

PROHIBIDA LA «NACIONAL», ¿PROTEGEMOS LA «GESTACIÓN/MATERNIDAD SUBROGADA INTERNACIONAL» CON PRESTACIONES SOCIALES?

Cristóbal Molina Navarrete

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
Universidad de Jaén*

EXTRACTO

En España sigue prohibida la «gestación subrogada», cualquiera que sea su modalidad, hasta el punto de poder llegar a configurarse como delito. Sin embargo, si esas mismas prácticas se hacen en cualquier país del mundo en que sea legal, las normas españolas no solo reconocerán su legitimidad, sino que incluso podrán otorgarle una prestación de «maternidad subrogada». Así lo acaba de confirmar la jurisprudencia social española, que contradice así la prohibición de la jurisprudencia civil del mismo Alto Tribunal. El argumento último es que también las situaciones de hecho, aunque resulten prohibidas en un país, deben protegerse si en juego está el superior interés del menor. Por supuesto, el criterio unificador fijado cuenta con una intensa crítica dentro de la propia Sala Social. La minoría considera que no puede legitimarse el fraude de ley a la norma española, que oculta tal práctica transnacional de gestación subrogada, sin que la prioritaria protección del interés superior del menor exija tal vulneración de los valores y principios básicos de nuestro Derecho (orden público).

Palabras clave: gestación subrogada, prestaciones de maternidad, interés superior del menor y «turismo reproductivo».

Fecha de entrada: 20-12-2016 / Fecha de aceptación: 21-12-2016

ONCE THE «NATIONAL» HAS BEEN PROHIBITED, DO WE PROTECT «INTERNATIONAL GESTATIONAL/MATERNAL SURROGACY» VIA SOCIAL BENEFITS?

Cristóbal Molina Navarrete

ABSTRACT

All kinds of gestational surrogacy are prohibited in Spain, moreover, some are even regarded as criminal law matters. However, if those same practices are carried on in any other country in the world where they are considered legal, Spanish law will not only acknowledge them as legitimate, but also a gestational surrogacy benefit may very well be granted. That is what has just been confirmed by several High Court rulings out of its Labor Division, thus contradicting the prohibition stated by its very own Civil Division. As has ultimately been argued, even factual situations, although banned, deserve protection if the best interests of the child are at stake. Of course, intense criticism arises from within the Labor Division against this recently laid unifying criterion. This minority of the judiciary considers that the evasion hidden behind transnational gestational surrogacy cannot be legitimated, nor the priority protection of the best interests of the child requires such violation of our statutory values and principles (public policy).

Keywords: gestational surrogacy, maternity benefits, best interests of the child and reproductive tourism.

Sumario

1. Aproximación «ético-social»: ¿Es «justo» y «razonable» prohibir en territorio nacional una práctica y facilitarla en el extranjero?
2. «El nombre de la rosa»: ¿Cómo llamamos a «la cosa»: «Vientres de alquiler», «gestación subrogada» o «maternidad subrogada»?
3. La contradicción creada por las decisiones de legalización *de facto*: ¿La mano izquierda (norma social) puede ignorar a su mano derecha (norma civil)?
4. De la necesidad a la urgencia de una solución legal: ¿Pero cuál?

«Mater semper certa est, pater numquam»

[La madre es cierta siempre, el padre nunca]

«Pater est, quem nuptiae demonstrant»

[Se presume padre al que demuestra el matrimonio]

Digesto 2.4.5. Paulo, Libro IV

1. APROXIMACIÓN «ÉTICO-SOCIAL»: ¿ES «JUSTO» Y «RAZONABLE» PROHIBIR EN TERRITORIO NACIONAL UNA PRÁCTICA Y FACILITARLA EN EL EXTRANJERO?

