

FACULTAD DE CIENCIAS
SOCIALES Y JURÍDICAS



GRADO EN RELACIONES
LABORALES Y RECURSOS
HUMANOS 2018

***MATERNIDAD
SUBROGADA: UN
ESTUDIO
MULTIDISCIPLINAR***

ALUMNA: PAULA
BUITRAGO PARRA

TUTOR: FCO. JAVIER
FERNANDEZ ORRICO

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN.....	10-12
2. CAPÍTULO I: MARCO TEÓRICO.....	13-15
I.I.INTRODUCCIÓN EN EL ÁMBITO LEGAL.....	13
I.II.REPERCUSIÓN QUE CONLLEVA LA PRÁCTICA DE LA SUBROGACIÓN.....	13-14
I.III.DERECHO A ASISTENCIA SANITARIA EN EL PROCESO DE REPRODUCCIÓN POR SUSTITUCIÓN.....	14
I.III.I.ASISTENCIA A LA EMBARAZADA.....	14-15
I.III.II.ASISTENCIA AL MENOR.....	15
3. CAPÍTULO II: CONCEPTO Y MODALIDADES DE LA MATERNIDAD SUBROGADA.....	16-20
II.I.DIVERSOS CONCEPTOS.....	16-17
II.II.CONTRATO DE SUBROGACIÓN EN ESPAÑA.....	17-18
II.III.MODALIDADES DE MATERNIDAD SUBROGADA.....	19-20
4. CAPÍTULO III: LEGALIZACIÓN DE LA MATERNIDAD SUBROGADA	21-32
III.I.ÁMBITO JURÍDICO.....	21
III.II.REFERENTE A LA NORMATIVA ESPAÑOLA.....	21-22
III.III.DISTINTAS REGULACIONES DE LA SUBROGACIÓN SEGÚN EL PAÍS EN QUE SE LLEVA A CABO.....	22-24

III.IV.NORMATIVA APLICABLE A LA MATERNIDAD SUBROGADA.....	25-29
III.V.INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO CIVIL.....	29-32
5. CAPÍTULO IV: RECONOCIMIENTO DE LA SUSPENSIÓN DEL CONTRATO Y PRESTACIÓN POR MATERNIDAD.....	33-38
IV.I.AYUDAS PARA LOS PADRES SUBROGANTES...33	
IV.II.PERMISOS RETRIBUIDOS.....	33
IV.III.PRESTACIÓN POR MATERNIDAD.....	33-38
6. CAPÍTULO V: ARGUMENTOS A FAVOR Y EN CONTRA.....	39-45
V.I.PROBLEMÁTICA DE LA SUBROGACIÓN.....	39
V.II.ACEPTACIÓN DE LA MATERNIDAD SUBROGADA...39-41	
V.III.RECHAZO HACIA LA PRÁCTICA DE LA SUBROGACIÓN.....	41-43
V.IV.PERSPECTIVA CATÓLICA.....	44
V.V.TURISMO REPRODUCTIVO.....	44-45
7. CONCLUSIONES.....	46-49
8. BIBLIOGRAFÍA.....	50-51

9. WEBGRAFÍA.....52-53

10. ÓRGANOS Y ACUERDOS DE MAYOR RELEVANCIA.....54



RESUMEN

La elección de la maternidad subrogada como tema se debe a que lo considero característico, controvertido, de actualidad, novedoso ya que se conoce desde hace relativamente poco tiempo y atractivo porque genera una gran polémica social. En este trabajo se analiza desde el punto de vista de la doctrina laboral, la maternidad subrogada, reproducción por sustitución o como coloquialmente se conoce, el vientre de alquiler.

Analizamos si se tiene derecho o no a la percepción de la prestación por maternidad en estos casos específicos, desde el punto de vista de la madre subrogada y de la madre comitente.

Se estudia la normativa legal tanto internacional como nacional que existe en torno a este fenómeno social cada vez más conocido y habitual, así como las diversas y dispares opiniones sobre el tema.

La maternidad subrogada es una práctica que está prohibida en España e incluso tipificada como delito, en caso de que se llevara a cabo un contrato de estas condiciones.

No obstante, esta regulación no ha impedido que algunas de las familias residentes en España hayan viajado a otros países, fuera del territorio nacional donde la gestación subrogada sí está considerada como una práctica lícita para poder tener descendencia mediante este novedoso método.

Se llevará a cabo el desarrollo de un análisis sobre el trato que se da a esta modalidad por parte de los poderes públicos y se investiga y analiza la cuestión que nos ocupa desde una perspectiva centrada en la normativa española aplicable a las técnicas de reproducción humana asistida y desde el enfoque que proponen el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

A continuación se explicarán las diferentes modalidades de gestación subrogada y los diversos casos en los que se suele llevar a cabo, comenzando por los más comunes y numerosos pero desembocando en los más actuales.

Finalmente, ofrece una serie de argumentos tanto a favor como en contra de la subrogación y de su legalización en el marco de la normativa española y todo ello junto con las conclusiones personales finales sobre el tema expuesto, conforman este trabajo.



ABSTRACTC

The choice of surrogate motherhood as a subject of study is because I consider it to be a distinctive, controversial, topical, novel and peculiar topic since it has been in debate for a relatively short time and because it generates a great social controversy.

This paper analyzes from the point of view of labor doctrine, surrogate motherhood, reproduction by substitution or how colloquially it is known, the rent belly.

We analyze whether you have the right to receive maternity benefits in these specific cases or not, from the point of view of the surrogate mother and the biological mother.

We study the international and national legal regulations that exist around this increasingly well-known and habitual social phenomenon, as well as the diverse and disparate opinions on the subject.

Surrogate motherhood is a practice that is prohibited in Spain and indeed typified as a crime, in case a contract of these conditions is carried out.

However, this regulation has not prevented some families residing in Spain to have traveled to other countries, outside the national territory where the surrogate pregnancy is considered a lawful practice to be able to have descendants through this novel method.

The development of an analysis on the treatment given to this modality by the public authorities is carried out and the question is analyzed and researched from a perspective centered on the Spanish regulations applicable to techniques of assisted human reproduction and from the approach proposed by the European Court of Human Rights and the Court of Justice of the European Union.

The following is an explanation of the different modes of surrogate pregnancy and the various cases in which it is usually carried out, starting with the most common and numerous but leading to the most current ones.

Finally, a series of arguments are offered both for and against subrogation and its legalization within the framework of the Spanish regulations and all this together with the final personal conclusions on the exposed subject, form this work.



ABREVIATURAS

ASMR: Society for Assisted Reproductive Technology.

CBE: Comité de Bioética de España.

CC: Código Civil.

CP: Código Penal.

CE: Constitución Española.

CEDH: Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos.

EBEP: Estatuto Básico del Empleado Público.

EEUU: Estados Unidos.

ET: Estatuto de los Trabajadores

FIV: Fecundación In Vitro.

LGSS: Ley General de la Seguridad Social.

RD: Real Decreto.

OMS: Organización Mundial de la Salud.

ONG: Organización No Gubernamental.

ONU: Organización de Naciones Unidas.

OPS: Organización Panamericana de la Salud.

SS: Seguridad Social.

TJUE: Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

TRHA: Técnicas de Reproducción Humana Asistida.

UE: Unión Europea.

VVAA: Varios Autores.

INTRODUCCIÓN

Si retrocedemos unos años atrás, comprobamos que la única forma posible de concebir a un hijo era la natural o a través de un proceso de adopción. Pero actualmente y gracias a los avances tanto de la ciencia y de la medicina como de las nuevas tecnologías, existe la posibilidad de poder concebir a un hijo genéticamente propio; aunque como apunta la Sociedad Europea de Reproducción Humana y Embriología este proceso puede tener ciertas objeciones morales, en muchos casos no se considera motivo suficiente para causar la prohibición de la gestación por sustitución.

Este tipo de técnica de reproducción asistida ofrece la oportunidad a miles de personas de lograr su objetivo mediante un moderno procedimiento, con independencia de cualquiera que sea su sexo o su sexualidad y sin que quepa discriminación alguna por ello.

Gracias a la maternidad subrogada, se produjo un destacable aumento de nacimientos en España a partir de 2014, año en que las estadísticas contemplan que el número de niños nacidos a través de este método supera a las adopciones realizadas, así lo confirma Dídac Sánchez¹.

Entre ambas figuras solo existe la semejanza de que tanto en la subrogación como en la adopción los padres intencionales desean formar una familia y por lo general recurren a ello porque no pueden tener hijos de una forma natural; pero ambas opciones se diferencian en que la adopción es un proceso plenamente legal a través del cual se atribuye la condición de hijo a aquel que no lo es biológicamente mientras que en la subrogación, el niño sí puede ser hijo biológico de los padres legales.

¹ SANCHEZ, D.: *Como ser padres por gestación subrogada y no morir en el intento: La experiencia Subrogalia*, La Gaceta, 6ª Edición, 2015.

Tal como lo define la OMS² en un artículo a cerca de la gestación subrogada, “este fenómeno ha provocado, de un tiempo a esta parte, un fortísimo impacto en la conciencia de nuestra sociedad, en un sentido tanto cuantitativo, por el número total de hijos nacidos de gestación subrogada que llegan a nuestro país desde el extranjero, como cualitativo en relación a la relevancia mediática de muchas de las personas que han recurrido a esta vía para ser padres. Lo cual, unido a las delicadas cuestiones éticas y morales a las que afecta la maternidad subrogada, ha terminado por suscitar un debate ideológico en el seno de la opinión pública”.

La legislación vigente que he consultado para redactar el trabajo es, entre otras, la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida, la Constitución Española³, la Declaración Universal de Derechos Humanos⁴, el Estatuto de los Trabajadores⁵, el Código Civil⁶ y el Código Penal⁷.

En el desarrollo de este trabajo pretendo abordar el concepto y las causas que pueden dar lugar a la elección y práctica de esta modalidad reproductiva, así como las variadas modalidades que existen de la misma.

También trataré sobre la legislación aplicable en estos casos y la prohibición expresa acerca de la realización de un contrato de subrogación en España, explicando el porqué de la situación actual de nulidad en nuestro país.

² OMS: autoridad directiva y coordinadora de la sanidad internacional en el sistema de las Naciones Unidas, 1948. Véase BALLESTEROS HERNANDEZ, M.: ‘El contrato de trabajo frente a los tratamientos de reproducción asistida: la fecundación in vitro y la gestación subrogada, pág.6.

³ La Constitución de 1978, es la norma suprema del ordenamiento jurídico español, a la que están sujetos todos los poderes públicos y ciudadanos desde su entrada en vigor el 29 de diciembre de 1978.

