa que ello no es motivo suficiente para dejar a esa madre sin el subsidio por maternidad que debería corresponderle por la situación acaecida, la maternidad, pues en supuestos que en España también están contemplados como prohibidos o nulos por nuestro Ordenamiento Jurídico, el sistema establece protección para “los afectados”, como podría ser el caso que se especifica en sentencia, la poligamia y la pensión de viudedad o los trabajadores extranjeros en situación irregular.

Mediante la doctrina establecida por el TC, analiza la posible vulneración del derecho a la igualdad y no discriminación, consagrado en el artículo 14 de la CE. Se especifica que no todas las situaciones desiguales son consideradas discriminatorias, pues si tienen una finalidad y justificación, no todas las situaciones deben ser tratadas por igual en todos y cada uno de los casos. Pues bien, en este caso concreto, tras entender no superado el juicio de proporcionalidad, que bajo mi punto de vista tampoco es superado,

el Juzgado opta por fallar a favor del reconocimiento del derecho a la prestación por maternidad. Reconoce que “la maternidad por sustitución es equiparable a las demás situaciones de hecho protegidas por la ley, y por lo tanto frente una negativa de otorgar la prestación supone una discriminación vulnerando así el derecho fundamental a la igualdad.

Frente a esta sentencia, el INSS presentó recurso de suplicación, que resultó ser desestimado por el Tribunal. Se reconoce que la legislación al respecto no incluye explícitamente el supuesto de maternidad subrogada, como tipo de maternidad no biológica y a tener en cuenta para poder acceder a una prestación por maternidad, pero es igualmente cierto, y apunta el Tribunal al respecto, que el artículo 2.2 del RD 259/2009 reconoce jurídicamente equiparable a la adopción y al acogimiento a aquellas instituciones jurídicas declaradas por resoluciones administrativas o judiciales extranjeras.

Se basa el Tribunal para fallar en este sentido, en primer lugar, en el artículo 39 de la CE, pues son los poderes públicos los encargados de asegurar la protección social, económica y jurídica de la familia y de la protección integral del menor, con independencia de su filiación, íntimamente relacionado con esto último, como bien quiso recalcar el Tribunal aquí, con el derecho a la igualdad y a la no discriminación. Considera el Tribunal más que suficiente este argumento para que deba reconocerse el derecho a la prestación. También deja claro el Tribunal en este sentido el interés que se tiene cuando se otorga un permiso por maternidad, que no es sólo y únicamente por la recuperación de la mujer tras el alumbramiento del menor, que en el caso de la maternidad subrogada, al igual que en la adopción y el acogimiento no habría, sino que también resulta ser un aspecto muy importante “la atención o cuidado y el estrechamiento de los lazos del padre y la madre con el menor”, considerado prioritario y fundamental a los ojos de este órgano. Para recalcar esta postura, trae a colación la STS de 15 de septiembre de 2010, que en casación apoyaba esta teoría. La misma resolvía el otorgamiento de un permiso de maternidad a una mujer que había adoptado a una menor que previamente ya se encontraba en la unidad familiar integrada. El Supremo llegó a la conclusión de que, aún en este caso, la madre adoptante tenía derecho a disfrutar del permiso de maternidad con su hija, pues es a partir de la

resolución judicial cuando surge esta relación realmente, con independencia de la existente con anterioridad.

Teniendo en cuenta esta interpretación “extensiva y generosa”, no cabe duda alguna para no reconocer este derecho en el caso de maternidad subrogada, en el que existe filiación reconocida y que se ha forjado una nueva relación familiar, debiendo tener derecho la madre a esa prestación para facilitar el cuidado del menor, afianzando la familia y posibilitando el estrechamiento de los lazos materno-filiales.

En el caso de la STSJ de Cataluña 7985/2012, que tiene como característica principal que, la solicitud del permiso de maternidad es por parte de un varón que acude a la maternidad por subrogación individualmente. En este caso, y partiendo también de la base de existir una filiación totalmente reconocida, usa como base argumentativa el Tribunal para fallar a favor del reconocimiento al derecho de la prestación el RD 259/2009. En primer lugar, y como en el caso anteriormente analizado, en base a su artículo 2.2, incluyendo a la maternidad subrogada como un supuesto equiparable a la adopción y al acogimiento.

También recalca que, como la prestación por maternidad no está únicamente pensada para el descanso de la madre tras el parto y para su recuperación, sino que tiene una esencia mucho más profunda, buscando el cuidado del menor en sus primeros meses y el estrechamiento de los lazos que han de crearse entre progenitores y menores. Como bien se indica aquí, es tanto así lo anteriormente expuesto, que la prestación por maternidad no distingue de sexo, pues como expresa el propio RD 259/2009 en su artículo 3, la prestación se otorga con independencia del sexo solicitante, está pensada tanto para padres como para madres.

Se apoya el Tribunal en la STSJ de 30 de noviembre de 2009 y la Sentencia del Juzgado de Castilla y León de 5 de mayo de 2010, ésta última anteriormente analizada, para sostener el criterio expuesto.

Por lo que respecta a la STSJ de Madrid 216/2013, hay que especificar que nos encontramos ante una solicitud planteada por un matrimonio de personas del mismo sexo.

El Tribunal apunta en este caso que “es evidente que el derecho a la no discriminación en función de la filiación supone un orden público suprallegal, de modo que el carácter ilegal, supuesto, no justifica un trato diferenciado”.

Aquí el Tribunal viene a basarse en argumentos ya analizados en sentencias anteriores. Así, parte igualmente de la filiación perfectamente reconocida en España y que considera que se trata de una figura perfectamente equiparable a la adopción o el acogimiento, en base al artículo 2.2 del RD 259/2009.

Expresa haberse pronunciado anteriormente la Sala sobre el tema de la prestación por maternidad en los casos de maternidad subrogada, y que obviamente su precedente les vincula. Trae a colación la STSJ de Madrid 667/2012.

En dicha sentencia se falla a favor del derecho al reconocimiento del derecho a la prestación por maternidad solicitada. Basándose principalmente en que para la LGSS “supone la inclusión en una norma de casos no expresos en ella, pero virtualmente insertos en su espíritu”, viniendo a decir que este recurso debería resolverse como si de una adopción se tratase, pues consideraba este Tribunal que era “difícilmente asumible” que en el supuesto de que se hubiese llevado a cabo por adopción hubiera habido problema alguno en el reconocimiento del derecho a la prestación solicitada, pero tratándose de un supuesto de maternidad subrogada no se falle reconociendo el derecho mismo, observándose un supuesto de discriminación, por no tratar igual a los menores en función de la filiación, sin motivo razonable existente.

3.2.2. EFECTOS DE LA DOCTRINA DEL TJUE EN LA DOCTRINA JUDICIAL ESPAÑOLA:

A continuación, vamos a comprobar cómo las últimas sentencias del TJUE han afectado a los pronunciamientos emitidos en sentencias españolas. Así, podemos citar sentencias que han optado por denegar los permisos de maternidad y, por consiguiente, sus prestaciones, por considerar que, como aduce el TJUE, la maternidad por vía de la subrogación no tiene cabida dentro de la figura de la maternidad contemplada en las leyes, tanto europeas como nacionales, así cabe citar por ejemplo: STSJ 319/2014 de Andalucía de 4 de febrero de 2014, STSJ 612/2014 de Madrid de 7 de julio de 2014 y

STSJ 944/2014 del País Vasco de 13 de mayo de 2014. Ello es debido al argumento de que la protección que se pretende amparar por vía del permiso de maternidad, en base al artículo 8 de la Directiva 92/85/CEE, es la protección de la salud de la madre del menor, durante la situación de vulnerabilidad que surge tras el embarazo, por ello, necesariamente ha tenido que estar embarazada y haber dado a luz, situación que no se da en los casos que resuelve el Tribunal, pues se trata de maternidad subrogada. Por lo tanto, si no hay embarazo, y obviamente no hay parto, no hay derecho a esa prestación por maternidad. Como ya hemos dicho, el Tribunal deja claro que se establecen unos mínimos deseables, lo que no quiere decir que cada Estado miembro no pueda ampliar la protección a otras situaciones, como pudiera ser la maternidad subrogada, siempre y cuando no se incumpla la ley.