A finales de noviembre de 2016 conocimos que una pareja de hombres fue detenida por la Guardia Civil –Operación princesita– acusada de «comprar un bebé» a una mujer que habría actuado, supuestamente, como «vientre de alquiler». Si bien los tres implicados están en libertad, (Juzgado de Instrucción n.º 3 de Arcos de la Frontera [Cádiz]), permanecen en la situación de investigados y con cargos, acusados de un delito contra las relaciones familiares, por alteración de la paternidad, estado o condición de un menor mediante pago económico. La gestante, vecina de Villamartín (Cádiz) se habría sometido –siempre supuestamente– a una inseminación artificial –se ha ordenado una prueba genética para conocer si hay paternidad biológica– en una clínica de Málaga y a los tres días de dar a luz entregó a su recién nacida a cambio de 10.000 euros. [La pareja alega un acuerdo altruista](#), de modo que esa cantidad solo compensaría gastos (médicos y de ajuar), sin renuncia formal de la madre a la progenitura.

Ante el gran revuelo mediático generado, la defensa letrada de la pareja –peluqueros ambos de profesión– se dirigió inmediatamente a provocar un «juicio ético-social» paralelo en la opinión pública que presionara sobre la decisión judicial. Para ello no dudó en lanzar este interrogante: «¿por qué no puede un homosexual ser padre?». En la nota de prensa enfatizó que la niña es resultado del deseo de este de ser padre, para lo que propuso a una mujer, con la que mantuvo una relación afectiva, la gestación subrogada; y esta aceptó por esa razón.

¿Sugiere una cuestión de discriminación por razón de orientación sexual? No lo cree la Guardia Civil, que les acusa de una «compra de menor recién nacida», si bien ocultada tras una apariencia de acuerdo altruista que creara la coartada necesaria a la pareja, para eludir que se considere delito tal actuación, fingiendo uno de los hombres de la pareja y la mujer ser pareja, y así se presentaron en la clínica para la inseminación artificial. Sin legitimarlo, comprensivos

con los motivos de la pareja de homosexuales para llegar a este extremo se mostrarían, según las mismas noticias, asociaciones de padres promotores de la «gestación subrogada» como una vía más, y más adecuada que la adopción, para alcanzar el «deseo natural» y el «derecho» a ser padres como si fuesen hijos biológicos. Las trabas legales de todo tipo para ello, también para la adopción, en España, empujarían a decenas de personas y de parejas a salir al extranjero a fin de obtener de forma «legal» lo que no pueden conseguir en nuestro país.

Pocos días después –aunque el asunto se gestara años antes– hemos conocido el caso siguiente: un hombre tuvo dos hijas (nacidas en fecha de 25 de septiembre de 2013), Marina y Valeria, inscritas en el Registro Civil del Consulado de España en Nueva Delhi. Ambas nacieron en Nueva Delhi mediante la técnica de reproducción humana asistida, en la que aquel fue el padre genético y los óvulos fueron de una donante, Meera Vishwakarma, que «gestó por subrogación a su favor». En fecha 23 de octubre de 2013, don Daniel David Rodríguez Martínez y doña Meera Vishwakarma pactan una renuncia a la condición de maternidad. En ese contrato de renuncia se pacta: el hombre, *«padre de los bebés, acepta a ejercer, exclusivamente, todas las funciones y obligaciones que se derivan de la patria potestad, incluyendo el cuidado exclusivo y la custodia y todos los derechos como padre, debido a la imposibilidad de Meera Vishwakarma para ejercer su función»*; la mujer, madre por gestación subrogada, *«renuncia a toda acción y derecho sobre los bebés mencionados en el presente documento y autoriza»* al hombre *«a llevar todas las acciones necesarias para facilitar una ejecución satisfactoria de los acuerdos de este documento»*. En consecuencia, mediante ese contrato, la mujer autóctona de Nueva Delhi *«renuncia a todos sus derechos como madre, incluyendo derechos de visita, dentro del marco establecido por la ley, autorizando expresamente al padre [...] a establecer su casa y el hogar de los bebés en cualquier país y ciudad de su libre elección»*.

¿Qué diferencias de fondo sustanciales hay entre estos dos casos? Si no las hubiera, ¿qué acción policial, en este caso eventualmente a llamar «Operación las dos princesitas», se habría producido? Sin entrar muy en el fondo de este asunto, entiendo que no hay diferencia de relieve en el fondo de los casos –un hombre (o una pareja de homosexuales) acuerda con una mujer, medie o no retribución, la gestación subrogada para lograr la condición de «madre (primera progeneritura) biológica». Sin embargo, no ha habido «castigo», sino «beneficio social»–.