⁴ Declaración de Universal Derechos Humanos: Es un documento declarativo adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas, aprobado el 10 de diciembre de 1948 en París.

⁵ ET: Aprobado y publicado en el Boletín Oficial del Estado el 14 de marzo de 1980. Tras diferentes modificaciones, actualmente está regulado en el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

⁶ Código Civil: Publicado por el Real Decreto de 24 de julio de 1889.

⁷ Código Penal: Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, es una ley orgánica española que define los delitos que constituyen los presupuestos de la aplicación de la forma suprema que puede revestir el poder coactivo del Estado: la pena criminal.

Y en lo relativo a otros países, explicaré como se instaura esta figura y bajo qué características se rige la subrogación en los países en que está permitida.

Por último, trataré el punto de vista jurisprudencial que se ha dado a la maternidad subrogada en España, y en qué se sustentan tanto las opiniones que defienden esta práctica y apuestan por ella, como las que la rechazan.

El propósito de este trabajo es el de llegar a comprender la figura de la maternidad subrogada y la necesidad de su regulación en España. Haciendo hincapié de los problemas que puede generar llevarla a cabo, debido a que en nuestra sociedad existen diversos modelos de familias y muchos de ellos se lo plantean como única opción para poder tener un hijo biológico.

Esto nos lleva a reflexionar sobre el porqué de que esta práctica continúe estando prohibida en un país donde es tan demandada, provocando que los ciudadanos que necesitan o desean por los motivos que fueren recurrir a la subrogación se vean obligados a acudir a otros países, cosa que no todas las familias pueden permitirse económicamente hablando, por el mero hecho de que sea considerado una conducta inconstitucional.

CAPITULO I

MARCO TEÓRICO

I.I. INTRODUCCIÓN EN EL ÁMBITO LEGAL

En lo referente al tratamiento legal de la maternidad subrogada diferenciamos básicamente tres grupos⁸: primero se encuentran los países más radicales, que prohíben y castigan la práctica de este tipo de reproducción por completo, como es el caso de España; por otro lado, hay países que en situaciones concretas aprueban en su legislación la gestación por sustitución siempre bajo una serie de normas de obligado cumplimiento como es el caso de Holanda. Y por último, están los países cuya normativa es más liberal en cuanto a la subrogación se refiere, ya que la aprueban abiertamente en todas sus modalidades ya sea lucrativa o altruista como es el caso de la India.

I.II. REPERCUSIONES QUE CONLLEVA LA PRÁCTICA DE LA SUBROGACIÓN

En cuanto a las normas existentes sobre la subrogación en nuestro país, el Código Penal⁹ en su artículo 221 estipula: “los que mediante compensación económica entreguen a otra persona un hijo, descendiente o menor aunque no concorra relación de filiación o parentesco serán castigados con penas de prisión de uno hasta cinco años”.

Es también el Código Civil¹⁰ español en el artículo 176, el que añade un precepto que hace referencia al tema de la adopción al establecer, que “se constituirá por resolución judicial, que tendrá en cuenta siempre el interés del adoptando y la idoneidad del adoptante o adoptantes para el ejercicio de la patria potestad”. En el caso de que se pretendiera hacer pasar la gestación por

⁸ CRUZ MÉNDEZ, J .M.: *La maternidad subrogada*, Facultad de Derecho de Extremadura, año 2012-2013, pag.5.

⁹ A cerca de la maternidad subrogada en el ámbito del Código Penal español, véase el Capítulo II sobre la suposición de parto y la alteración de la paternidad, estado o condición del menor.

¹⁰ Sobre la figura de la adopción, véase el Capítulo V, sección segunda, artículo 176 del Código Civil español.

sustitución por un tipo de adopción, “nunca sería legal pactar la entrega del niño antes de dar a luz”.¹¹

En España la ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida¹² que regula la situación de la maternidad subrogada no se reforma desde su redacción en 1988 por lo que aunque se han producido numerosos cambios sociales y culturales desde entonces, todo aquello que tras la aprobación de esta ley se entendiera por prohibido, continua estándolo a día de hoy.

I.III. DERECHO A ASISTENCIA SANITARIA EN EL PROCESO DE REPRODUCCIÓN POR SUSTITUCIÓN

La asistencia sanitaria es necesaria para la madre subrogante durante el embarazo y tras el parto, de esta manera se vela por la salud y el bienestar de la madre y el niño.

I.III.I. ASISTENCIA A LA EMBARAZADA

Es el Real Decreto 1192/2012 de 3 de agosto, el que regula la condición del asegurado y beneficiario en cuanto a los efectos de asistencia sanitaria en España, el acceso a este tipo de cobertura se lleva a cabo a tras la redacción de un convenio especial que beneficia a los solicitantes con este tipo de protección.

“Toda mujer que esté embarazada tiene una serie de derechos que le son indispensables para poder desarrollar bien su embarazo y su parto. Para ello, el derecho a la asistencia sanitaria, según el artículo 43 de la Constitución Española reconoce el derecho a la protección de la salud, encomendando a los

¹¹ CÁRCAR BENITO, J.E.: La gestación por sustitución dentro del derecho a la asistencia sanitaria: su configuración y prioridad en una regulación, pág. 162. vol. 27, 2017.

¹² TRHAT: Tratamientos de reproducción asistida. Las principales técnicas de reproducción asistida que permiten tener hijos a las personas con problemas reproductivos o sin pareja son la inseminación artificial y la fecundación in vitro.

poderes públicos la organización y la tutela de la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios”¹³.

Estos derechos no los tendría la madre biológica ya que el parto se llevaría a cabo en el extranjero por considerarse la subrogación como una práctica nula.

I.III.II. ASISTENCIA AL MENOR

Es diferente la asistencia sanitaria en lo que se refiere en exclusiva al menor, que aun nacido mediante una técnica no permitida en nuestro país, disfrutará de los mismos derechos y beneficios que el resto de niños nacidos de manera natural.

La Ley Orgánica 8/2015 de 22 de julio, introdujo modificaciones muy importantes con respecto al interés superior del menor, el cual que actúa como criterio protector de todos los menores de edad. Es en particular el artículo 21 de la Ley Orgánica 1/1996 de 15 de enero el que “contempla una serie de criterios generales, sin perjuicio de los establecidos en la legislación específica aplicable, como la protección del derecho a la vida, supervivencia y desarrollo del menor y la satisfacción de sus necesidades básicas, o la consideración de los deseos, sentimientos y opiniones del menor, así como su derecho a participar progresivamente, en función de su edad, madurez, desarrollo y evolución personal”¹⁴.

Es por ello que los menores residentes en España sea cual sea su origen biológico, quedarán protegidos y amparados y se velará por su bienestar y salud en todo momento.

¹³ CÁRCAR BENITO, J.E.: La gestación por sustitución dentro del derecho a la asistencia sanitaria: su configuración y prioridad en una regulación, cit., pág.168.

¹⁴ CÁRCAR BENITO, J.E.: La gestación por sustitución dentro del derecho a la asistencia sanitaria: su configuración y prioridad en una regulación, cit., pág.169.

CAPITULO II

CONCEPTO Y MODALIDADES DE LA MATERNIDAD SUBROGADA

II.I. DIVERSOS CONCEPTOS

La maternidad subrogada¹⁵, “gestación sustitutiva o vientre de alquiler denominan habitualmente la práctica a través de la cual una mujer, tras la firma de un acuerdo previo entre las partes, se compromete a llevar adelante un embarazo y entregar al niño que puede ser genéticamente suyo o no en el momento de su nacimiento a una pareja o persona, renunciando a sus propios derechos como madre del mismo”.

Otra definición que se le podría dar es “el contrato, oneroso o gratuito, a través del cual una mujer consiente en llevar a cabo la gestación, mediante técnicas de reproducción asistida, aportando o no también su óvulo, con el compromiso de entregar el nacido a los comitentes, que pueden ser una persona o una pareja, casada entre sí o no, que a su vez pueden aportar o no sus gametos”¹⁶.

Por otro lado es primordial saber, que en lo que se refiere a la definición de familia aprobada por la Real Academia Española¹⁷ dice ser “un grupo de personas emparentadas entre sí que viven juntas” y/o “conjunto de ascendientes, descendientes, colaterales y afines de un linaje”.

Es por ello que inicialmente, esta práctica se planteó como un recurso o una opción de carácter excepcional para atender a aquellas situaciones que por causas médicas concretas o por infertilidad (generalmente padecida por el sexo femenino) quede incapacitada la mujer para gestar, también se emplea con carácter habitual en los casos de incapacidad biológica de alguna de las partes, cuando se trate de una pareja, dándoles de esta manera la posibilidad a las

¹⁵ Acerca de la definición de maternidad subrogada véase BOLTON, R: Comité de Bioética de España: Informe sobre los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada (VVAA) Bilbao, 2017, pág. 1.

¹⁶ ARAGÓN GÓMEZ, C.: «La legalización de facto de la maternidad subrogada» *Revista de Información Laboral*, núm.11, 2017, pág.1.

¹⁷ LÓPEZ y LÓPEZ, M^a. T: Informe del Comité de Bioética de España (VVAA), Bilbao, 2017, pág. 73.

personas que lo necesiten de poder formar su propia familia y disfrutar del hecho de ser padres.

Partiendo de este dato, se denomina principalmente a la gestación por sustitución como “una forma de maternidad biológica por la cual una mujer acepta llevar a cabo una gestación por acuerdo con una pareja heterosexual (matrimonio o pareja estable) irreversiblemente estéril, que responsabilizará la maternidad y paternidad de la descendencia a todos los efectos”.¹⁸

Aunque pronto se amplió la posibilidad de formar una familia mediante este eficaz método a mujeres solas que no pudieran concebir, a parejas de lesbianas que buscaban ser madres sin necesidad de tener que compartir su condición sexual con un hombre, a aquellos hombres solos que quieran disfrutar de la paternidad sin necesidad de tener pareja y a los homosexuales que como pareja, resulta evidente que carecen de útero para poder gestar al embrión. También se extiende a agrupaciones afectivas e incluso a parejas heterosexuales que no quieran gestar ellos mismos a sus hijos.