En el caso de la STSJ del País Vasco 944/2014, sin embargo, y a pesar de contar con esa resolución requerida para poder reconocer la filiación llevada a cabo en el extranjero, la Sala expresa literalmente que “ sin embargo, en el momento actual existe determinada jurisprudencia por parte del TJUE que nos vemos obligados a acatar, visto su origen, en relación a la denominada maternidad por subrogación, y desde el punto de vista del derecho o no a la prestación aquí también controvertida”. Frente a todo ello anteriormente expresado, es cierto que se venía reconociendo ese derecho a la prestación en los supuestos de maternidad subrogada, por la importante situación de desprotección del menor que ello derivaba, la posible falta de cuidados y atenciones requeridos en los primeros meses de vida en la unidad familiar. El problema actual viene determinado por la jurisprudencia del TJUE, la cual tiene incidencia directa sobre el ordenamiento español en su ámbito laboral, pues realmente esa jurisprudencia viene a avalar la legislación nacional española, la cual no toma en consideración, al menos de forma explícita o directa, la maternidad por subrogación y su acceso a la prestación por maternidad⁸⁵.

Decir, que se trata del primer pronunciamiento al respecto por parte de un TSJ que falla confirmando en base al criterio expuesto por el INSS, la denegación del derecho a la prestación por maternidad solicitada en casos de maternidad subrogada, que ha sido un

⁸⁵ PANIZO ROBLES, J.A., “La maternidad por contrato de sustitución sigue sin estar amparada por la acción protectora de la Seguridad Social (STSJ del País Vasco de 13 de mayo de 2014-Rec. 749/2014)”, *Revista de información laboral*, nº 5 del 2014, parte Art. Doctrinal.

cambio radical de rumbo. Así, según Panizo Robles, “parece que la extensión de la protección social por maternidad, en los casos en que la misma venga derivada de una gestación por sustitución, va a requerir una solución de *lege ferenda*, sin que quepa aplicar soluciones intermedias de aplicación analógica como se venía realizando hasta ahora por los juzgados y tribunales españoles⁸⁶.”

Por lo que respecta a la STSJ de Madrid 612/2014, viene a utilizar como argumento para denegar el derecho al acceso a la prestación por maternidad también los pronunciamientos recientes del TJUE, así como la STSJ del País Vasco anteriormente analizada. En este caso el Tribunal dijo “haberse visto obligado a acatar, visto su origen, en relación a la denominada maternidad por sustitución y desde el punto del derecho o no a la prestación aquí controvertida”, pese a que reconoce que la Directiva 92/85 CEE sólo establece unos mínimos deseables y que no obliga a los Estados miembro a otorgar el permiso y la prestación por maternidad en los supuestos de maternidad subrogada, no significando ello que no pueda ser reconocido el derecho.

En la misma línea se mueve la argumentación de la STSJ de Andalucía 319/2014, declaran “haciendo nuestro criterio el expuesto por las sentencias precedentes citadas, que esta Sala estima correcto, procede, sin necesidad de analizar el resto de cuestiones articuladas por la Entidad Gestora en su recurso, estimar el presente recurso con revocación de la sentencia de instancia y, consecuentemente, la desestimación de la demanda del actor”, denegando de esta manera el derecho a la prestación por maternidad en los supuestos de maternidad subrogada.

Pues bien, como comprobamos en estas sentencias, se ha optado por un criterio restrictivo de la norma, basada únicamente en lo que “literalmente” expresa la Directiva 92/85 CEE, que no considera inmersa dentro de la figura de la maternidad y su protección a la maternidad por sustitución. No obstante, la propia Directiva, como ya hemos explicado anteriormente, establece que ello no quiere decir que los países miembros no puedan proteger la figura de la maternidad subrogada, introduciéndola o entendiéndola inmersa, dentro del propio ámbito de la maternidad contemplada por la

⁸⁶ PANIZO ROBLES, J.A., “La maternidad por contrato de sustitución sigue sin estar amparada por la acción protectora de la Seguridad Social (STSJ del País Vasco de 13 de mayo de 2014-Rec. 749/2014)”, *Revista de información laboral*, nº 5 del 2014, parte Art. Doctrinal.

Directiva. Parece que, siguiendo este argumento del TJUE, hubiera sido más sencillo continuar con la tendencia de los pronunciamientos jurisprudenciales anteriores, que optaban por otorgar el derecho a la prestación por maternidad en el caso de maternidad subrogada, basado en que la Directiva sólo establece unos mínimos a cumplir deseables, dejando la puerta abierta a la contemplación de la protección voluntaria que quiera hacer cada Estado miembro en cuanto a esta materia.

Por otro lado, vamos a citar otras sentencias destacadas en las que aquí las Salas no han decidido actuar como la Directiva establece literalmente, sino que en el uso de su facultad discrecional, otorgado también por la propia Directiva, han decidido seguir aplicando nuestra legislación más favorable, reconociendo el derecho al permiso por maternidad a esas madres devenidas por subrogación. Podemos citar la STSJ 1259/2014 de Las Palmas de Gran Canaria de 7 de julio de 2014, la STSJ 1201/2014 de Madrid de 23 de diciembre de 2014, la STSJ 19/2015 de Madrid de 13 de enero de 2015 o la STSJ de Murcia 292/2015. Todo ello porque las SSTJUE señalan literalmente que “esa Directiva no excluye en absoluto la facultad de los Estados miembro para aplicar o instaurar disposiciones legislativas, reglamentarias o administrativas más favorables para la protección de la seguridad y la salud de las madres subrogantes que hayan tenido un hijo gracias a un convenio de gestación por sustitución, permitiendo que se beneficien de un permiso de maternidad en razón del nacimiento de ese niño”.

Por lo que respecta a la STSJ de Las Palmas de Gran Canaria 1259/2014, que, pese a ser un pronunciamiento posterior a los del TJUE, que tanto incidieron en pronunciamientos nacionales, decidió seguir la tendencia que se tenía hasta el momento en España, basándose en los pronunciamientos anteriores de las SSTSJ 668/2012 Y 216/2013, que abogan por el reconocimiento al derecho a la prestación y son argumentos que anteriormente ya hemos analizado.

La STSJ de Madrid 1201/2014, que se trata de un supuesto de maternidad subrogada protagonizada por un padre en situación monoparental. Aquí el TSJ ha decidido otorgar y reconocer el derecho a la prestación por maternidad solicitada por el actor, pues considera, que la Directiva 92/85 CEE, establece unos mínimos deseables, que ello no quiere decir que no pueda ser protegida o amparada la maternidad por subrogación y su derecho a la prestación por maternidad en los ordenamientos internos de los diferentes

Estados miembro. De hecho, en la STJUE de 18 de marzo de 2014, y todo ello en base a la Directiva, el hecho no proteger esta situación y de no haberla entendido inmersa en el texto articulado de la misma, no quiere decir que no pueda ser contemplada por los Estados miembro.