En efecto, este caso, para la [STS 881/2016, de 25 de octubre \(RCUD 3818/2015](#) –ha sido confirmada, aún sin mencionarse mutuamente, por la [STS 953/2016, de 16 de noviembre, RCU 3146/2014](#)–, es digno de una «prestación de maternidad (subrogada)» a favor del hombre; esto es, atribuye una parte del coste de crianza de ambas niñas, durante el tiempo legalmente reconocido (*ex arts. 48 ET y 177 TRLGSS*), a todos –a través del INSS–. Para ello, la mayoría –hay votos particulares– no dudará en desestimar el RCU contra la [STSJ de Cataluña de 15 de septiembre de 2015](#), que había estimado el recurso de instancia social –el juez de lo social sí denegó la prestación, como otros jueces de lo social y tribunales de suplicación–.

Entonces, ¿cómo puede haber una diferencia tan notable de trato entre unos y otros? ¿No llevará razón la defensa letrada de la pareja de peluqueros homosexuales? ¿Por qué unos español-

les –homosexuales o no– pueden ser padres-madres por gestación subrogada y otros no a través de técnicas semejantes de reproducción asistida? Entre ambos supuestos solo hay una diferencia: unos han viajado a Cádiz, que es parte del territorio nacional, y otros lo han hecho a lejanas tierras –Nueva Delhi–, que ni pertenecen ni pertenecieron al Reino de España –ni a su otrora imperio–, pero donde sí es legal tal acuerdo de renuncia. Pero si esto es así –y creo no errar en ello–, ¿qué se le reprocha, en verdad, socialmente a la «pobre pareja» de peluqueros homosexuales almerienses a través del ejercicio de la máxima fuerza legal prevista, la potestad punitiva penal? ¿Acaso se le reprocha no ser más «listos» que don Daniel David e ignorar que hay países donde lo que ellos han hecho es legal, incluso bendecido por la Seguridad Social de España –curiosamente no, por lo general, de los países que sí reconocen tal gestación–? Pero la ignorancia de las leyes extranjeras no está penada. Luego ¿les reprochamos el eventual «mal gusto» de viajar a Cádiz, en vez de a la exótica Nueva Delhi? No parece que viajar a la tacita de plata sea delito, ni siquiera mal gusto. ¿Qué le reprobamos socialmente entonces, a través de la pena, el tener menos recursos económicos que don Daniel David para viajar más lejos y poder ejercer un «turismo reproductivo transnacional», en vez del más casero «made in Spain»¹?

A juzgar por las numerosas noticias –normalmente en [prensa rosa](#)– pareciera que sí, aunque nadie se atreva a expresarlo así, claro. Baste con repasar las páginas del papel cuché de los últimos tiempos para ver cómo conocidos cantantes, presentadores y demás «célebres», de condición homosexual o no, exhiben su «paternidad» por la «maternidad subrogada».

No creo que haya duda sobre (1) *la gran injusticia* de tal situación, pero esa no es la verdadera cuestión jurídica. La clave de bóveda es (2): ¿se trata de una *desigualdad de trato razonable* o de una *discriminación inversa* –favorable a quien más tiene («efecto Mateo»)– *irrazonable*?

2. «EL NOMBRE DE LA ROSA»: ¿CÓMO LLAMAMOS A «LA COSA»: «VIENTRES DE ALQUILER», «GESTACIÓN SUBROGADA» O «MATERNIDAD SUBROGADA»?