II.II. CONTRATO DE SUBROGACIÓN EN ESPAÑA

En España está reconocido el derecho a formar una familia, sin que quepa vulneración alguna de los principios de igualdad y no discriminación reconocidos en la Convención de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (2010) y en la Convención Europea de Derechos Humanos (1950) de esta manera cualquier tipo de pareja podrá llevar a cabo un contrato de gestación subrogada, siempre que el proceso se realice en países donde esté legalmente permitido porque como es el caso de España, la Ley 35/1988 de 22 de noviembre en su artículo 10, indica 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

¹⁸ BALLESTA BALLESTER, F. J.: *Comisión Especial de Estudio de la Fecundación In Vitro e Inseminación Artificial*, Roma, 2016, pág. 149-156.

tercero” “la filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto”.¹⁹

Dado que el Derecho Español tiene una función de ordenación cuyo objetivo se centra en estructurar la filiación y garantizar la protección de la igualdad, el respeto de la dignidad y la libertad, “no todo lo posible ha de ser necesariamente permitido”²⁰. Y es por ello, que acoge la posibilidad de que pueda verse alterado el núcleo esencial de la familia debido a la dinámica que conlleva la gestación por sustitución, que cuenta con una serie de cambios que podríamos definir como modernos o poco tradicionales incluyendo la partición del vínculo entre madre e hijo, que en lugar de comenzar en el embarazo, esos lazos se crearían tras el parto de la mujer gestante y la entrega del niño a los padres comitentes.

Dada la difusa legalidad de la gestación subrogada en España, es difícil aportar datos completamente irrefutables que se ciñan a la realidad, pero la ONG²¹ suiza *International Social Security Association*²², estima que cada año llegan a territorio español entre 800 y 1000 niños nacidos a través de este proceso en países extranjeros donde sí es legal esta práctica.

Teniendo en cuenta estos datos, la maternidad subrogada es hoy en día uno de los fenómenos más importantes en lo que a la ciencia se refiere ya que apunta a que “por primera vez en la historia se plantea la posibilidad de disociar la gestación de la maternidad”²³ estableciendo así la distinción entre la madre legal y biológica y a su vez diferenciándose de la adopción en cuanto a que en la subrogación, existe un acuerdo previo entre ambas partes.

¹⁹ GORELLI HERNÁNDEZ, J.: «La prestación por maternidad en los casos de gestación por sustitución o maternidad subrogada (vientres de alquiler)» *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 1, año 2017, pág.3.

²⁰ LÓPEZ Y LÓPEZ, M^a. T.: «Informe del Comité Bioética de España» (VVAA), cit., pág.73.

²¹ ONG: Organización no Gubernamental.

²² International Social Security Association: es una organización internacional que reúne a las administraciones y agencias nacionales de seguridad social, fundada en 1927.

²³ LÓPEZ Y LÓPEZ, M. T.: «Informe del Comité Bioética de España» (VVAA), cit., pág. 2.

II.III. MODALIDADES DE MATERNIDAD SUBROGADA

Existen varias maneras de llevar a cabo la maternidad subrogada²⁴, en cuanto a términos de genética, existe la gestación por sustitución *tradicional* que se produce cuando una pareja o una persona soltera celebra un contrato o acuerdo previo al comienzo del proceso con la futura madre gestante que se compromete a entregarles a ellos, en calidad de padres comitentes²⁵, al hijo que nazca fruto de una inseminación artificial en la que la madre gestante aporta su material genético mediante un óvulo, mientras que el esperma provendría bien del padre comitente lo que le convertiría, así, en padre biológico del niño nacido o bien de un donante.

Se entiende que en este primer caso la madre gestante sería, la madre biológica del recién nacido a todos los efectos, ya que no solo lo gestaría en su vientre, sino que también le aportaría sus genes.

Otra manera de emprender este proceso de gestación por sustitución puede ser la denominada como *gestacional* que se distingue de la modalidad anterior en que la madre gestante ya no aporta su óvulo, sino que queda embarazada tras serle implantado en el útero un cigoto formado por la unión del gameto femenino de otra mujer que podría ser de la madre comitente o una donante y del gameto masculino que, igualmente, podría provenir del padre comitente o de un varón donante.

Y, paralelamente, en los casos anteriormente descritos también podemos dividir en una segunda clasificación la gestación subrogada según sea comercial o altruista, en función de si la madre gestante recibe una contraprestación lucrativa o, por el contrario, únicamente recibe una compensación de naturaleza indemnizatoria dirigida a cubrir las posibles pérdidas, gastos médicos o remuneraciones dejadas de percibir durante el proceso (también conocido como lucro cesante).

²⁴GONZÁLEZ PINEDA, B.: «Maternidad subrogada: realidad actual, problemas y posibles soluciones», Elche, Facultad de Derecho de la UMH, 2015, pág. 10-11.

²⁵ Hablamos de comitentes cuando nos referimos a los padres que realizan el encargo.

Es posible detectar todo un “conjunto de países que aceptan este tipo de negocio jurídico y lo regulan, llegando a admitir la gestación por sustitución con fines económicos y comerciales como puedan ser Rusia, India o algunos Estados pertenecientes a los EEUU como California, Georgia, Ucrania”.²⁶

Por otra parte existen países donde está regulado y permitido pero sólo cuando se realice sin fines comerciales ni lucrativos como en el caso de Reino Unido, Canadá, Brasil, Israel, Méjico, Australia, Sudáfrica o Nueva Zelanda, aunque en muchos de estos últimos la gestante, aunque en un primer acuerdo y de cara a la ley gesta al niño sin ánimo de lucro, termina por percibir una remuneración a cambio de ello aunque esta percepción no conste en el contrato porque en muchos de los casos en que se da esta situación el cobro se produce a espaldas de la ley.



²⁶ GORELLI HERNÁNDEZ, J.: «*La prestación por maternidad en los casos de gestación por sustitución o maternidad subrogada (vientres de alquiler)*», cit., pág. 1.

CAPITULO III

LEGALIZACIÓN DE LA MATERNIDAD SUBROGADA

III.I. ÁMBITO JURÍDICO

La inseguridad jurídica que ha generado esta modalidad reproductiva en relación al menor y al interés superior del mismo, ha provocado en la sociedad un posicionamiento que provoca una división entre los ciudadanos que se han mostrado tanto a favor como en contra de la gestación por sustitución.

A día de hoy, no existe una ley que regule este tipo de maternidad en España pero no es así en otros países ya que cada uno ha establecido sus propias restricciones, condiciones y directrices con respecto a la práctica de la maternidad subrogada.

Es por ello que existe una gran variedad de opiniones en cuanto a la legalización o no del denominado coloquialmente como vientre de alquiler, en este caso viene a colación mencionar que España se posiciona en contra de este método reproductivo al igual que Suiza y otros países que se muestran en desacuerdo y así lo plasman sus legislaciones, castigando a quienes decidan llevar a cabo un contrato de estas características a espaldas de lo legalmente permitido.

Sin embargo, son un gran número de Estados los que se muestran favorables ante esta figura, aunque no todos tienen una normativa expresa que la regule, lo que puede llevar en algunos casos a la desprotección de la mujer y el niño.

III.II. REFERENTE A LA NORMATIVA ESPAÑOLA

Estudiando la legislación española encontramos en la redacción de la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida²⁷, la cual es la más cercana a regular la gestación por sustitución en España y lo que supone la práctica de esta; su artículo 10.2 señala que “la filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto”.

²⁷ TRHAT: Tratamientos de reproducción asistida, cit.

La anterior afirmación confirma que cualquier contrato referido de gestación subrogada que se lleve a cabo en España será considerado como nulo de pleno derecho y la maternidad del niño nacido se atribuirá a la mujer que le haya dado a luz.

Esta asignación se produce con independencia de que el parto tenga o no lugar en España, aunque el desarrollo de todo el proceso se lleve a cabo en el extranjero, en un país donde sí esté permitido. Lo que admite la autoridad española, no es la legalidad de este tipo de contratos, sino el reconocimiento de una decisión proveniente del país donde fuera gestado el menor y previamente validada por las autoridades de este, legalizada conforme a su normativa vigente.

Es por ello que aunque no existe prohibición expresa al respecto en el ordenamiento español, queda clara la imposibilidad de llevar a cabo este proceso reproductivo en el marco jurídico de nuestro país.

III.III. DISTINTAS REGULACIONES DE LA SUBROGACIÓN SEGÚN EL PAÍS EN QUE SE LLEVA A CABO

En otros países las leyes dictaminan otro tipo de consecuencias al uso de la subrogación. Uno de los casos más destacables es el de Francia, en donde esta figura se considera como un delito con base en el Derecho Penal²⁸, conllevando pena de cárcel y una cuantiosa multa que deberán abonar los que se encuentren implicados en el proceso, con ello se pretende que los ciudadanos a sabiendas de dicho castigo no contemplen la posibilidad de emplear este método en el país.

En el caso de Alemania, el Tribunal de Estrasburgo “prohibió la subrogación buscando siempre la protección del embrión, es por ello que sanciona con pena

²⁸ GUTTON, I.: «Gestación subrogada en Francia: ¿Qué restricciones impone la ley?», *Revista Babygest*, núm.49, 2017.

privativa de libertad en un periodo de hasta tres años al que fecunde con carácter artificial o transfiera un embrión a una mujer, y que ésta tras el parto entregue el niño a los terceros contratantes, reconocidos como padres legales del mismo”.²⁹

En cuanto a los Estados Unidos hay una gran división en lo que se refiere a la práctica de la subrogación, como detalla Sara Salgado en la Revista *Babygest*³⁰, Estrasburgo algunos de ellos prohíben con completa rotundidad practicar la maternidad subrogada como por ejemplo Minnesota o Virginia y otros que la acogen, la permiten, la consienten y la regulan como en Georgia que es uno de los casos más sonados desde que se aprobó en 1997.

En cuanto a Brasil, si bien no posee una legislación específica a cerca del tema, cuenta con la existencia de una resolución sobre la gestación por sustitución que prohíbe realizarla con carácter lucrativo de esta manera se pretende que la madre que se preste como subrogante lo haga de forma libre y sincera lo que debiera garantizar a su vez el bienestar del embrión.³¹

Al contrario que Guatemala donde no existe ninguna norma o ley que prohíba, permita o regule de manera específica el tema de la maternidad subrogada, quedando las personas que la practiquen desprotegidas legalmente ya que aunque no existe prohibición expresa alguna, este método no está amparado por ninguna ley por lo que ni la mujer gestante ni el niño tienen protección de ningún tipo.³²

En una situación similar se encuentra Israel, cuyo Ministerio de Justicia³³ no establece prohibición alguna ni tampoco sanciona la creación de un pacto de este tipo ni la práctica de este método reproductivo.

²⁹ GARCÍA, R.: «La regulación de la maternidad subrogada país a país», *Revista 20 minutos*, 2016, pág. 2.