En cuanto a la STSJ de Madrid 19/2015, opta también, en contra de la nueva corriente jurisprudencial, por reconocer el derecho a la prestación por maternidad en los casos de maternidad subrogada. Basan su fallo también, como la sentencia anteriormente analizada, en las SSTSJ 668/2012 Y 216/2013.

Como argumentos principales también acuden a aquellos utilizados anteriormente por los Tribunales, considera que la filiación está más que probada y resulta ser acreditada y que por lo tanto, frente a su reconocimiento en España, haya que buscar una solución frente a esta situación de desprotección de las madres subrogantes y los menores, pues la ley no las contempla.

Vienen también a señalar que la prestación por maternidad no está sólo contemplada para la recuperación de la madre tras el parto, aunque ésta sea su esencia primera, que era “proteger a las trabajadoras durante el periodo de embarazo y de recuperación tras el parto, pero no es menos cierto que, con la llegada del menor a la unidad familiar y al hogar, tiene sentido que una característica muy importante de la misma sea el cuidado del menor y la atención que precise”, especialmente en sus primeros meses de vida.

Concluye su análisis el Tribunal considerando “difícilmente asumible que se le deniegue la prestación al actor en las circunstancias descritas, cuando se le hubiese reconocido en el caso de adopción”, o incluso acogimiento. Viene a mostrar esta afirmación que nos encontramos ante una discriminación, no de sexo como ha podido ser aducida en algunos casos, sino ante una discriminación por razón de filiación, lo cual no sólo sería perjudicial para el recurrente en suplicación en este supuesto, sino para los menores de los que es padre de manera monoparental, pues bajo mi punto de vista esta decisión iría en detrimento del menor, que como bien jurídico superior a proteger, supondría ir en contra del orden público constitucional.

Por lo que respecta a la STSJ de Murcia 292/2015, parte del supuesto de una maternidad subrogada, siendo padre biológico el actor que de forma individual acudió para celebrar el negocio jurídico. En este caso, el Tribunal también viene a establecer que el hecho de que la prestación por maternidad, en el supuesto de maternidad subrogada, no esté contemplada en la Directiva 92/85 CEE, no quiere decir que no pueda ser protegido por el ordenamiento interno de un Estado miembro, como en el caso ya analizado por la STSJ 1201/2014. Para el TSJ de Murcia, *“la nulidad con la que la ley de reproducción humana asistida sanciona al contrato de gestación por sustitución tiene la finalidad de proteger a la madre biológica y no elimina la posibilidad de recibir la prestación por maternidad por el padre biológico. Éste podrá disfrutar la prestación cuando, como ocurre en la presente situación, la madre no tuviera derecho a suspender su actividad profesional con derecho a prestación. Tanto la suspensión del contrato de trabajo como la prestación por maternidad se establecen en razón al interés que requiere de una especial atención, tanto en los supuestos de parto, como en los de adopción o acogimiento, por los que en este supuesto, entiende el Tribunal, se da una razón adicional para conceder ambos derechos dado que el padre era el único que tenía atribuida la custodia y no convivía con la madre biológica”*.

Esta sentencia sigue la misma línea jurisprudencial que numerosos Tribunales, aunque lo más frecuente es que éstos recurran a argumentos de semejanza de la maternidad subrogada como la adopción o el acogimiento, por tratarse de situaciones protegidas por la LGSS.

Así, el Tribunal reconoce el derecho al autor a disfrutar de la prestación por maternidad solicitada, en contra de lo alegado por el INSS al recurrir la sentencia de instancia que se lo otorgó.

3.2.3. DOCTRINA CIENTÍFICA:

M^a Pilar Diago Diago⁸⁷, cita textualmente que en ambos supuestos analizados por el TJUE, “*existe un estado de necesidad lo suficientemente importante como para que se active la protección del menor en forma de concesión de prestación por maternidad para su cuidado. Un bebé requiere de asistencia y cuidado y ello es así con independencia de si el niño nace en España por un contrato declarado nulo o nace en otro país conforme a un derecho que acepta tales contratos. Por eso mismo, se requiere un desarrollo jurisprudencial que dé cobertura a esta situación, y que ponga el acento en el interés del niño y en la necesidad de paliar la situación no deseable que se generaría de no conceder tal prestación. Bien entendido que, por tanto, se extendería a ambos supuestos y no se generaría una discriminación intolerable entre trabajadores españoles residentes en España, pues el tratamiento sería el mismo: la concesión de la prestación en aras a la protección del menor, al margen de las circunstancias concretas que concurriesen en su nacimiento.*”

Es deseable que se logre un equilibrio en la determinación de las prestaciones sociales que garantice la protección del hijo en aras al cumplimiento del artículo 39 CE, sin que se rompa el principio de igualdad entre los posibles beneficiarios de tales prestaciones. Sin duda, la argumentación jurídica es complicada, pero enfocar toda la situación desde el interés superior del bebé y su estado de necesidad, puede ayudar a dar solidez jurídica a las soluciones hasta ahora adoptadas por nuestros Tribunales”.

Como bien establece M^a Pilar Diago Diago, resulta necesario primar el interés jurídico del menor frente a esta situación que se produce de no concesión del permiso de maternidad, pues se deja desprotegida la salvaguarda del menor. En base a ello, la legislación española, al incluir como situaciones de maternidad entendidas como no biológicas, a la adopción y el acogimiento, ha llegado a entender, que el permiso de maternidad no está sólo y únicamente pensado para el descanso y recuperación de la madre parturienta, sino que tiene además la misión de establecerse para crear un vínculo entre progenitor y menor y llevar a cabo el cuidado necesario del mismo, que en sus primeros meses de vida éste demanda.

⁸⁷ DIAGO DIAGO, M^a P. “Jurisprudencia del tribunal de justicia de la unión Europea”, *Revista jurídica de Cataluña*, nº 3/2014, páginas 831-838.

Lo cierto en cuanto a este tema es que las sentencias del TJUE, aunque están resolviendo asuntos que competen a otros Estados miembro de la UE, tienen una incidencia incuestionable frente a los pronunciamientos venideros en el ordenamiento español, en lo que se refiere a su ámbito laboral, pues son las Directivas las que establecen esos mínimos deseables y no es menos cierto que la propia legislación española no reconoce expresamente ese derecho de disfrute de un permiso de maternidad para el caso de la maternidad subrogada, sino que si lo está haciendo es por aplicación de analogía, pues se pretende comparar con la situación, salvando las distancias, de la adopción o el acogimiento. Así determinamos que, lógicamente, puede ampararse la justicia española en el no reconocimiento tanto en las propias Directivas como en su no legislación pertinente al caso⁸⁸.

En este caso, en base al pronunciamiento emitido por el TJUE en la sentencias de 18 de marzo de 2014, siguiendo esta vez el comentario realizado por Antonio Tapia Hermida⁸⁹, *“El permiso de maternidad al que tiene derecho la trabajadora tiene por objeto, por una parte, la protección de la condición biológica de la mujer durante el embarazo y después de este, y, por otra parte, la protección de las especiales relaciones entre la mujer y su hijo durante el periodo que sigue al embarazo y al parto, evitando que la acumulación de cargas que deriva del ejercicio simultáneo de una actividad profesional perturbe dichas relaciones (SSTJUE de 12 de julio de 1984, Hofmann, asunto 184/83; de 20 de septiembre de 2007, Kiiski, asunto C-116/06; y de 19 de septiembre de 2013, BetriuMontull, asunto C-5/12)”*.