Si así quedase actualmente la cuestión planteada –como creo–, surge de inmediato, en el plano del Derecho (el que aquí más nos interesa, aunque no nos es ajeno el preponderante plano ético-social, pues estamos ante una cuestión de extraordinaria sensibilidad, por estar en juego derechos de la personalidad, tanto del menor como de las mujeres, fundamentalmente), una doble cuestión. La primera: revelándose, a todas luces, injusta esa diferencia de trato, ¿cómo se resuelve: extendiendo la prohibición a todas las situaciones, sin que la diferencia territorial pueda ser relevante, ni a efectos civiles (reconocimiento de la decisión de filiación de un órgano extranjero),

¹ Desde 1994, primer caso documentado en España, la sucesión de casos ha sido incesante, al igual que dispar la suerte de cada proceso, adverso en unos casos, positivo en otros. Vid. «La gestación subrogada, un contrato nulo para España», *El País*, 29 de noviembre de 2016.

ni a efectos de protección socio-laboral (garantizando protección a la situación *de facto* creada) o eliminándola en todos los casos, sin posibilidad de elusión por el artificio que favorece la globalización de hoy? La segunda: ¿a quién incumbe realmente resolver esta contradicción profunda del actual orden jurídico nacional: al legislador, mediante la regulación específica (efectivamente prohibitiva o permisiva, como muchos proponen, a través de la reforma del art. 10 de la [Ley sobre técnicas de reproducción humana asistida](#) –LTRHA–), en línea con lo que sucedió respecto del «matrimonio homosexual», o al juez, a través de la interpretación del entero conjunto de normas, de diversa naturaleza, ramas y rango (a través de una interpretación evolutiva, según la enseñanza a extraer de la [STCO 198/2012, de 6 de noviembre](#), respecto de la constitucionalidad del matrimonio homosexual)?

Pero antes de todo ello, hay que resolver una cuestión preliminar, aparentemente solo «nominativa», pero cuyo trasfondo resulta relevante para la actitud –valoración– a adoptar al respecto: ¿cómo llamamos a «la cosa»? Como en el libro, en la película, y en la historia real que hay de trasfondo, tampoco «el nombre de la rosa» es aquí inocente, de modo que la semántica de las palabras comienza a definirse por la propia «reputación» que se labra su forma léxica [semiótica]. En la prensa –especializada o no, rosa o no, seria o no– veremos las más diversas referencias. Así sucede, por ejemplo, en ambas sentencias de la Sala Social del Tribunal Supremo referidas –y cuyo comentario en profundidad puede leerse en «¿Se abre la brecha? El Tribunal Supremo reconoce el derecho a las prestaciones de Seguridad Social por maternidad en los supuestos de maternidad "subrogada"», de José Antonio PANIZO ROBLES, publicado en [laboral-social.com](#)–. De esta manera, en unos casos se habla de «*vientres de alquiler*», en otros casos de «*maternidad subrogada*», y, finalmente, de «*gestación subrogada*».

Cierto, no faltan los casos en que todas las denominaciones figuran de forma indistinta –p. ej.: «*Vientres de alquiler. La gestación subrogada, un contrato nulo para España. A la espera de que se regularice en su país, los españoles "alquilan vientres" en el exterior*»–. Pero no deja de ser igualmente verdad que la carga crítico-reivindicativa difiere notablemente según se use una u otra. De este modo, quien apela a los «vientres de alquiler» suele evocar, como quien hablaba antaño de la «cesión legal de trabajadores» o «puesta a disposición» a través de ETT como «prestamismo laboral», un fenómeno de cosificación de las personas. Recientes artículos de opinión pública –y publicada–, así lo evidencian², desautorizando esa denominación como «ofensiva» y «vejatoria», pues denigraría «no solo a la mujer que voluntariamente se ofrece a gestar, sino también al niño nacido por la técnica». Por eso, se prefiere la expresión «gestación subrogada» –propia de los países donde esta técnica está regulada, en especial si es sin ánimo de lucro, como en el Reino Unido–, pues lo único que una mujer podría hacer válidamente es «negociar» –sea donar, sea «vender», en países donde se admite también esta forma (Estados Unidos, Rusia)– su *capacidad gestacional* (como el que dona, se dice, un riñón, semen u óvulos; aunque España prohíbe recibir un «precio», si bien admite pequeñas «compensaciones» por molestias).

² Vid. el buen artículo de Opinión «[Las palabras y su reputación](#)», de la periodista Lola GALÁN. Defensora del lector. diario *El País*, 4 de diciembre de 2016.