³⁰ SALGADO, S.: «Aspectos legales a tener en cuenta a la hora de elegir un destino de gestación subrogada», *Revista Babygest*, núm. 36, 2016, pág.1.

³¹ SALGAGO, S.: «La gestación subrogada en Brasil», *Revista Babygest*, núm. 47, 2017, pág. 1.

³² RODRIGO, A.: «La gestación subrogada en Guatemala», *Revista Babygest*, núm.33, 2015, pág.1.

³³ Ministerio de Justicia: existe con esta denominación desde abril de 1931 cuando, con la llegada de la II República.

Pero también existen países como Australia, en que sí están permitidos legalmente los contratos de subrogación siempre que se produzcan bajo el requisito de ser una práctica sin ánimo de lucro, de lo contrario se castigaría con la pena de cárcel.

En el Reino Unido³⁴ la legislación ha quedado obsoleta ya que las leyes fueron aprobadas hace más de 20 años, es el lugar donde más contratos de estas características se realizan y al que recurren la mayoría de españoles y personajes públicos de todas las nacionalidades para llevar a cabo la subrogación. Es destacado y conocido como el único lugar de Europa donde una pareja del mismo sexo tiene la posibilidad de realizar un contrato de este tipo.

Esta práctica solo se plantea como probable, siempre que sea con carácter no lucrativo, o al menos así lo especifica la norma aplicable a estas situaciones aunque son muchos los casos en que las madres que se ofrecen como gestantes suelen cobrar una cuantiosa compensación económica que perciben al margen del marco legal.

En último caso cabe destacar en cuanto a las legislaciones aplicables sobre la gestación subrogada en aquellos países en los que es considerada absolutamente legal, tanto en su modalidad lucrativa, como altruista. Un ejemplo de ello son Ucrania o Rusia, en que el contrato de maternidad subrogada está permitido abiertamente para quien desee emplearlo, considerado como una medida que ayuda al ser humano a cumplir sus expectativas, pues le brinda la posibilidad de concebir y criar un hijo genéticamente suyo a unos padres que naturalmente no pueden gestarlo.

³⁴SALGADO, S.: «Maternidad subrogada en Reino Unido», *Revista Babygest*, núm.117, 2017, pág.2.

III.IV. NORMATIVA APLICABLE A LA MATERNIDAD SUBROGADA

En muchos países de la Unión Europea, este método se rige por el Código de la Familia³⁵ y el Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad respetando las decisiones de sus ciudadanos y de aquellos extranjeros que contraten la subrogación con una mujer de estos países y velando por el respeto de los intereses y los derechos del menor y la madre subrogante.

Como podemos comprobar en cuanto a lo que a la legalización o no de la maternidad subrogada se refiere, existe una gran variedad de situaciones al respecto.

Por un lado, se encuentran las personas que defienden su licitud sustentando su posicionamiento en que la mujer es dueña de su cuerpo y por tanto de ejercer su autonomía, por lo que puede disponer de sus capacidades como lo desee por lo que no solo debería resultar lícito que una mujer acceda a gestar el niño de otro de manera altruista, sino también pudiera hacerlo a modo lucrativo, percibiendo a cambio una retribución económica previamente acordada por las partes.

Con la búsqueda de la aprobación y la regulación de la gestación por sustitución, se propone la ampliación de la defensa de libertad y la capacidad de la mujer ratificando de esta manera en cierto modo que es la mujer quien tiene el poder de hacer con su cuerpo lo que mejor le parezca, siempre y cuando sea ella misma quien tome sus propias decisiones con respecto a la subrogación.

Por el contrario, uno de los problemas de la maternidad subrogada según el Informe del Comité de Bioética³⁶, es el tema del aborto, debido al choque que se produce con respecto a las normativas vigentes, como es el caso de la legislación española la cual sí aprueba la práctica del aborto hasta las catorce semanas de embarazo, no obstante, la subrogación no está permitida por lo

³⁵Código de la Familia: norma jurídica que regula toda o las principales disposiciones jurídicas de la materia de Derecho de familia de los estados miembros de la UE, vigente desde 23 de Octubre de 1998.

³⁶ LÓPEZ Y LÓPEZ, M. T.: «Informe del Comité Bioética de España» (VVAA), cit., pág. 3

que para compaginar ambas regulaciones se propone que la mujer gestante tenga derecho a abortar por el hecho de llevar el embrión en su vientre, aunque el niño que esté gestando no sea su hijo ante la ley.

Por lo que aquellas mujeres que una vez iniciado el proceso de gestación y siempre que no superen el plazo establecido de las catorce semanas de gestación decidan abortar, podrán hacerlo pero estarán obligadas a devolver la totalidad de las cantidades que hubiesen percibido de los padres intencionales e indemnizarles por los daños y perjuicios causados.

Son un alto número de ciudadanos e incluso de países enteros, los que tachan esta práctica de intolerable basando dicha opinión en el hecho de que la mujer que se presta su cuerpo para gestar al niño de otro es considerada como un mero instrumento comercial, lo que puede desembocar en situaciones de desigualdad y explotación.

Y ya no solo hacia la mujer gestante que libremente decide prestar sus servicios sino que a su vez pueda afectar a otras mujeres que puedan acabar siendo objeto de explotación, obligadas a llevar a cabo esta técnica en contra de su voluntad sobre todo en países poco desarrollados y con una economía pobre.

Cabe destacar que muchas de las mujeres subrogantes que practican o han practicado esta técnica, lo han hecho planteándola como una salida ante la situación de necesidad económica en la que se encuentran, para poder ayudar a sus familias ya que en la gran mayoría de países en los que se desarrolla son, en general, países pobres donde la situación social y económica de la mujer con respecto al hombre es desigual debido a la cultura del país como en el caso de la India, Tailandia o Camboya.

Por último, son Grecia y Portugal los países donde se ha instaurado de manera más reciente la figura de la maternidad subrogada siempre que se lleve a cabo bajo el estricto cumplimiento de una serie de condiciones concretas y específicas que redacta e impone individualmente cada país en su normativa.

A grandes rasgos, se percibe en general que son los países miembros de la Unión Europea, los más duros en condenar la práctica de la subrogación, alegando la contrariedad que supone esta práctica en cuanto a la dignidad humana, por utilizar las funciones reproductivas de la mujer a modo de materia prima y conllevar la explotación de las mismas por motivos económicos.

Es por ello, que el Estado español, perteneciente a Europa, se posiciona de una manera bastante radical ante el tema y ha tomado medidas para que los ciudadanos españoles no puedan llevar a cabo esta alternativa reproductiva dentro del territorio nacional. Queda prohibida y considerada como nula de pleno derecho al entender que atenta contra la dignidad de la mujer por permitir que su cuerpo se convierta en un mero instrumento de satisfacción a terceros. También se busca evitar que pueda verse vulnerado el interés superior del niño y la posible comercialización de los menores nacidos de la subrogación.

Fueron estas algunas de las razones que inspiraron la regulación sobre la maternidad subrogada en España por la que se crea la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida³⁷ en el año 1988, la cual se caracteriza por ser pionera en el mundo.

Hay que tener en cuenta que legalizar la gestación por sustitución en un nuevo país donde hasta ese momento no estaba permitida su práctica, conlleva casi de manera automática un incremento de la demanda de niños nacidos por este método, debido a la desesperación de muchas de las personas que no contemplaban esta posibilidad y que tras la entrada en vigor de este método la comienzan a sopesar y tener en cuenta.

Es por esto, que para procurar la protección de las mujeres que deciden llevar a cabo la maternidad subrogada como gestantes, la Organización de las Naciones Unidas³⁸ aprobó en el año 1989 la Convención sobre los Derechos

³⁷ TRHA: Tratamientos de reproducción asistida, cit.

³⁸ ONU: Organismo internacional creado el 24 de octubre de 1945, en San Francisco, California, Estados Unidos; tras la Segunda Guerra Mundial para evitar que nuevos conflictos internacionales afecten la paz mundial.

del Niño³⁹ donde se consagra el interés superior del menor y se cita en el artículo 3, 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.

Y a su vez, se impuso el criterio de que la aprobación de cualquier ley, reglamento o convenio que se realizara, debería regirse por el interés superior del niño; de acuerdo con ello España tiene el deber de proteger las relaciones familiares del menor fruto de la subrogación tal como están reguladas en las leyes nacionales.

A principios de 2017, la *American Medicine* y la *Society for Assisted Reproductive Technology*⁴⁰ aprobó una nueva versión en cuanto las condiciones en que se debe basar el proceso y las que tienen que acatar las madres gestantes, con el objetivo de prevenir las posibles complicaciones que puedan emerger durante el proceso de gestación. Estas condiciones consisten en que la mujer que presta su vientre, conste como madre del niño hasta el momento en que dé a luz, y una vez nacido se asignará la afiliación a los padres comitentes, disminuyendo de esta manera el posible riesgo de explotación hacia la gestante y la cosificación del niño.

Puede añadirse a esta situación el problema que plantea el hecho de que, en ocasiones, no solo son las parejas que desean tener un hijo biológico las que acuden a la gestación por sustitución.

También se ven involucradas terceras personas que son completamente necesarias para poder llevar a cabo el proceso de maternidad subrogada en los casos en que los padres intencionales no emplean sus propios gametos sino que prefieren recurrir a donantes creando situaciones donde es obvio que el hijo no tendrá la condición de biológico en relación a los comitentes por no

³⁹ La Convención sobre los Derechos del Niño, aprobada en 1989 por la Asamblea General de las Naciones Unidas, conforma el tratado más ratificado de la historia y los 195 Estados que la han ratificado tienen que rendir cuentas sobre su cumplimiento al mismo.

⁴⁰ Fundada en 1944 organización multidisciplinaria dedicada al avance de la ciencia y la práctica de la medicina reproductiva.

proceder genéticamente de ellos, es en estos casos que ya existen otras figuras que consisten en ello.

La adopción o el acogimiento satisfacen de igual manera el deseo de ser padres a lo que se suma la intención de amparar a un niño que ya ha nacido y que se encuentra en una posible situación de necesidad y protección.

III.V. INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO CIVIL

Este paso solo es posible en los países cuya normativa lo permita, en el caso de España lo será siempre que “al menos uno de los progenitores sea español, que en el país donde se ha gestado el bebé la maternidad subrogada sea legal y cuente con una ley que lo ampare, que dicho país emita una Sentencia firme de filiación, en la que un juez confirme que la paternidad y maternidad del bebé es de los padres contratantes, y certifique que la madre subrogada ha realizado todo el proceso de forma libre y sin coacción y por último que la Sentencia extranjera sea expresamente reconocida y homologada en nuestro país mediante el procedimiento de jurisdicción voluntaria, denominado exequátur.”⁴¹

La Ley del Registro Civil⁴² de 1957 dispone en el artículo 23, que una vez entregado el niño a los padres comitentes, la inscripción puede practicarse mediante un certificado que haya sido extendido en registros extranjeros siempre que no haya duda de la realidad del hecho que se ha inscrito, y de su legalidad conforme a la ley española.