Pues bien, de lo anteriormente reseñado cabría destacar que, para el caso de la maternidad subrogada, esa situación posterior al parto para la creación del vínculo y cuidado del menor en los casos de maternidad subrogada existe, pues es maternidad y, sin embargo, la dejamos fuera por no entrar dentro de lo establecido por la propia Directiva, dejando totalmente desprotegido al menor en estos supuestos. Un problema en este caso, bajo mi punto de vista, es lo que también el profesor Antonio Tapia

⁸⁸ PANIZO ROBLES, J.A. “La maternidad por contrato de sustitución sigue sin estar amparada por la acción protectora de la Seguridad Social(STSJ del País Vasco de 13 de mayo de 2014, rec. 749/2014). *Aranzadi experto, Revista de información Laboral* , nº 5/2014, parte Artículo Doctrinal.

⁸⁹ TAPIA HERMIDA, A. “En torno a la discriminación en la concesión de permisos por maternidad a madres subrogantes que han tenido un hijo gracias a un convenio por sustitución”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social CEF*, nº 374 de mayo de 2014, páginas 134-138.

Hermida establece en su comentario, pues parece que la doctrina del TJUE está más que asentada y que realmente no ve la posibilidad de variación de la misma en un futuro⁹⁰. De la misma forma que el profesor, considero que la doctrina no parece, en un futuro próximo, que vaya a cambiar, pues las sentencias anteriormente analizadas tienen argumentos contundentes para no entender la maternidad subrogada dentro del ámbito de las Directivas que ha analizado, y en concreto la Directiva 92/85/CEE, pues no deja lugar a dudas de que la única maternidad que contempla es la biológica, sin tener en cuenta si quiera los supuestos de adopción o acogimiento, pero se establece la posibilidad de que los Estados tengan una cobertura mayor al respecto, pudiendo incluir la maternidad subrogada, pues en el caso de España, la adopción y el acogimiento ya son figuras equiparables a la maternidad biológica en lo que se refiere a los permisos por la maternidad, pero aún no se ha tomado la decisión de incluir la maternidad subrogada, pues se trata de una situación bastante controvertida.

Siguiendo esta línea de pensamiento, M^a Dolores Ortiz Vidal cita textualmente que *“...uno de los principales objetivos de la política pública es proteger a la familia. Cada Estado garantiza la protección de la familia, fundamentalmente, a través de la creación de políticas de protección social[...]que tienen por objeto atender las tres finalidades propias de la acción social contemporánea: el bienestar social, la justicia social y el orden social”*⁹¹. A su vez viene a defender aquí, que, en un principio, la prestación social por maternidad se concebía como mecanismo para proteger la salud de la madre trabajadora en exclusiva, pero que con la entrada en vigor de la Ley 39/1999 para promover la conciliación de la vida familiar y laboral, esta concepción anterior sufrió un cambio, ahora la prestación por maternidad extiende su ámbito a la familia como unidad, no tiene ámbito de aplicación exclusiva sobre la madre trabajadora y su salud. Como bien manifiesta, *“la prestación social por maternidad no se refiere en exclusiva a la madre trabajadora, sino que posibilita un reparto de responsabilidades familiares*

⁹⁰ TAPIA HERMIDA, A. “En torno a la discriminación en la concesión de permisos de maternidad a madres subrogantes que han tenido un hijo gracias a un convenio de sustitución”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social CEF*, nº 374 de mayo de 2014, página 138.

⁹¹ ORTIZ VIDAL, M^a. D., “La gestación por sustitución y las prestaciones sociales por maternidad/paternidad en España y la novísima jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 180, octubre de 2015, página 2.

de la pareja, dirigidas al cuidado del hijo”⁹², por lo tanto el mayor beneficiario es el menor y el mayor perjudicado de su no concepción es el propio menor también. Con todo ello, muestra su tendencia hacia un reconocimiento del derecho a la prestación pues, *“La atención, el cuidado del menor y el estrechamiento de los lazos de los padres con su hijo constituye el >elemento prioritario< de esta prestación social[...]*La denegación de la prestación social a sus progenitores supone privar al menor de la asistencia y de la dedicación que necesita. Éste es también el motivo de que la institución jurídica de la adopción y el acogimiento familiar concedan a los progenitores el derecho a la prestación por maternidad/paternidad⁹³. Todo lo anteriormente reseñado va en consonancia con lo expresado en el artículo 3 de la CDN, del artículo 24.2 de la CDFUE y del artículo 29 de la CE.

Como hemos tenido la oportunidad de apuntar, cuando el TJUE vino a declarar que no se reconoce el derecho de los padres a la prestación por maternidad en caso de la maternidad subrogada en especial, ello no quería decir que dicho derecho no pudiera entenderse reconocido por cada Estado miembro en su legislación interna, y aquí según Manuel José Moreno Pueyo, *“... un tribunal nacional no puede fundamentar el rechazo a la solicitud de prestación por maternidad de la madre intencional en la sentencia del TJUE que ha resuelto la cuestión 167/12. Deberá examinar el derecho interno y decidir si el mismo ha ido más allá de lo que la Directiva le imponía y comprende o no, o implícitamente, el derecho a prestación de maternidad de la madre intencional. Si llega a una conclusión negativa aún podría llegar a cuestionarse si la falta de reconocimiento del tal derecho implica alguna de las discriminaciones proscritas por el art. 14 de nuestra Carta Magna y plantear la oportuna cuestión de inconstitucionalidad”*⁹⁴. También se hace la comparativa con la figura de la adopción y su reconocimiento al derecho de la prestación retribuida, pues el derecho nacional prevé el permiso retribuido por adopción, lo cual no entra dentro del ámbito de la Directiva al

⁹² ORTIZ VIDAL, M^a. D., “La gestación por sustitución y las prestaciones sociales por maternidad/paternidad en España y la novísima jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 180, octubre de 2015, página 2.

⁹³ ORTIZ VIDAL, M^a. D., “La gestación por sustitución y las prestaciones sociales por maternidad/paternidad en España y la novísima jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 180, octubre de 2015, página 7.

⁹⁴ MORENO PUEYO, M.J., “La prestación de maternidad en los casos de maternidad subrogada”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº172, enero de 2015, página 3.

respecto, sino que ésta da la libertad a los Estados miembro a que lo concedan o no, como en el caso de la Directiva 92/85 CEE, y entonces, frente a esta situación surge la cuestión de si esta aplicación normativa por parte de España constituye una discriminación a la vista del artículo 14 de la CE. Todo ello viene a reforzar lo anteriormente señalado, si un país como el nuestro ha decidido libremente reconocer el derecho a la prestación por maternidad en los supuestos de adopción y acogimiento, no puede basarse en las sentencias del TJUE para denegarlas en el caso de la maternidad subrogada, pues la Directiva otorga el mismo poder de decisión que en los casos de adopción y acogimiento, se permite que cada Estado lo entienda o no reconocido, tras valorarlo, y además vemos que al no reconocerlo está yendo en contra del interés superior del menor, incluyendo la posibilidad de que se pueda valorar una discriminación por razón de filiación sin problema alguno, como ha sido planteado.

Por lo tanto, el reconocimiento del derecho a la prestación de maternidad en los supuestos de maternidad subrogada *“se trata de una solución de compromiso que pretende únicamente adoptar un criterio respetuoso con los intereses del menor de edad, que deben ser en todo momento objeto de atención preferente, y que, en el caso de desconocimiento de los efectos jurídicos a esta forma particular de procreación, los hijos nacidos sin duda quedarían desprotegidos”*⁹⁵.