Desde esta perspectiva, en propiedad, tampoco se podría concluir –más voluntariosa que acertadamente– un «negocio jurídico-lucrativo» de subrogación sobre la maternidad, pues esta no sería solo una función biológica, sino también social, amén de emocional, y por lo tanto se trataría de un derecho personalísimo. Cosa distinta sería –se insiste– que se pueda adquirir la «maternidad» –esa otrora única y cierta, según el saber latino recordado al inicio de este Foro– por otras figuras jurídicas, como la adopción o el acogimiento, que tienen un trato equivalente –también en el plano de la protección social–, pero que no provocaría una genuina subrogación o «sucesión de madres» –la madre biológica seguiría siendo una; también la madre jurídica, sin que puedan confundirse las diferentes instituciones, como sucedería a menudo en la jurisprudencia social sobre este tema–. Por eso, ante las quejas de lectores/as por lo que se entiende una absoluta perversión del lenguaje, interesadamente crítica contra esta técnica de reproducción humana asistida, y como clara expresión del gusto por los eufemismos y el tan recurrente neo-lenguaje funcionalista, se concede que el uso de expresiones como «vientre de alquiler» o «maternidad subrogada» permiten *«identificar claramente el asunto [...], sin ser del todo conscientes del malestar que provocan en personas cuya sensibilidad hacia este asunto es especial. Es cierto que el término gestación subrogada es mucho más respetuoso, así que procuraremos ceñirnos a él»* (redactor jefe de noticias de *El País*, 4 de diciembre de 2016).

¿Está justificada tanta indignación por el uso de un lenguaje u otro? ¿Aboca este tema a un enésimo episodio del disfuncional «lenguaje políticamente correcto», al margen de cuál sea el correcto técnico o jurídicamente? A mi juicio, hay más de querer que de corrección, y más de nostalgia que de realidad, en esta crítica al nombre de esta «rosa» o «cosa» (la subrogación en la condición de maternidad). Al respecto, hay que precisar que resulta manifiesto el gran reduccionismo inherente a la expresión «vientres de alquiler», porque la mujer no «alquilaría» o negociaría –con o sin ánimo de lucro (altruista o comercialmente)– tan solo con su «vientre», sino con todo su cuerpo, al poner en juego nada menos que todo su estatuto biológico, así como su propia integridad psicofísica (implicación integral). No es, pues, apropiado técnico, ni tampoco jurídicamente, poniendo el acento en una de las causas de esa situación: al ánimo de lucro del acuerdo (subrogación gestacional mercantil).

Por eso, se prefiere la denominación «gestación subrogada» (o gestación por sustitución), forma de reproducción asistida en la que, además de los futuros padres, participa una mujer que gesta el embrión, resultado bien de una inseminación artificial o de fecundación *in vitro*, procediendo los gametos de uno de los progenitores y de una donación, de los dos progenitores, o de donaciones, tal y como explica la [web de la Asociación de Familias por Gestación Subrogada](#)³. Esta tiene el máximo interés en «tecnificar» el concepto, neutralizando cualquier elemento de valoración ético-social al respecto, a fin de primar el pragmatismo y la modernidad de la solución para problemas de miles de parejas, o de hombres y mujeres solos, que tanto precisan, o bien prefieren, esta vía para acceder al estatuto social de paternidad-maternidad. En este sentido, si bien es cierto que tal técnica de reproducción asistida –TRA– puede satisfacer el deseo –no existe el derecho– de ser padres

³ En esta página se hallará información bibliográfica, tanto médica como jurídica. Se destaca Eleonora LAMM. *Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni vientres de alquiler*, Ediciones de la Universidad de Barcelona, 2013.

a personas que tienen ciertos problemas físicos o de salud que les impiden la gestación biológica directa, no menos verdad es que también atiende las preferencias de personas que no tendrían ese problema, salvo, eso sí, por su propia decisión personal de orientación sexual. Consecuentemente, la «gestación por sustitución» es ya una forma completamente alternativa —y cada vez más exitosa, aunque de un alto coste— de acceder a la paternidad/maternidad, en el marco de las TRA⁴. Y también, a su albur, no se ignore, un nuevo sector de negocio que da pingües beneficios a muchas empresas que, dedicadas a la selección de las mejores candidatas y gestión del complejo proceso, en consecuencia, integran un creciente *lobby* que presiona a los Estados para su legalización.