Este control no puede entenderse como una absoluta conformidad del registro extranjero con todas y cada una de las exigencias que impone la legislación española. No obstante, sí será necesario que el registro en el extranjero se produzca en concordancia a las normas, principios y valores que forman el orden público internacional español.

⁴¹ POSE, T.: «*Maternidad Subrogada en España: Puntos clave para futuros padres*», 2016, pág.1-2.

⁴² Ley 6/1957, reguladora del Registro civil, publicada en BOE núm.151, vigente desde 30 de junio de 1957, revisada 13 de diciembre de 2009.

La vinculación entre el Estado extranjero y el país de procedencia de los padres legales del niño, en este caso España, consiste en el reconocimiento del hecho que ha tenido lugar fuera del territorio nacional como consecuencia de la huida de los padres comitentes del ordenamiento jurídico español, por declarar nulo de pleno derecho el contrato de gestación por sustitución e incluso definir una serie de supuestos específicos en relación a este tipo de maternidad como delito, aunque en la mayoría de estos casos la entrega del menor se produce en el extranjero.

De la misma forma podrán llevar a cabo dicha inscripción, sin que vulnere el orden público internacional español, una pareja formada por varones ya que en nuestro ordenamiento también se admite la filiación a favor de los mismos en caso de adopción, sin que quepa distinción alguna entre hijos adoptados e hijos naturales, ya que ambos son iguales ante la ley (art. 14 de la Constitución). Es decir, “si la filiación de un hijo adoptado puede quedar establecida a favor de dos sujetos varones, idéntica solución debe proceder también en el caso de los hijos naturales.”⁴³

Las normas aplicables a la gestación por sustitución o maternidad subrogada se integran en el orden público internacional, ya que los avances en las técnicas de reproducción humana, caracterizadas como asistida o artificial, no pueden vulnerar la dignidad de la mujer gestante, ni del niño y deben procurar que no se mercantilice con esta gestación, ni tampoco con el menor resultante de ella.

Esto supondría una cosificación en lo que se refiere a la mujer que presta su vientre y al embrión que gesta durante el embarazo, permitiendo que posibles intermediarios o terceros implicados hagan negocio a su costa, abusando del posible estado de necesidad y pobreza en que se puedan encontrar muchas de las mujeres que se prestan a la subrogación. De esta manera se crea una sociedad en la que sólo quienes disponen de elevados recursos económicos pueden recurrir a la reproducción por sustitución.

⁴³ POSE, T.: «Maternidad Subrogada en España: Puntos clave para futuros padres», cit., 2016.

Ante esta situación es el derecho el que debe velar primordialmente por el menor y ha de hacerlo interpretando la ley y sin contrariar lo previsto en la norma, respetando la dignidad e integridad de la mujer gestante.

El Ministerio de Justicia, creó la Ley de 22 de noviembre de 1988 sobre las Técnicas de Reproducción Asistida aplicable a los españoles que llevan a cabo este trámite en el extranjero para evitar los obstáculos que puedan surgir del proceso de reconocimiento e inscripción del menor, de manera que se pueda inscribir directamente al niño en el Registro Civil español, asegurando de este modo la protección de los menores fruto de la maternidad subrogada⁴⁴ “el niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento” y tendrá derecho a adquirir de facto la nacionalidad de los padres legales.

Como señala Inmaculada Vivas⁴⁵ “el interés superior del niño opera, precisamente, como contrapeso de los derechos de cada progenitor y obliga a la autoridad judicial a ponderar tanto la necesidad como la proporcionalidad de la medida reguladora de la guarda y custodia del menor. Cuando el ejercicio de alguno de los derechos inherentes a los progenitores afecta al desenvolvimiento de sus relaciones filiales, y puede repercutir de un modo negativo en el desarrollo de la personalidad del hijo menor, el interés de los progenitores deberá ceder frente al interés de éste. En estos casos nos encontramos ante un juicio de ponderación que debe constar expresamente en la resolución judicial, identificando los bienes y derechos en juego que pugnan de cada lado, a fin de poder calibrar la necesidad y proporcionalidad de la medida adoptada”.

Y es por ello que a la hora de registrar al nuevo hijo no se podrán reflejarlos datos relacionados con la proveniencia del menor ni con el carácter de su gestación, para garantizar así su protección e intimidad.⁴⁶ El menor que lo desee podrá obtener información acerca de sus orígenes biológicos, siempre

⁴⁴ LÓPEZ Y LÓPEZ, M^a. T.: Informe del Comité de Bioética de España (VVAA), cit., pág. 41.

⁴⁵ BOCCIO SERRANO, J.P.: *El derecho del niño a la familia natural como principio rector del sistema de protección: La actividad protectora de los poderes públicos en el ordenamiento español*, tesis doctoral Universidad de Sevilla, 2015, pág.45.

⁴⁶ SANTOS PAÍS, M.: *El registro de nacimiento: El derecho a tener derechos*, núm.9, Florencia (Italia), 2002, pág.2.

que los padres legales lo aprueben y en la medida que estos consideren pertinente.⁴⁷

El registro del niño, no podrá serle negado a los padres, porque en ese caso se verían vulnerados el respeto de la vida privada y familiar, derechos reconocidos en la Declaración de Derechos Fundamentales y Libertades Públicas⁴⁸, es así que a los niños no se les impide el establecimiento de un vínculo de filiación, por lo que debe serles posible el reconocimiento de la nacionalidad que le pertenece legalmente, lo que define en gran parte su identidad.⁴⁹



⁴⁷ SANTOS PAÍS, M.: *El registro de nacimiento: El derecho a tener derechos*, núm.9, Florencia (Italia), 2002, cit., pág.2.

⁴⁸ Proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en París, 1948.

⁴⁹ SANTOS PAÍS, M.: *El registro de nacimiento: El derecho a tener derechos*, núm.9, Florencia (Italia), 2002, cit., pág. 3.

CAPITULO IV

RECONOCIMIENTO DE LA SUSPENSIÓN DEL CONTRATO Y PRESTACIÓN POR MATERNIDAD

IV.I. AYUDAS PARA LOS PADRES SUBROGANTES

Quienes decidan llevar a cabo este tipo de reproducción, tendrán en los mismos derechos que los padres biológicos que tienen hijos de forma natural. Podrán disfrutar de prestaciones, subsidios y permisos retribuidos que les proporcionen cierta seguridad y estabilidad para poder realizar este proceso sin quedar desempleados o sin fondos que cubran los salarios que hayan dejado de percibir en ese tiempo.

IV.II. PERMISOS RETRIBUIDOS

Los permisos retribuidos⁵⁰ están regulados esencialmente en el Estatuto de los Trabajadores⁵¹ art.37.3 y prevén una serie de licencias en virtud de las cuales “el trabajador puede ausentarse del trabajo durante breves periodos de tiempo cuando tenga que enfrentarse a este tipo de situaciones, siempre con carácter puntual y de duración determinada”.

IV.III. PRESTACIÓN POR MATERNIDAD

La finalidad de la prestación por maternidad consiste en el disfrute de un periodo de dieciséis semanas de descanso tras el parto y la correspondiente prestación de Seguridad Social cuyo importe ascenderá al 100% de la base reguladora del solicitante, por un lado procura la recuperación, seguridad y salud de la madre, una vez haya dado a luz y, por otro, vela por la atención y el cuidado del niño.

Las seis semanas inmediatamente posteriores al parto son de descanso obligatorio para la madre, en cuanto a las diez semanas restantes, podrán ser

⁵⁰ BASTERRA HERNÁNDEZ, M.: «El contrato de trabajo frente a los tratamientos de reproducción asistida: fecundación in vitro y la gestación subrogada». *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 205, 2018, pág. 8-9.

⁵¹ Real Decreto Legislativo 2/2015 de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Estatuto de los Trabajadores.

disfrutadas por cualquiera de los progenitores, en caso de que la madre así lo decidiera, este permiso podrá ser disfrutado de forma simultánea o sucesiva, como señala el artículo 48.4 del ET y el artículo 49 a) y b) del EBEP.

La protección que ofrece la Seguridad Social⁵² ante la maternidad va más allá del descanso post parto, alcanzando igualmente las situaciones en las que no ha habido parto, como son la adopción o el acogimiento.

En lo que a la maternidad subrogada se refiere, existe un vacío legal en el campo del Derecho Laboral⁵³, pues el tipo de filiación que supone no está contemplado en el articulado de la Ley General de la Seguridad Social⁵⁴ dado que la gestación por sustitución no es una práctica aprobada en España.

Los argumentos del Tribunal Supremo para el reconocimiento de la prestación por maternidad son los siguientes, en primer lugar el TS para reconocer este beneficio, se basa en que la naturaleza de este tipo prestación, “no se limita a la recuperación de la mujer tras el parto, puesto que en los supuestos de adopción y acogimiento también se reconocen las prestaciones, aunque es evidente que no ha existido alumbramiento”.⁵⁵

Ante esta situación, es la Sala de lo Civil la que dicta que, “el verdadero propósito del descanso maternal radica en la inserción de los menores en el núcleo familiar mediante su cuidado, convivencia y contacto permanente entre madre/padre e hijo, con independencia de que este hijo haya nacido de forma natural, mediante técnicas de reproducción asistida, mediante una gestación

⁵² Seguridad Social: un conjunto de regímenes a través de los cuales el Estado garantiza a las personas la protección adecuada en las contingencias y situaciones que la ley define, cit.

⁵³ POQUET CATALÁ, R.: “*La prestación por maternidad en la gestación por sustitución*», Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo, núm. 198, año 2017, pág.6.

⁵⁴ Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de Octubre.

⁵⁵ POSE, T.: «*La prestación por maternidad en la Gestación Subrogada*», *Revista: Derecho News*, 2017, pág. 2.

subrogada, o haya llegado a la familia mediante una adopción o un acogimiento familiar”.⁵⁶

En segundo lugar, el Tribunal Supremo reconoce este beneficio con acuerdo al principio de protección integral e igualdad de los hijos ante la ley con independencia de su filiación, como refiere el artículo 39.2 de la Constitución Española.