3.2.4. BREVE CONCLUSIÓN TRAS EL ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL:

Podemos observar que la jurisprudencia no es unánime en España en lo que respecta a la maternidad subrogada. Ciertamente es, que hasta el pronunciamiento del TJUE, en España, por analogía, los Juzgados y Tribunales reconocían la prestación por maternidad en los casos de maternidad subrogada. La principal razón a esta postura que se había estado tomando, era la protección del menor frente a la literalidad de la ley, pues en todos los casos la filiación estaba reconocida en España y no había la posibilidad de denegar esta prestación, pues sería en contra del menor.

⁹⁵ SELMA PENALVA, A., “Los nuevos retos de la prestación por maternidad ante los avances médicos en materia de reproducción asistida”, *Revista Bioderecho.es*, Vol.1, nº1 de 2014, página 11.

Existen sentencias, relativamente recientes, en las que los Tribunales deniegan este derecho a la prestación, pues tras el pronunciamiento del TJUE, que hemos tenido la oportunidad de analizar en el anterior capítulo, entienden que no existe esa obligación de otorgar la prestación por maternidad en los casos de maternidad subrogada, pues la ley no contempla ese supuesto. Todo ello basado en que, al no haber existido embarazo ni parto, la maternidad por subrogación no encuentra protección en las Directivas europeas ni en la legislación nacional.

De todos modos, incluso con esta postura planteada por el TJUE, los Estados miembro tienen la facultad de poder incluir la figura de la maternidad subrogada en la protección que se ofrece a la maternidad y poder así acceder a la prestación. Lo deja claro el Tribunal cuando habla de la facultad de disposición que se ofrece, pues no se niega ni se prohíbe, sino que no se plantea.

Así, no comparto el cambio jurisprudencial sufrido, pues realmente el pronunciamiento del TJUE no planteó nada nuevo, es decir, ya era sabido que la legislación española y la europea con sus Directivas, no contemplaban esta figura analizada, pero que por analogía se estaba protegiendo. No comprendo que los Tribunales españoles vieran la opción a un cambio en los pronunciamientos, pues en ningún momento se plantea por el TJUE el error a esa inclusión de la maternidad subrogada dentro de la protección que se ofrece, y además lo dice literalmente, que queda a disposición de los Estados miembro la posibilidad de reconocerle a la figura de la maternidad subrogada la prestación por maternidad.

3.3. NEGATIVA DE LA PRESTACIÓN: POSIBLE EXISTENCIA DE DISCRIMINACIÓN Y LA PROTECCIÓN DEL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR.

A la hora de analizar la maternidad subrogada hemos podido observar que ante una negativa de la prestación por maternidad, que se derivaría de dicha figura, en caso de ser esta denegada, se podrían vulnerar varios derechos constitucionales.

Quizá se podría decir que la maternidad subrogada es la vía más utilizada por parejas de mismo sexo, tanto de hombres como de mujeres, para convertirse en progenitores. Por lo tanto, ante esta realidad, en los casos de denegación del derecho de acceso a la prestación por maternidad, se alega vulneración del derecho a la igualdad y discriminación por razón de sexo o por orientación sexual. Como hemos podido observar, los Tribunales rechazan esta hipótesis de manera tajante, declarando que la negativa no vulnera dichos derechos fundamentales, pues, para el caso de la discriminación por razón sexual, más acusada en las parejas del mismo sexo masculino, se alega siempre que para el caso en que el derecho a la prestación por maternidad hubiera sido solicitado por una pareja del mismo sexo femenino, la respuesta hubiera sido la misma; y en el caso de la discriminación por razón de orientación sexual, más acusado posiblemente por parejas del mismo sexo femenino, pues se puede alegar que no se reconoce el derecho a la prestación por maternidad a una mujer por el hecho de su orientación sexual, pues si hubiera sido solicitado por una pareja heterosexual, el derecho hubiera sido reconocido. Para este supuesto los Tribunales exponen que no se trata pues de esa discriminación, pues en el caso de que hubiera sido efectivamente solicitado por una pareja de hombre y mujer, la respuesta hubiera sido igualmente negativa.

En ambos casos, lo que se defiende es que la negativa al derecho de esa determinada prestación viene motivada por la nulidad del contrato en sí, por la falta de regulación positiva en la legislación española al respecto, y no tratando de pasar por encima de unos derechos, que dada su importancia, supondrían la vulneración de derechos fundamentales.

Por otro lado, de lo que no cabe duda, es que esa negativa a la prestación por maternidad en los supuestos analizados, sí que tiene un principal afectado, el menor que queda desprotegido y desamparado. Así se va en contra del interés del menor, que probablemente sea lo primordial en estos supuestos y la razón con mayor peso para poder defender, tanto el reconocimiento de una filiación, como el derecho a la prestación.

Sin embargo, hay que tener en cuenta precisamente que el legislador ha decidido conceder estos derechos a quienes optan por la adopción o el acogimiento. Esto

significa que se da la paradoja de que en los casos en los que se recurre a la adopción o al acogimiento es posible disfrutar de esos derechos, mientras que el de la maternidad subrogada, en la que los padres figuran como progenitores, no se ha incluido entre las situaciones protegidas, y ello con independencia de la filiación y de que la finalidad que se persigue sea la de atender al menor y estrechar lazos entre los padres y el/la hijo/a. Es decir, lo importante en el caso de la maternidad subrogada debería ser el interés del menor que debe protegerse lo mismo que en los supuestos de la adopción y del acogimiento, al margen de que exista un vacío legal.

Es cierto, que para llevar a cabo una buena protección del menor, también se tiene que llevar un control, en el caso de reconocimientos de inscripciones de filiación, pues no debe ser realizado de manera automática, pudiendo encubrir situaciones ilegales de tráfico de menores. De esta forma, si se cumplen los requisitos que establece la DGRN en España, se puede comprobar la no búsqueda de ilegalidad en la inscripción. Por lo tanto, reconocer esa inscripción cumpliendo los requisitos de la Instrucción de 2010, significa velar por el interés del menor, pues el hecho de no reconocerlo implicaría que el menor se encontrase en una situación de inseguridad jurídica total, sin ser reconocido en el país de sus progenitores por contrato legal en el extranjero⁹⁶.

Ahora bien, en el caso de que esa inscripción haya sido realmente reconocida y que uno de los progenitores, con independencia del sexo, vaya a solicitar la prestación por maternidad y ésta le sea denegada, esa situación va en contra del interés del menor de la misma manera. Se provoca un hecho que, como consecuencia primera, va a ser un detrimento hacia el menor, pues puede verse abocado a no poder disfrutar de esos primeros meses de vida con su progenitor, pues una parte muy importante del permiso y prestación por maternidad, es esa necesidad de contacto tras la llegada de un nuevo miembro al núcleo familiar. Se alega muchas veces el hecho de que el contrato de gestación sustitución sea nulo de pleno derecho en España no es motivo suficiente como para denegar la prestación por maternidad en esos supuestos, pues el interés del menor debería primar sobre ese hecho de nulidad⁹⁷.

⁹⁶ RAMÓN FERNÁNDEZ, F., “La protección del menor en los casos de gestación por sustitución: Análisis de diversos supuestos prácticos”, *Revista sobre la infancia y la adolescencia*, nº 6 de marzo de 2014, páginas 45-46.