Ahora bien, como se desprende de esa abundante —e interesada— información sobre el tema, no puede ocultarse, ni infravalorarse, como ilustra bien la literatura inglesa, referencia obligada, que, de un lado, existe una clara diferencia entre la *commercial surrogacy* y la *surrogacy*, que es el término usado de modo general para la subrogación altruista (*altruistic surrogacy*). Asimismo, de otro, el término «gestación subrogada» implica un tecnicismo reduccionista de la realidad, mucho más compleja, en la medida en que oculta que el negocio celebrado no solo afecta a la «capacidad gestacional de la mujer» (vertiente biológica), medie precio o no, sino que supone transferir a los promotores de la sustitución gestacional, por parte de la mujer gestante, los derechos —civiles y sociales— asociados a la gestación, por lo que aquellos se subrogarán también en la «posición social de maternidad» —no solo en la biológica—. Según el enfoque clásico, cuando una mujer gesta hay una norma jurídica de presunción de maternidad, asignando la responsabilidad ético-jurídica (trabajo) de cuidar. Esta presunción quiebra en la «gestación subrogada», proyectándose en el tiempo: no se acota en un «proceso biológico limitado en el tiempo» —la gestación—, sino que continúa en el tiempo en el «proceso de crianza del hijo». Por eso, el documento privado (donación o contrato lucrativo) es esencial para la transferencia de la responsabilidad primaria sobre el niño/la niña, pudiendo afectar, a resultas de las legislaciones de cada país a terceros, incluso públicos, como sucederá para las prestaciones derivadas de aquella condición social (beneficios fiscales, prestaciones sociales, etc.).

En suma, y sin poder profundizar más, cuando se apuesta de una forma decidida por «gestación subrogada» en detrimento de «maternidad subrogada», lo que se quiere en verdad es dignificar la técnica y el negocio jurídico en virtud del cual aquella puede ser útil para producir la condición de maternidad/paternidad al/los «progenitores intencionales»⁵, no ya propiamente a la mujer gestante —máxime si se hace con ánimo de lucro— ni a la «cosa» misma, esto es, a la compleja realidad subyacente. Por eso, quienes compran —en el caso del contrato lucrativo— se tecnicifican como «progenitores intencionales», dejando fuera sus condiciones de personalización (base personal, familiar, cultural, económica, etc.), y también las que «venden» o «donan» se tecnicifican

⁴ Para esta complejidad y su evolución, en el plano biológico y médico, destaca, entre las muchas guías existentes, la «Guía de la Asociación Americana de Medicina Reproductiva para la Subrogación gestacional», con un sugerente [catálogo de recomendaciones prácticas](#).

⁵ Todo ello se propuso en el encuentro europeo de familias por gestación subrogada (*Family Through Surrogacy*, UK-EU 2014 Conference, Windsor) realizado en el Reino Unido, el 8 y 9 de marzo de 2014

como «gestantes», «subrogantes», dejando fuera sus condiciones socio-económicas, culturales, familiares, etc. La dignificación de la actividad apelando a su condición de «donante» –de derechos reproductivos– no es tampoco inocente, pues enmascara todo negocio lucrativo de gestación subrogada. Al margen quedaría, pues, toda valoración sobre el lucrativo, pero lacerante negocio de las «[fábricas de bebés](#)» (p. ej.: en la India, en Camboya, etc.).

3. LA CONTRADICCIÓN CREADA POR LAS DECISIONES DE LEGALIZACIÓN DE FACTO: ¿LA MANO IZQUIERDA (NORMA SOCIAL) PUEDE IGNORAR A SU MANO DERECHA (NORMA CIVIL)?