Es por ello que, “aunque en nuestro país la maternidad subrogada sea nula de pleno derecho, los menores nacidos mediante esta técnica en países en los que sí es legal y cumpliéndose el resto de requisitos señalados anteriormente, no pueden verse privados de determinados derechos, como su inscripción en el Registro Civil como hijo de españoles, o al derecho a la inserción familiar en igualdad de condiciones que un hijo nacido de forma natural”.⁵⁷

Gracias a este método, un varón sin necesidad de estar casado o tener pareja, puede aparecer como único progenitor reconocido del menor, lo que plantea una situación peculiar, con respecto a lo que establece la legislación española, referente al disfrute del respectivo permiso por maternidad y/o paternidad, así como de las consiguientes prestaciones de Seguridad Social.

Si el único progenitor conocido es una mujer no existen dudas con respecto a quien debe constar como beneficiario de los permisos y prestaciones por maternidad, pero cuando es varón quien recurre a este tipo de contrato, la gestación por subrogación implica que la madre gestante renuncia a su patria potestad, quedando el menor bajo la tutela exclusiva del padre legal.

En los casos en que la patria potestad la posee individualmente una sola persona como he mencionado en los últimos párrafos, el Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo en el artículo 23.3 establece, que “en los casos en que solamente exista un progenitor, adoptante o acogedor, si este percibe el subsidio por maternidad, no podrá acumular el subsidio por paternidad”.

⁵⁶ Véanse las sentencias del TS: 25 de octubre y 16 de noviembre de 2016) mediante las cuales se reconocen las prestaciones de maternidad previstas en el Texto Refundido de la Seguridad Social (art. 177 y siguientes).

⁵⁷ POSE, T.: «La prestación por maternidad en la Gestación Subrogada», cit., 2017, pág.2.

Mientras que en el artículo 3.3 de esta misma norma, aparece la posibilidad de compatibilidad del disfrute de la prestación por maternidad y paternidad, teniendo estas un único beneficiario, esta situación solo será posible en caso de que la madre biológica falleciera.

Esta es una de las soluciones legales que ante situaciones específicas establece la normativa laboral española, para garantizar de esta manera la protección del menor, atendiendo a las circunstancias concretas que se llevan a cabo cada vez más, en nuestra sociedad y que generan una situación un tanto atípica, ya que no se trata de un supuesto de adopción tradicional por un único sujeto.

En cuyo caso, no existen dudas al respecto, de quien es el beneficiario del permiso por maternidad, que recae sobre el adoptante independientemente de cualquiera que sea su sexo.

En nuestro país, para ser beneficiario de la prestación de maternidad contributiva, la madre “debe encontrarse en alta o situación asimilada al alta y tener cubierto el periodo de cotización requerido según la edad del solicitante 90-360 días de cotización previos al inicio de la prestación”.⁵⁸

Sin embargo, resulta difusa la legalidad de la gestación por sustitución en el ordenamiento jurídico español, porque las parejas o padres intencionales, que buscan llevar a cabo este procedimiento, se ven obligados a acudir al extranjero, para de esta manera poder formalizar un contrato de subrogación legalmente permitido. Esta situación provoca en algunos casos, como en España, que el trabajador una vez que comience este proceso permanezca en el país extranjero donde se esté desarrollando la subrogación durante largos periodos de tiempo, de manera que, parece palmario el que ningún permiso retribuido procedente de la Seguridad Social, puede amparar las verdaderas y cuantiosas necesidades de los padres comitentes. Es por ello que desde un punto de vista ético y moral y pensando en los trabajadores que actúan como padres comitentes, sumergidos en este proceso de reproducción, resultaría

⁵⁸ POSE, T.: «La prestación por maternidad en la Gestación Subrogada», cit., pág.3.

razonable, que pudieran disfrutar de la suspensión del contrato y de la prestación por maternidad y/o paternidad, de igual manera en que es reconocida y disfrutada por los trabajadores que sean padres naturales, pero la doctrina judicial comunitaria deniega esta protección social, basándose en que el objetivo no es tanto la protección de la condición biológica de la mujer durante el embarazo, sino la protección de las relaciones especiales entre la mujer y el hijo durante el período posterior al parto; deduciendo de esta finalidad que “la atribución del permiso de maternidad⁵⁹ requiere que la trabajadora que se beneficie de él haya estado embarazada y haya dado a luz al niño”. Señala que en dichos casos, la madre no ha estado embarazada en ningún momento, de tal forma que una mujer que actúe como madre subrogante no será beneficiaria de este permiso, ni aunque pudiera amamantar al niño tras su nacimiento, por lo que el Estado no está obligado a conferir a dichas trabajadoras el permiso de maternidad.

Hemos estado estudiando la aprobación de los permisos laborales y prestaciones maternales en lo referido a los padres legales, pero uno de los temas más complejos en cuanto a la maternidad subrogada es diferenciar si la madre gestante tiene derecho o no al disfrute del permiso por maternidad⁶⁰. En un embarazo natural sería innegable; en estos casos especiales, la mujer que da a luz al niño y que podría en consecuencia amamantarlo, consta como beneficiaria del permiso de maternidad y de la suspensión temporal de la actividad laboral, pues la trabajadora que haya dado a luz ya sea a un hijo biológico o no, se considera en situación de vulnerabilidad.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea señala que lo primordial es tanto la protección de la condición de la mujer durante el embarazo como de las relaciones entre madre e hijo durante el período posterior al parto.

El Estado español, no trata en su legislación, el posible caso en que la madre o el padre fallezca y el progenitor superviviente pueda acumular o no el disfrute íntegro del permiso de maternidad y paternidad.

⁵⁹ Directiva 92/85, artículo 8, 1992.

⁶⁰ GORELLI HERNANDEZ, J.: «La prestación por maternidad en los casos de gestación por sustitución o maternidad subrogada (vientres de alquiler)» cit., pág.11-17.

Podría suponerse que si se trata de un solo sujeto que lleva a cabo un contrato de subrogación donde la madre gestante resulta fallecida, pueda incluirse en este planteamiento y cobrar ambas prestaciones, no obstante no hay una ley por la que se pudiera regir el trabajador en esta situación, ni jurisprudencia al respecto que apruebe el disfrute de ambas prestaciones por un mismo beneficiario.



CAPITULO V

ARGUMENTOS A FAVOR Y EN CONTRA DE LA MATERNIDAD SUBROGADA

V.I. PROBLEMÁTICA DE LA SUBROGACIÓN

Nos encontramos ante una mujer que alquila su vientre con el fin de ayudar a otras personas a lograr su objetivo, “el concepto de alquiler⁶¹ lleva consigo la idea de objeto y de comercio mientras que la denominación ‘para otros’ nos encamina a un positivismo que hace de esta práctica, algo no solo aceptable, sino también deseable”.

La maternidad subrogada, plantea una gran diversidad de cuestiones, tanto de carácter ético como moral y jurídico, es por ello que su práctica, tiene un gran número de opositores y defensores.

Si hiciéramos una encuesta a los ciudadanos sobre qué opinión tienen a cerca de la maternidad subrogada, seguramente encontraríamos una gran variedad al respecto, tanto de argumentos a favor como en contra.

V.II. ACEPTACIÓN DE LA MATERNIDAD SUBROGADA

Comenzaremos por la opinión más favorable de esta práctica, los que piensan que la maternidad es un proceso natural, y que la gestación por sustitución, no vulnera en ningún aspecto la dignidad de la mujer ni del niño nacido por este peculiar proceso; ni tampoco supone la mercantilización o cosificación de ninguno de ellos sino que es una forma de manifestar el derecho a procrear y la incorporación de un nuevo método que simplemente supone una variedad más de maternidad, y que en ningún momento desnaturaliza el proceso de ser padres, o de formar una familia, con lo que quieren demostrar, ante los que ven éste método como algo desnaturalizado y poco formal, que no es sino una práctica completamente aceptable y revolucionaria, que supone una gran

⁶¹ TAMARO, S.: «La trampa emotiva de la maternidad subrogada», *Revista Aceprensa*, 2016, pág. 1,

oportunidad para aquellos que debido a ciertos problemas médicos no puedan tener hijos biológicos

Al considerarse como algo negativo, se subestima la capacidad de consentimiento de la madre gestante, que es ante la ley dueña de su cuerpo y de sus decisiones. Este consentimiento se lleva a cabo por lo general, ante un juez que velará para que se haga de forma voluntaria, libre, y con previo conocimiento de las consecuencias que ello pueda conllevar, para evitar supuestos en los que se puedan ver afectados los intereses del menor gestado, que deben ser protegidos tanto antes como después del parto.

Viene a colación incluir una frase de la Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos que se cita en su artículo 8 “toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia”.

Numerosos países como Portugal, Canadá, Grecia, India o Reino Unido ya han aceptado la maternidad subrogada, e incluso la han regulado y acogido en su ordenamiento jurídico, por considerar que es una práctica viable que puede realizarse sin vulnerar los derechos de la mujer o el niño, de manera que se puede llevar a cabo el proceso de subrogación de manera controlada y satisfactoria.

Las personas que hoy en día se muestran a favor de este método reproductivo, relatan la necesidad de la creación de un marco normativo de garantía, con carácter internacional que garantice el bienestar de estas mujeres, para de este modo garantizar que no quede incertidumbre con respecto a la posibilidad de que puedan derivarse daños para las personas involucradas en el proceso. De ahí, la necesidad de aplicar un planteamiento, basado en el principio de precaución, que debería empezar con una evaluación científica lo más completa posible para identificar el grado de incertidumbre científica que pueda existir en cada fase, con respecto al desarrollo del embarazo.

Aunque parezca que este tipo de reproducción es beneficioso y que tiene por objeto ayudar a parejas que carecen de la posibilidad de formar una familia de

forma natural, hoy en día sigue existiendo un alto número de ciudadanos y países que se muestran reacios a su práctica y la caracterizan de peligrosa.

V.III. RECHAZO HACIA LA PRÁCTICA DE LA SUBROGACIÓN

La implantación de esta figura reproductiva en el ordenamiento jurídico, podría rebatirse argumentando que se trata de contratos que van en contra de los principios morales y que de celebrarse un convenio de esta naturaleza debería considerarse nulo.

La comercialización con personas está prohibida, el ser humano queda excluido del comercio en lo que a su cuerpo se refiere, para evitar que se nos trate como meros objetos y, por tanto de permitir un contrato de tales características, considerado como una comercialización de personas que se ofrecen a cambio de una remuneración económica a satisfacer los deseos y necesidades de terceros contratantes. Este hecho supone una cosificación del niño que ha sido “comprado” por sus padres legales y con ello la vulneración de la dignidad y del respeto hacia el ser humano.