3.4. COMENTARIO A LA PROPUESTA DE REGULACIÓN DE ANTONIO J. VELA SÁNCHEZ Y LA NECESIDAD DE REGULACIÓN:

Como en otros países de la Unión, en España la gestación por sustitución está prohibida, declarada nula de pleno derecho por el artículo 10.1 de la Ley de TRHA. Pero con la Instrucción de 5 de octubre de 2010 de la DGRN, se vienen a establecer unas pautas a seguir para que en España pueda tener reconocimiento una maternidad subrogada en el extranjero, es decir, podía venir prestando una función de regulación de la figura en España.

Sin embargo, y de acuerdo a la postura que muestra José A. Vela Sánchez⁹⁸, considero que la Instrucción podría vulnerar el derecho fundamental a la igualdad y no discriminación del artículo 14 de la CE. Puede ser, que si nos situamos desde el prisma del menor, de la protección de sus intereses, dicha Instrucción tenga una función positiva, pues soluciona los problemas del reconocimiento de filiación de una maternidad subrogada llevada a cabo en el extranjero, y no deja desprotegido al menor por el hecho de que ese contrato en España sea nulo, es decir, busca una solución para que en el caso de ser llevada a cabo una maternidad subrogada fuera de España, se pueda reconocer esa inscripción en el Registro Civil y reconocer así a los comitentes como progenitores del menor nacido por subrogación.

Pero no es menos cierto que esa Instrucción puede provocar desigualdades. El panorama en España es que la gestación por sustitución es nula de pleno derecho, es decir, es un negocio jurídico que no puede llevarse a cabo en territorio español, pero con la aparición de la Instrucción, se busca un cauce a esas personas que lo realizan fuera de España para poder legalizar la situación a la llegada a territorio nacional. Con esto, lo que sucede es que sólo las personas que cuenten con medios económicos suficientes son las que van a poder acudir a esta figura para ser padres, pues es un método costoso. Entonces, es aquí donde vemos que aparece esa desigualdad, porque sólo van a poder acudir a la maternidad subrogada las familias con medios suficientes, mientras que

⁹⁷ RAMÓN FERNÁNDEZ, F., “La protección del menor en los casos de gestación por sustitución: Análisis de diversos supuestos prácticos”, *Revista sobre la infancia y la adolescencia*, nº 6 de marzo de 2014, página 45.

⁹⁸ VELA SÁNCHEZ, A.J., “Propuesta de regulación del convenio de gestación por sustitución o de maternidad subrogada en España”, *Diario La Ley*, nº 7621, de 3 de mayo de 2011, página 2.

quienes no los tengan no podrán hacerlo, pues es su país, España, no pueden. Encontramos aquí una situación de desigualdad a la que, obviamente, no le podemos buscar ningún tipo de razón de ser ni justificación.

Frente a esta situación, lo que debería plantearse es una propuesta de regulación de la maternidad subrogada en España, para que todos los sujetos nacionales puedan acceder a la misma, buscando la igualdad entre los españoles, y para ello traeremos a Vela Sánchez de nuevo⁹⁹.

En el contenido de su propuesta establece como concepto de gestación por sustitución literalmente que *“El convenio de gestación por sustitución es un negocio jurídico especial de Derecho de Familia, oneroso o gratuito, formalizado en documento público notarial, por el que una mujer, con plena capacidad de obrar, consiente libremente en llevar a cabo la concepción -mediante técnicas de reproducción asistida- y gestación, aportando o no su óvulo, con el compromiso irrevocable de entregar el nacido -cuyo origen biológico debe constar claramente- a los otros intervinientes, que pueden ser sujetos individuales o una pareja, matrimonial o de hecho, plenamente capaces y de los cuales al menos uno sea aportante de material genético”*.

Como apreciación personal a esta propuesta planteada por Vela Sánchez, considero que en la misma debería establecerse que el contrato de gestación por sustitución tendría que ser únicamente gratuito, y no dar la opción a la onerosidad del mismo, quedando obligados los comitentes del contrato sólo a los gastos que se deriven del embarazo y del parto, es decir, sólo obligados al pago de los gastos médicos. No creo que debiera poder identificarse la figura de la maternidad subrogada como un medio de enriquecimiento, como un negocio de tipo económico. Bajo mi punto de vista, debería ser una posibilidad que ofrece una persona a otras que no pueden tener hijos de manera natural, y que desde la voluntad de ayudar, puede cambiarles la vida. Principalmente creo que también el tema de la onerosidad en este negocio puede frenar esta propuesta, pues sus mayores detractores buscan su apoyo en principios éticos y morales, y que la maternidad subrogada pueda convertirse en un medio para ganar dinero resultaría ser un

⁹⁹ VELA SÁNCHEZ, A.J., “Propuesta de regulación del convenio de gestación por sustitución o de maternidad subrogada en España”, *Diario La Ley*, nº 7621, de 3 de mayo de 2011, páginas 5-15.

motivo de oposición por parte de quienes no están de acuerdo con la legalización de esta figura en España.

Otro punto importante en mi opinión, es el tema de que “El convenio de gestación por sustitución posibilitará que el hijo nacido pueda conocer su origen biológico”¹⁰⁰. Me parece una postura bastante inteligente, pues se trata de intentar naturalizar al máximo esta figura, como una vía que en un futuro puedan utilizar muchas parejas para tener hijos, y que pueda ser entendida a la perfección como una forma más, y que al igual que en los supuestos de adopción, el menor pueda recabar la información que precise para poder averiguar su origen biológico.

Por último, hablar sobre el requisito de la imposibilidad biológica de embarazo de las mujeres, tanto solteras como casadas o en pareja de hecho. Parece lógico que ese requisito no pueda ser exigido a los varones, en pareja homosexual o solteros, pues tienen por naturaleza esa incapacidad biológica de embarazo. Pero en el caso de las mujeres me parece muy importante esa apreciación. De la misma manera que opino que debería ser un contrato gratuito para que no surja la posibilidad de convertirse en un método para ganar dinero las personas más desfavorecidas, pienso que este requisito es indispensable, pues cabría la posibilidad de que mujeres que no quieren, por motivos físicos y demás banalidades, quedarse embarazadas, accedan a esta vía para ser madres, cuando realmente tienen la posibilidad biológica exigida para poder serlo de manera natural. El no exigir este requisito, podría ser también una vía de desnaturalización de la propia figura, que lo busca es que toda persona pueda ser padre o madre y cuando la naturaleza no se lo permite acudir a figuras reguladas para poder conseguirlo.

Habiendo realizado esta exposición de motivos anterior, querría concluir diciendo, que con esta propuesta de regulación se acabaría todo problema que plantease la maternidad subrogada, desde la filiación del menor y su inscripción en el Registro Civil, que ya fue en su momento solucionado por la Instrucción de la DGRN, y disiparía las dudas en torno a los problemas que surgen en cuanto al Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Al regularse y establecerse como una figura más de acceso a la maternidad,

¹⁰⁰ VELA SÁNCHEZ, A.J., “Propuesta de regulación del convenio de gestación por sustitución o de maternidad subrogada en España”, *Diario La Ley*, nº 7621, de 3 de mayo de 2011, página 15.

junto a la adopción y al acogimiento, deberían reconocerse de igual manera todos aquellos derechos que de ello surge, el permiso retribuido por maternidad.

CONCLUSIÓN:

Para terminar este trabajo me gustaría hacer una breve síntesis de lo hasta ahora expuesto sobre la maternidad subrogada.

Nos encontramos frente a una situación que tiene un emplazamiento complicado en nuestro ordenamiento jurídico debido a problemas éticos, morales y religiosos. No quiero profundizar demasiado en este tema, pero sí es cierto que la mayoría de argumentos que se utilizan para ir en contra de la maternidad subrogada se han quedado, en mi opinión, desfasados, pues la sociedad evoluciona y el derecho con ella, así que es normal que las leyes y creencias vayan renovándose conforme cambian los modelos que se tenían establecidos. Todo ello en base a que el Derecho no es una ciencia estática, sino dinámica que debe cambiar y poder adaptarse a las nuevas necesidades de la sociedad.