Precisamente, este reduccionismo técnico, que se opone al no menos «reduccionismo ideológico», tiende a simplificar la vertiente jurídico-social del debate, complejo y de solución muy difícil, hurtándonos algunas informaciones relevantes para la decisión reguladora que han de tomar los Estados. Así, por ejemplo, mientras se suele presentar, por estos potentes *lobbies*, el camino de la regulación como linealmente dirigido a la permisividad de estas prácticas, queda, por lo general, fuera del análisis que diversos países –occidentales: Reino Unido, Canadá, etc.– solo permiten fórmulas no lucrativas, así como que otros –en vías de desarrollo o emergentes–, están plegando velas en esta materia, pasando de la permisividad a la prohibición o limitación. Es el caso del [Gobierno de India](#), que anunció a finales de octubre de 2015 que limitaba la posibilidad de tener hijos a través de esta técnica de reproducción «solo a matrimonios indios infértiles, y no a extranjeros» (también a personas solas y parejas de homosexuales).

Esta decisión es la respuesta a una petición del Tribunal Supremo indio –en línea con el Tribunal Supremo nepalí– que recogía una iniciativa legislativa popular en la que se rechazaba la imagen que se tiene de India como «una fábrica de bebés», pues el ánimo mercantil llevaría a una nueva forma de explotación de las mujeres. Los sectores de oposición a esta restricción piden «una ley que proteja a las mujeres que alquilan su vientre y a los niños». En consecuencia, solicitan que se sustituya el actual vacío legal por un marco regulador «para la industria de la maternidad subrogada» (crea o produce unos 2.000 bebés al año, el 75 % de la «producción mundial» –400 millones de euros al año–, pues los costes son muy bajos –16.000-28.000 €– comparados con Estados Unidos –150.000 €–) que salvaguarde los intereses de todas las partes, incluyendo el de muchas mujeres indias de salir de la extrema pobreza a través de esta actividad. Las «gestantes entrevistadas» se adhieren, pues lo viven como el derecho a una oportunidad de ganar dinero libremente en un escenario de pobreza. De ahí, que coincidan con lo que piensan muchos especialistas en la materia del país, que defienden esta forma de maternidad por sustitución –ya expliqué *ut supra* por qué creo que no es incorrecto, e incluso es oportuno este término, sin desnaturalizar la técnica, que tanto se quiere dignificar– como la puerta a «*millones de dólares que atrae el turismo de la subrogación*» (Gita ARAVAMUDAN). Por supuesto, como industria que es, amén de generar «mercados negros», puede trasladar de inmediato sus «fábricas» a otros países más permisivos, como sucedió con [Camboya](#), que –como Tailandia– también acaba de prohibir, por orden ministerial, la gestación subrogada.

Consecuentemente, no solo crecen los conflictos de regulación, sino que aumentan los problemas de incertidumbre jurídica. Según la página web Families Through Surrogacy, al menos 200 parejas contratarían servicios de [maternidad subrogada en Camboya](#) –el coste no llega a los 9.000 €–, haciéndose muy popular entre parejas australianas del mismo sexo. Ya que la prohibición no concreta qué ocurrirá con los procesos iniciados, la inseguridad campa. La prohibición es absoluta y parece que se prolongará cuando se aprueba la ley al respecto.

Precisamente, esta opción prohibitiva es la que campa por sus fueros en España –art. 10 [LTRHA](#)–, pese a que, curiosamente, la contradicen reglas de ínfimo valor normativo, como las instrucciones, circulares y resoluciones de la Dirección General de los Registros y el Notariado. Este organismo administrativo ha desafiado, como es sabido, al mismísimo Tribunal Supremo, Sala Civil, que había ilegalizado –cierto que por una exigua mayoría de 5 (favor) a 4 (contra)–, estas prácticas, incluso cuando contaban con reconocimiento de tribunales extranjeros en toda regla, por ser contrarias al orden público (no solo nacional, sino también internacional). Todo porque, a su juicio, la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos daba aval a su rebeldía o resistencia, primando la inscripción registral de la filiación a favor de los progenitores intencionales sobre la prohibición legal, sin que tuviera relevancia alguna que la propia Sala Civil desestimara la incidencia de esta jurisprudencia europea en España porque no se trataba de la misma situación –ni francesa ni italiana–, lo que, a mi juicio, es correcto, como ha reconocido la Sala Social ([STS 881/2016, de 25 de octubre](#)). Tanto la norma de reconocimiento del derecho extranjero como el primado de las situaciones de hecho o facto (*ex facto oritur ius* –el derecho nace del hecho–) exigirían dar validez a la inscripción y registrar al hijo nacido de la gestación subrogada como propio de los «progenitores intencionales».