Como relata el informe anual sobre los derechos humanos y la democracia en el mundo⁶², la UE utiliza el concepto de los derechos humanos en el mejor de sus significados: “la protección de los más débiles, en concreto, los niños que no pueden ser considerados como moneda de cambio. El otro principio igualmente importante que se afirma es que el cuerpo de la mujer no puede ser mercantilizado”.

Es también la subrogación, un proceso delicado e incluso peligroso, en lo que se refiere a los niños nacidos y engendrados mediante este proceso, que quedan desprotegidos ante ciertas personas que desean traficar con ellos y entregarlos, a cambio de dinero a parejas desesperadas por formar una familia.

En muchos países, la subrogación la llevan a cabo mujeres que están sumidas en la pobreza y que firman estos contratos, permitiendo que abusen de su capacidad procreadora terceros intermediarios, y estos a su vez, se

⁶² Véase «El Parlamento Europeo condena la maternidad subrogada», *Revista Aceprensa*, 2015, pág. 1.

aprovechan del deseo y la desesperación de numerosas parejas, que buscan ser padres; por este motivo hay quien se muestra afín a la afirmación de que “todo acto o transacción⁶³ en virtud del cual un niño es transferido por una persona o grupo de personas a otra a cambio de remuneración o cualquier otra retribución”.

Los Estados que en la actualidad aun no regulan ni aprueban esta práctica, defienden su postura, alegando que estos casos pueden suponer la explotación de la subrogante, que se encuentra en muchos casos en situación de exclusión social. Y es por ello, que ofrecen su vientre ante esta opción, para poder sobrevivir. En muchos casos, las subrogantes son de países caracterizados por la falta de consideración de los hombres hacia las mujeres y donde muchas de ellas son tratadas como objeto de explotación sexual y/o reproductiva, es por ello que muchos hombres ven en la gestación subrogada un negocio.

Este escenario genera una profunda preocupación en cuanto a la dignidad de la mujer y al respeto de la misma, lo que ha dado lugar al rechazo de la maternidad subrogada por parte de muchos países, la OPS⁶⁴ afirma que “la mujer que actúa como madre subrogada apremiada por su situación económica, no establece una relación contractual entre iguales”. Es por ello, que mucha gente cree en que los gastos empleados en la maternidad subrogada, resultarían más beneficiosos, de invertirse en acoger o adoptar a menores ya nacidos que carecen de familia. Tal como relata Susanna Tamaro⁶⁵ “librar a niños de la falta de cariño y del abandono, lo cual debería ser la primera preocupación de una sociedad humanamente digna. Pues, como dice el Talmud, ‘quien salva una vida, salva al mundo entero’, y esta salvación es el único verdadero y humilde antídoto que podemos aplicar contra la maternidad subrogada”.

⁶³ Artículo 2 de la Convención sobre los Derechos del Niño, aprobada en 1989 por la Asamblea General de las Naciones Unidas.

⁶⁴ Acerca de la Organización Panamericana de la Salud, 2 de diciembre de 1992, véase DARÍO VALENCIA, R.: *Maternidad Subrogada* «¿Cuál es el papel del derecho frente a las técnicas de la maternidad subrogada?» (VVAA), Universidad católica de oriente, pág. 3.

⁶⁵ TAMARO, S.: «La trampa emotiva de la maternidad subrogada», *Revista Aceprensa*, cit., 2016.

Otro añadido a los aspectos negativos de la subrogación es el alto precio que conlleva su práctica, lo cual, restringe la posibilidad de acceder a este tipo de reproducción a las personas que poseen bajos recursos económicos, para poder hacer frente al pago de los gastos que este proceso conlleva. Otra de las razones por la que se tacha de desfavorable la subrogación, es el caso de que la madre subrogante que presta su vientre para la posible gestación del embrión, forme parte del núcleo familiar, o sea una persona cercana al mismo. Esto supondría una alteración de los roles familiares, en cuanto a que la abuela legal del niño, pudiera ser a la vez, la madre gestante de este, duplicando en estos casos el rol familiar, ya que una misma persona asume dos parentescos en relación al niño. De esta manera “la subrogación de la maternidad⁶⁶ representa un fracaso objetivo en la asunción de las obligaciones del amor maternal, de la fidelidad conyugal y de la maternidad responsable; ofende la dignidad y el derecho del niño a ser concebido, llevado en el vientre, traído al mundo y criado por sus propios padres; establece, para detrimento de las familias, una división entre los elementos físicos, psicológicos y morales que constituyen esas familias”.

A esto se suma que la relación primera entre madre e hijo, que en un proceso natural es completamente determinante, en cuanto a la maduración, autoestima y desarrollo del menor; en el caso de la maternidad subrogada no tendría lugar este vínculo hasta una vez nacido el menor.

Es por estas razones que los niños nacidos mediante este proceso puedan sufrir crisis, tras el impacto emocional que supone el descubrimiento que supone que su madre legal no es la biológica y querer conocer a la madre que le gestó puede generarles ansiedad, situación que puede verse agravada, en los casos en que la madre gestante, sea una mujer de su círculo familiar o cercana a este.

⁶⁶ PELLERÍN, B.: «Subrogación gestacional, caprichos de adultos», *Revista Aceprensa*, MercatorNet, 2009, pág. 2.

V.IV. PERSPECTIVA CATÓLICA

La perspectiva de la Iglesia católica no comparte el tratamiento de reproducción asistida, porque la maternidad subrogada supone “la comercialización del cuerpo de la mujer e incita al tráfico de menores y considera que se aleja de cualquier consideración ética y que se está forjando como un neoderecho de una minoría de la población”.⁶⁷

“La Iglesia siente una enorme preocupación por las mujeres y hombres que sufren problemas de esterilidad e infertilidad. Sin embargo, admite que el fin no justifica los medios”. Por otra parte, y siempre respetando la dignidad humana, para “la Santa Sede, la intención de dar la vida a un hijo no confiere el derecho al mismo, lo cual permitiría a los padres recurrir a cualquier medio para conseguir el derecho a tener un niño”.⁶⁸

La medida que contempla la Iglesia ante situaciones de infertilidad, es la adopción. Este método no da origen al niño, no provoca su creación sino que es entendido como un gesto de humildad y solidaridad por parte de la familia adoptante de un niño que ya existía y que, desafortunadamente, no tiene padres.⁶⁹

La postura de la Iglesia, en definitiva, defiende la dignidad de la persona humana. Y por esa razón, no comparte la posibilidad de manipular al ser humano con medios artificiales, que desnaturalizan el acto de la procreación humana. Y es que, no todo lo que se puede hacer con las nuevas tecnologías se debe hacer. Existe un límite ético y moral al cuál se debería atender.

V.V. TURISMO REPRODUCTIVO

Otra de las causas por las que hoy en día no se regula esta figura en muchos lugares el denominado “turismo reproductivo” que puede definirse como “el

⁶⁷ FERNANDEZ, S.: «¿Qué opina la Iglesia católica sobre la maternidad subrogada?» *Revista Babygest*, núm. 52, 2017, pág.1.

⁶⁸ FERNANDEZ, S.: «¿Qué opina la Iglesia católica sobre la maternidad subrogada?» cit., pág. 3.

⁶⁹ FERNANDEZ, S.: «¿Qué opina la Iglesia católica sobre la maternidad subrogada?» cit., pág. 3.

desplazamiento de un individuo o pareja desde su país de origen a otro, para acceder a los diversos tratamientos de reproducción”⁷⁰.

Este tipo de turismo se considera desfavorable y peyorativo en los países que lo ‘padecen’ ya que deja entrever la idea de que la reproducción humana es un objeto de comercio.

El niño fruto de este proceso se encuentra en un ‘limbo jurídico’ donde se pueden ver vulnerados sus derechos.

Las dificultades que aparecen en algunos de los casos suelen darse una vez que han regresado al país de origen los padres comitentes junto con su hijo y procuran la inscripción del menor gracias al certificado que les entregan en el extranjero, procedimiento que puede ser denegado por razones de orden público en algunos países.

Como consecuencia de esta situación, el niño se encuentra residiendo en un Estado que no reconoce a sus padres como progenitores legales afectando al derecho de afiliación de estos niños que no podrán en dicho caso adquirir la nacionalidad de sus padres, perdiendo el derecho a la identidad.

⁷⁰ A cerca de la definición de turismo reproductivo, véase CRUZ MÉNDEZ, J.M.: «La maternidad subrogada», cit., pág.7.

CONCLUSIONES

La maternidad subrogada, es una realidad existente actualmente, que ha provocado un intenso debate en la sociedad de hoy en día.

Mi concepto personal a cerca de la subrogación es que consiste en un proceso que da comienzo con el acuerdo entre las partes y posterior firma del mismo por escrito para que consten en él las circunstancias que van a caracterizar la subrogación en cada caso. Esta técnica suele llevarse a cabo por parejas que por diversos motivos no pueden tener hijos biológicos, y que teniendo medios económicos suficientes para permitirse esta opción, deciden no renunciar a tener hijos propios.

En mi opinión, es la mejor solución y la que ofrece más garantías, para aquellos padres que no pudiendo concebir, deseen al margen de la adopción tener hijos.

Bajo mi punto de vista, no debería ser una práctica prohibida, sino una figura legal regulada adecuadamente, en nuestro ordenamiento jurídico, tipificando su naturaleza, pues hay varias corrientes; para que de este modo, muchas de las personas que no dispongan de medios suficientes para viajar a otros países, y acarrear con los altos gastos que el proceso conlleva, tengan más posibilidades de alcanzar su objetivo en su país natal, sin necesidad de salir al extranjero.

En cuanto a la diversidad de familias, todas ellas acogidas en la definición que nuestra legislación recoge como tales, nos topamos ante una posible discriminación por razón de sexo a las parejas homosexuales, concretamente las formadas por dos hombres ya que biológicamente los varones no pueden gestar a un hijo y jurídicamente les está prohibido tenerlo mediante esta técnica de reproducción asistida en la mayoría de países que aun legalizándola, solo la acogen en la ley en la forma en que sea una pareja formada por un hombre y una mujer quienes contraten la subrogación.

Por otro lado, aunque las parejas formadas por dos mujeres en principio no necesitan acudir a una tercera para encomendarle la gestación de su hijo, en el

caso de que por la razón que sea así lo quieran, deberían de poder elegir la forma en que desean tener a sus hijos y el tipo de familia que quieren formar.

Emplear alternativas al formato de familia debería estar permitido siempre que el modelo de elegido no produzca daño alguno a los menores nacidos de tales acuerdos o a la mujer gestante y siempre que se garantice el derecho del menor a la información sobre las circunstancias de su nacimiento.