En este caso concreto, el modelo del que hablamos es del modelo de familia, que ha sufrido un cambio muy significativo, y que probablemente, continúe haciéndolo. Así, la vida va siempre por delante del Derecho y éste ha de amoldarse a ella, pues tiene que buscar una respuesta a las nuevas situaciones que se van sucediendo.

Por lo que respecta a la maternidad subrogada, declarada nula de pleno derecho por el artículo 10.1 de la LTRHA, parece necesario que se busque una vía para solucionar y regular los problemas que a día de hoy se plantean, pues cuando esta ley fue aprobada, fue muy novedosa en su ámbito, pero jamás se planteó el tema de la maternidad subrogada, pues en aquel momento no tenía cabida pensar en ella.

Con lo analizado en el trabajo nos hemos podido dar cuenta mediante el estudio de la doctrina jurisprudencial y de la doctrina científica de que se aboga por la equiparación de la maternidad subrogada a los supuestos de adopción y acogimiento o incluso como un tipo de maternidad, todo ello apoyado en las técnicas de la analogía, pues se trata de una figura, que es cierto que en España no puede llevarse a cabo el contrato, pero que se le intenta dar una respuesta y una protección a la realizada en el extranjero por nacionales españoles.

Una vez que observamos cual es la postura del TEDH en cuanto al reconocimiento de la filiación de los menores nacidos por maternidad en el extranjero en países donde sea legal dicho convenio, ni en España ni en el resto de Europa se vuelve a poner en duda dicho reconocimiento registral de filiación, en el que constaría que los progenitores son los comitentes del contrato de maternidad subrogada, surgiendo ahora el problema con el reconocimiento de derechos derivados de esa maternidad, que es lo que hemos analizado en el trabajo.

En cuanto a esto último, es verdad que el pronunciamiento del TJUE no fue positivo ni reconocía el derecho a la prestación por maternidad en el supuesto de maternidad subrogada, pero dejaba abierta la puerta a que los Estados miembro pudieran incluirlo dentro de la protección por maternidad, como ocurre con la adopción y el acogimiento en España, debido a que realmente no había una prohibición expresa en la legislación europea.

Así las cosas, antes del pronunciamiento del TJUE la jurisprudencia española admitía el reconocimiento del derecho a la prestación por maternidad en los supuestos de maternidad subrogada. A partir del pronunciamiento europeo aparecieron algunas sentencias con fallo negativo a ese reconocimiento, pero no hay una opinión unánime al respecto aún.

Con la nueva LGSS en el 2016, no hubo cambio alguno que mejorara la situación en España para la maternidad subrogada, por lo tanto seguimos de la misma manera, precisando una regulación al respecto.

Como presenté en el último capítulo, sería necesario llevar a cabo una propuesta de regulación de un convenio de maternidad subrogada, lo que acabaría con los problemas que hasta el momento se han ido planteando, y que los principales afectados son los menores, pero es cierto que resulta difícil encuadrar esta figura en derecho español, nos encontramos en un país laico, pero con demasiada influencia religiosa y con pensamientos que han quedado obsoletos con el paso del tiempo.

Todo ello no quiere decir que se deba acceder a legalizar esta figura a cualquier precio. A mi juicio, debe hacerse una propuesta con cautela y pensando en todos los derechos

que pueden verse afectados y realizar una buena ponderación de los mismos en el caso de que se puedan ver enfrentados. Es necesario pensar en el interés del menor, de las obligaciones de los comitentes y sus requisitos, en los derechos de la madre gestante, que debe quedar perfectamente cubierta y sin desprotección y, como también dije en el último capítulo y en consonancia con la opinión de Vela Sánchez, debe regularse también con el fin de que todos los españoles que lo precisen puedan acceder a ella, pues a día de hoy, es necesario acudir al extranjero, como por ejemplo Los Ángeles, siendo un proceso largo y costoso, que no cualquier ciudadano español puede permitirse, y debería ser una figura accesible para todo aquel que lo necesite. De esta manera, debería establecerse como un contrato gratuito para facilitar el acceso a todos los españoles.

Como hemos tenido la oportunidad de observar en el marco político se han empezado a mover fichas en torno a la maternidad subrogada. En primer lugar, la portavoz del partido político UPyD, presentó una Proposición no de Ley el 15 de febrero de 2015, en la que instaba al Gobierno:

-La derogación del art. 10 de la LTRHA de 4/2006, de 26 de mayo, el cual da cuenta de la existencia de la técnica de gestación por sustitución aunque parte de la nulidad de pleno derecho del contrato que tenga dicho fin y, por tanto de su invalidez jurídica a efectos de reconocimiento de la filiación por parte de quienes contraten la subrogación, manteniendo el antiguo precepto “mater semper certa est” propio de un periodo anterior al descubrimiento del ADN y de los avances técnicos y científicos asociados al mismo.

- Articular en el marco legislativo correspondiente la gestación subrogada con una serie de contenidos (carácter altruista, la gestante será mayor de dieciocho años, con buen estado de salud, lo aceptará libremente, irrenunciabilidad posterior del contrato, se establecerá un Registro Nacional de Gestación por Subrogación adscrito al Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, sólo será posible celebrar el acuerdo de subrogación gestacional cuando el progenitor o progenitores hayan agotado subrogantes hayan agotado o sean incompatibles con otras técnicas de reproducción asistida. También solicita en esta Proposición «Promover en el marco de

la Unión europea una regulación común de la maternidad subrogada y de los acuerdos de subrogación transfronterizos».

Dicha propuesta fue rechazada por la Comisión de Justicia del Congreso de Diputados, por los votos del Partido Popular y el PSOE, siempre que esta fuera altruista y no se pudiera lucrar la gestante.

Además, el Partido Ciudadanos, también ha mostrado interés en la regulación de esta figura en su programa electoral. El partido que preside Rivera defiende una regulación que contemple la gestación subrogada, *“con el consentimiento expreso de las partes implicadas y con plenas garantías jurídicas”*. En su texto, afirma que quiere dar respuesta a muchas familias que no pueden engendrar y dar a luz un hijo. Su propósito es «un contrato de gestación» para amparar jurídicamente a la gestante sustituta y los padres intencionales que garantice los derechos de las partes, *“donde la filiación del neonato sea inequívoca”*.

La propuesta del partido resume: *“Facilitar de esta manera que las personas que no pueden tener hijos dispongan de una oportunidad mediante técnicas de reproducción asistida subrogando la maternidad”*. Ciudadanos no descarta una compensación económica, que deberá *“ser de una cuantía que se ajuste a los gastos razonables del proceso”*.