Un argumento, el del poder del hecho (situación de necesidad generada por la práctica formalmente nula en el Derecho nacional) sobre el Derecho cuando en juego está el interés superior del menor (interpretación conforme a la Constitución y a al Derecho internacional), que habría pesado decisivamente sobre la Sala Social para reconocer-crear las prestaciones de Seguridad Social por «maternidad subrogada» (el [TRLGSS](#) no habla en ningún momento de la gestación). Y ello pese a la clara «lavada de manos» al respecto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en relación con un país que, pese a reconocer la gestación por sustitución –sin ánimo de lucro–, no prevé ni el permiso parental asociado a ella ni, por lo tanto, la protección de seguridad social, sin que ello genere discriminación alguna. Las sentencias no han sido unánimes, al contrario, cuentan con importantes votos particulares.

4. DE LA NECESIDAD A LA URGENCIA DE UNA SOLUCIÓN LEGAL: ¿PERO CUÁL?

Advertí al inicio que no pretendía un análisis técnico de tan relevante, discutida y discutible jurisprudencia. Su complejidad y contradicciones son evidenciadas tanto por la mayoría de la sala –que prefiere escudarse en aquella– como por las diversas minorías de la misma –que desnudan

con toda crudeza la «ingenuidad» de la mayoría al prescindir tanto del enfoque ético-social asociado a esta espinosa cuestión como de las evidencias de fraude a la ley nacional de las prácticas transfronterizas de gestación-maternidad subrogada-. Tiempo habrá de hacerlo, pues el intenso conflicto normativo y ético-social acaba de iniciarse; además, en la [web del CEF](#) hay disponible un [comentario](#) extenso de sus pormenores técnico-jurídicos.

Aquí he pretendido otra cosa: aflorar al primer plano de nuestra actualidad jurídico-social el extremado agravio comparativo en el trato que reciben, a partir de esta jurisprudencia –pretendidamente– social, quienes tienen recursos económicos para viajar al extranjero –se trate de países más o menos exóticos o seguros– y contratar la «gestación (biológica)-maternidad (social) por sustitución», normalmente mediante empresas de alta tarifa pero plena garantía de «calidad de la gestante extranjera», y quienes carecen de –todos– ellos, y se ven obligados, en análogas circunstancias, a acudir a «gestantes nacionales». En el primer caso, no solo podrán exhibirse a bombo y platillo por los medios que crean más conveniente, presumiendo de su ilusionante –sin duda– «paternidad-maternidad» recién adquirida –mediante un contrato comercial o de «compra» del servicio de gestación humana–, sino que incluso contarán, en su caso, con la ayuda del conjunto de ciudadanos para asistir a sus hijos, a través de la prestación de maternidad subrogada. En el segundo caso, deberán esconderse y silenciar hasta el extremo su conducta, porque podrán ser perseguidos «por lo civil y por lo criminal». La actualidad evidencia que no es especulación sino dramática realidad.

En definitiva, si era no solo oportuno o necesario, antes de esta jurisprudencia social, un debate parlamentario profundo que revisase de una forma significativa la actual regulación prohibitiva –quizás la vía transaccional sea la de regular los casos de gestación y maternidad por sustitución solo sin ánimo de lucro (gestación subrogada por donación)–, ahora deviene absolutamente urgente esa reforma legal. En otro caso, una vez creada –de hecho– una ominosa diferencia de trato, peyorativa para quienes menos tienen, a favor de quienes más tienen, su perpetuación resultaría un oprobio. De un problema de justicia/injusticia reguladora de una nueva realidad –que arrumbaría una de las sentencias más arraigadas y queridas de nuestro Derecho romano, haciendo de la madre también una incertidumbre– hemos pasado a un perentorio problema de trato discriminatorio invertido, insufrible en un Estado (Constitucional, aún multinivel) de Derecho.