En mi opinión, en países ricos y avanzados como España, la prohibición de este tipo de maternidad supone un atraso en lo referente a que podría suponer una gran fuente de ingresos gracias a las inversiones que los españoles y extranjeros que quisieran contratar la subrogación en nuestro país, ya que ello supone una larga estancia en el mismo y el consumo que esta acarrea.

Es un derecho natural el hecho de tener descendencia y si la ciencia nos permite tener hijos biológicos mediante procedimientos anteriormente impensables, no debería haber ningún inconveniente en permitir la práctica de la gestación por sustitución, siempre que se impongan unos límites, unas normas y unos requisitos que la regulen para poder llevarla a cabo con una cierta certeza y bajo la legalidad.

Es por ello que se debería permitir recurrir a esta práctica tanto a las parejas heterosexuales y homosexuales, casadas o no, así como a las personas solteras que no tengan pareja y busquen formar una familia monoparental. Su realización no debería ser motivo de negación, debería poder recurrir a ella toda persona que lo deseara sin que cupiera discriminación alguna por su orientación sexual, el origen de sus gametos o la procedencia de los comitentes.

Creo que la maternidad subrogada se presenta como una práctica certera, de grandes posibilidades y modalidades, incluso como un remedio al que recurrir para, sobre todo, aquellas personas que no puedan tener hijos naturalmente ni

a través otros métodos como la fecundación Invitro⁷¹ y que aun así no quieren renunciar a la posibilidad de tener descendientes biológicos.

Haciendo referencia al acuerdo, convenio o contrato de carácter tanto lucrativo como altruista, encontramos que, por mucho que la madre gestante firme, alegando que no va a percibir ninguna cantidad económica por ello, lo cual ocurre en muy pocos casos, porque suele practicarse a cambio de una retribución, la mujer que presta su vientre siempre va a acabar por percibir una compensación por ello, ya que los padres comitentes están en la obligación de abonarle los salarios que hubiera dejado de percibir durante ese periodo, y los gastos médicos que se produzcan durante el embarazo y a raíz del mismo.

En cuanto al interés superior del menor y su protección, no debería serle negada la filiación en el país de origen de sus padres legales, sino que debería adquirir de facto la nacionalidad de estos; privarle de ello vulnera el principio del interés superior del menor, porque perjudica su posición jurídica dejándole desprotegido.

Para una defensa correcta de la situación del menor, es necesario recurrir a la creación de tratados internacionales para que mediante la cooperación entre países, se cree una serie de normas que delimiten y lleven a buen término este proceso; eliminando a la vez la posibilidad de comercializar con el niño o explotar a la mujer.

A mi entender la legislación española vigente en cuanto a la maternidad subrogada se refiere, ha quedado obsoleta y precisa de una pronta renovación, que trate de proporcionar soluciones a los problemas emergentes de su desarrollo y a las quejas que afloran de una sociedad, que se muestra reacia a la prohibición de la subrogación.

La solución más práctica y favorable sería, realizar una mejora que reforme la Ley en vigor, de Técnicas de Reproducción Humana Asistida, la cual no se ha mejorado en torno a este tema desde que fue aprobada.

⁷¹ Fecundación Invitro: técnica de laboratorio que permite fecundar un óvulo con un espermatozoide fuera del útero; Clínica Eugén (centro sanitario).

Lo ideal sería presentar estos acuerdos, una vez redactados entre las partes y antes de su firma, para comprobar de esta manera que no vulneran ningún tipo de derecho, y a su vez se asegura que la futura gestante actúa con plena libertad y conocimiento.

El derecho, debería amoldarse a los nuevos cambios sociales emergentes, según vayan surgiendo, con la finalidad de cubrir las necesidades que puedan aparecer, para lo cual es clave la intervención del Estado, para actuar como encargado de salvaguardar los derechos fundamentales de aquellos que, cumpliendo los requisitos necesarios practiquen o contraten un vientre de alquiler.

Como he mencionado a lo largo del trabajo, en la sociedad española conviven diversos modelos de familia, todos ellos acogidos por la Constitución y tiene en cuenta que la consideración de que la opción de concebir o no a un hijo es un derecho natural, así como una decisión personalísima, en la que el Estado, no debería poder inmiscuirse prohibiéndola, tan solo debiera proteger a quienes la practiquen.

Estoy de acuerdo, en que la solución más evidente a los problemas que genera la maternidad subrogada tal como revela el informe de bioética, sería la creación de un pacto universal, que tratase de regular este tipo de reproducción asistida, pero que debido a la pluralidad de opiniones es algo impensable, prácticamente imposible.

BIBLIOGRAFÍA

ARAGÓN GÓMEZ, C.: «La legalización de facto de la maternidad subrogada», *Revista Información Laboral*, num.4, 2010.

BASTERRA HERNÁNDEZ, M.: «El contrato de trabajo frente a los tratamientos de reproducción asistida: fecundación in vitro y la gestación subrogada», *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, num.205, 2018.

BOCCIO SERRANO, J.P.: *El derecho del niño a la familia natural como principio rector del sistema de protección: La actividad protectora de los poderes públicos en el ordenamiento español*, tesis doctoral (VVAA), Universidad de Sevilla, 2015

FERNANDEZ, S.: « ¿Qué opina la Iglesia católica sobre la maternidad subrogada?» *Revista Babygest*, núm.52, 2017.

FERNÁNDEZ ORRICO, F. J.: *Las prestaciones de la Seguridad Social, teoría y práctica*, Ministerio de Empleo y Seguridad Social, Madrid, 2016.

GALA DURÁN, C.: «Las novedades en el ámbito del permiso por paternidad y la maternidad subrogada», *Revista Aranzadi Instituciones*, núm. 4, 2017.

GARCÍA, R.: « La regulación de la maternidad subrogada país a país», *Revista 20minutos*, 2016.

GORELLI HERNÁNDEZ, J.: «La prestación por maternidad en los casos de gestación por sustitución o maternidad subrogada (vientres de alquiler)», *Revista Aranzadi Doctrinal* num.1, 2017.

HERMIDA BELLOT, B.: Tesis doctoral sobre la Maternidad Subrogada, Valencia, 2016.

HIERRO HIERRO, F. J.: «Maternidad Subrogada y Prestaciones de la Seguridad Social», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, num.190, 2016.

MORENO PUEYO, M. J.: «Maternidad subrogada y prestación de maternidad», *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, núm. 116, Madrid, 2015.

PELLERÍN, B.: «La subrogación gestacional, caprichos de adultos», *Revista Aceprensa*, 2009.

POQUET CATALÁ, R.: «La prestación de maternidad en la gestación por sustitución», *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, num.198, 2017.

SALGADO, S.: «*Revista Babygest*», acerca de los tipos de gestación subrogada desde el punto de vista genético y económico y la legalización de la maternidad subrogada en la UE (Art.117).

SANCHEZ, D.: Como ser padres por gestación subrogada y no morir en el intento: La experiencia Subrogalia, *la Gaceta*, 2015.

SANTOS PAÍS, M.: *El registro de nacimiento: El derecho a tener derechos*, núm.9, Florencia (Italia), 2002.

SIRVENT HERNÁNDEZ, N.: «Gestación por sustitución y derecho a prestaciones de Seguridad Social. Razones para una regulación urgente», *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 205, 2018.

TAMARO, S.: «*La trampa emotiva de la maternidad subrogada*», *Revista Aceprensa*, 2016.

WEBGRAFÍA:

ARAGÓN GÓMEZ, C.:

<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5979077>

BASTERRA HERNANDEZ, M.:

<http://rua.ua.es/dspace/handle/10045/74878>

BOCCIO SERRANO, J.P.:

<https://dialnet.unirioja.es/servlet/tesis?codigo=45274>

FERNANDEZ, S.:

<https://www.babygest.es/opinion-de-la-iglesia-sobre-maternidad-subrogada/>

FERNÁNDEZ ORRICO, F. J.:

<https://www.casadellibro.com/libro-las-prestaciones-de-la-seguridad-social-teoria-y-practica/9788484174950/4089447>

GALA DURÁN, C.:

<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5964536>

GORELLI HERNÁNDEZ, J.:

<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5888283>

HERMIDA BELLOT, B.:

<https://www.google.es/search?ei=l6ceW8WmF4mmU7rNk7AI&q>

HIERRO HIERRO, F. J.:

<https://pjenlinea3.poder-judicial.go.cr/biblioteca/uploads/Archivos/Articulo/Maternidad%20subrogada%20y%20prestaciones%20de%20Seguridad%20Social.pdf>

MORENO PUEYO, M.J.:

<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5213944>

PELLERÍN, B.:

<https://www.aceprensa.com/articles/consintiendo-caprichos-adultos/>

POQUET CATALÁ, R.:

<https://dialnet.unirioja.es/servlet/autor?codigo=2539675>

SALGADO, S.:

<https://www.babygest.es>

SANTOS PAÍS, M.:

<https://www.unicef-irc.org/publications/332-el-registro-de-nacimiento-el-derecho-a-tener-derechos.html>

SIRVENT HERNÁNDEZ, N.:

[https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/74567/2/2018 Nancy-Sirvent NuevaRevEspDerTrabajo_preprint.pdf](https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/74567/2/2018_Nancy-Sirvent_NuevaRevEspDerTrabajo_preprint.pdf)

TAMARO, S.:

<https://www.aceprensa.com/articles/la-trampa-emotiva-de-la-maternidad-subrogada/>

ORGANISMOS Y ACUERDOS DE MAYOR RELEVANCIA

Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y libertades públicas, 1950.

Convención de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, 2010.
Convención Europea de Derechos Humanos, 1950.

Convención sobre los Derechos del Niño, 1989.

Comité de Bioética de España: Informe sobre los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada (VVAA), 2017.

Comisión Especial de Estudio de la Fecundación In Vitro e Inseminación Artificial, 1983.

Dirección General de Registros y Notariado: Régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución, 2010.

Ministerio de Justicia: punto de acceso general de la Administración de justicia, Madrid, 1931.

Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad: es el actual departamento ministerial con competencias en política sanitaria, social e igualdad, 2011.

Real Academia Española: institución cultural 1713.

Sociedad Europea de Reproducción Humana y Embriología, 1985.

Organización de las Naciones Unidas: asociación de gobierno global que facilita la cooperación, 1945.

Organización Mundial de la Salud, autoridad directiva y coordinadora de la sanidad internacional en el sistema de las Naciones Unidas, 1948.

Tribunal de Justicia de la Unión Europea: interpretar y aplicar el Derecho de la Unión Europea, 2009.