Lo verdaderamente importante en este punto es observar que se está despertando un interés por regular esta materia y que esperemos que en un futuro no muy lejano se haya acabado con este problema, se pueda llevar a cabo un contrato de maternidad subrogada en España y, además de ser reconocidos como hijos de los padres comitentes o intencionales, se regule esta figura al igual que la adopción y el acogimiento en cuanto al derecho al permiso de maternidad que se ofrece por el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

BIBLIOGRAFÍA:

- MONTERO, S. “Maternidad subrogada: no es tan sencillo descartarla como posibilidad. *Revista AFIN*, nº 66, noviembre de 2014, pág. 12.
- MONTERO, S. “Maternidad subrogada: no es tan sencillo descartarla como posibilidad”. *Revista AFIN*. nº66, noviembre de 2014, págs. 5 y 6.
- ATIENZA, M., “Gestación por sustitución y prejuicios ideológicos”, *EL NOTARIO* 2015, nº 63, págs. 95 y 96.
- CALVO CARAVACA A. L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ J. “Notas críticas en torno a la instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 5 de octubre 2010 sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*(marzo 2011), Vol. 3, Nº1, ISSN 1989-4570, pág. 253.
- LAMM. E., “*Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*”. Ediciones Univers. Barcelona 2013, páginas 208 y 209.
- JIMÉNEZ MUÑOZ, F.J. “Denegación de la inscripción de la filiación determinada por la celebración de un contrato de gestación por sustitución. Comentario a la STS 835/2013 de 6 de febrero de 2014(RJ 2014,736)”, *Rev. Boliv. De derecho* nº 18, julio de 2014, ISSN: 2070-8157, páginas 400-419.
- ANTONIO ZENNA, F., “La gestación por sustitución en España. La situación actual tras la STS de 6 de febrero de 2014”, *Revista online El Derecho*.
- CASADO RAMÓN, J., “La inscripción de la gestación por sustitución realizada en el extranjero: Comentario a la STS 835/2013”, *Revista online El Derecho*
- IGAREDA GONZÁLEZ, N., “La inmutabilidad del principio-mater sempre certa est- y los debates actuales sobre la gestación por sustitución en España”, *Revista de Filosofía, Derecho y Política*, nº 21, enero de 2015, ISSN 1698-7950.

- DURÁN AYAGO, A., “Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil Pleno, 835/2013 de 6 de febrero de 2014 (ROJ: STS 247/2014), Reseñas de jurisprudencia (enero-junio de 2014) internacional privado”, *Ars Iuris Salmanticensis*, vol. 2, diciembre de 2014, 277-282, ISSN 2340-5155.

- SÁEZ-SANTURTÚN PRIETO, M., “La maternidad subrogada: estado actual de la cuestión a raíz de la STS de 6 de febrero de 2014, *Diario La Ley*, nº 8293, Sección Tribuna, 15 de abril de 2014, Año XXXV, Editorial La Ley. (La Ley 1745/2014).

- HERIDIA CERVANTES I. , “El Tribunal Supremo y la gestación por sustitución. Crónica de un desencuentro”, *Revista 54 Opinión, El Notario del Siglo XXI*, de 9 de abril de 2014.

- FLORES RODRÍGUEZ J., “Vientres del alquiler: más cerca de su reconocimiento legal en Europa: Comentario a la STEDH”, *Diario La ley*, nº 8363, de 28 de julio de 2014, página 5.

- MORENO PUEYO, M.J., “La prestación de maternidad en los casos de maternidad subrogada. Estado de la cuestión tras los pronunciamientos del TJUE 18/03/2014”, *Revista española de Derecho del Trabajo*, ISSN 0212-6095, Nº 172, 2015, página 3.

- RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, E. “La desprotección de la maternidad por subrogación en la jurisprudencia europea frente al derecho a la igualdad en el empleo (II)”, *Trabajo y Derecho*, nº 4, Abril 2015, páginas 5-6. , Editorial Wolters Kluwer.

- HIERRO HIERRO J. “Gestación por sustitución y prestación por maternidad”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social* nº 6 de octubre de 2012. Páginas 53-59.

- SELMA PENALVA A., “Vientres de alquiler y prestación por maternidad”, *Revista Doctrinal Aranzadi*, nº 9 de 2013, página 11.

- SELMA PENALVA A., “Vientres de alquiler y prestación por maternidad”, *Revista Doctrinal Aranzadi*”, nº 9 de 2013, página 12.

- GÓMEZ GORDILLO R., “Convivencia previa y derecho de los progenitores a la prestación por maternidad por adopción”, *Aranzadi Social*, nº 21 del 2011, (BIB 2010,3183), página 3.

- PANIZO ROBLES, J.A., “La maternidad por contrato de sustitución sigue sin estar amparada por la acción protectora de la Seguridad Social (STSJ del País Vasco de 13 de mayo de 2014-Rec. 749/2014)”, *Revista de información laboral*, nº 5 del 2014, parte Art. Doctrinal.

- DIAGO DIAGO, M^a P. “Jurisprudencia del tribunal de justicia de la unión Europea”, *Revista jurídica de Cataluña*, nº 3/2014, páginas 831-838.

- TAPIA HERMIDA, A. “En torno a la discriminación en la concesión de permisos por maternidad a madres subrogantes que han tenido un hijo gracias a un convenio por sustitución”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social CEF*, nº 374 de mayo de 2014, páginas 134-138.

- ORTIZ VIDAL, M^a. D., “La gestación por sustitución y las prestaciones sociales por maternidad/paternidad en España y la novísima jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 180, octubre de 2015, página 2.

- ORTIZ VIDAL, M^a. D., “La gestación por sustitución y las prestaciones sociales por maternidad/paternidad en España y la novísima jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 180, octubre de 2015, página 7.

- SELMA PENALVA, A., “Los nuevos retos de la prestación por maternidad ante los avances médicos en materia de reproducción asistida”, *Revista Bioderecho.es*, Vol.1, nº1 de 2014, página 11.

- RAMÓN FERNÁNDEZ, F., “La protección del menor en los casos de gestación por sustitución: Análisis de diversos supuestos prácticos”, *Revista sobre la infancia y la adolescencia*, nº 6 de marzo de 2014, páginas 45-46.

- VELA SÁNCHEZ, A.J., “Propuesta de regulación del convenio de gestación por sustitución o de maternidad subrogada en España”, *Diario La Ley*, nº 7621, de 3 de mayo de 2011, página 2.

- VELA SÁNCHEZ, A.J., “Propuesta de regulación del convenio de gestación por sustitución o de maternidad subrogada en España”, *Diario La Ley*, nº 7621, de 3 de mayo de 2011, páginas 5-15.

ÍNDICE JURISPRUDENCIAL:

CAPÍTULO I: LA MATERNIDAD SUBROGADA.

1.6. La STS 835/2014 de 6 de febrero de 2014.

CAPÍTULO II: LA MATERNIDAD SUBROGADA Y MARCO JURÍDICO EN EUROPA.

2.1.1. Las SSTEDH de 26 de junio de 2014: Asunto 65192/11 Mennesson contra Francia y asunto 65941/11 Labasse contra Francia; y la STEDH de 27 de enero de 2015 asunto Paradisso et Camapanelli contra Italia.

2.2.2. Doctrina del TJUE:

- STJUE de 18 de marzo de 2014 asunto C167/2012.
- STJUE de 18 de marzo de 2014 asunto C363/2012.

CAPÍTULO III: LA MATERNIDAD POR SUBROGACIÓN Y EL PERMISO DE MATERNIDAD EN ESPAÑA.

3.3.1. Reconocimiento de la prestación. Argumentación jurídica:

- STSJ de Castilla y León 593/2010.
- SJS de Oviedo 212/2012.
- STSJ de Cataluña 7985/2012.
- STSJ de Madrid 668/2012.
- STSJ de Madrid 216/2013.

3.3.2. Efectos de la doctrina judicial del TJUE en la doctrina judicial española:

- STSJ de Andalucía 319/2014.
- STSJ de Madrid 612/2014.
- STSJ del País Vasco 944/2014.
- STSJ de Las Palmas de Gran Canaria 1259/2014.
- STSJ de Madrid 1201/2014.
- STSJ de Madrid 19/2015.
- STSJ de Murcia 292/2015.