



UNIVERSITAT DE
BARCELONA



Revista de Bioética y Derecho

Perspectivas Bioéticas

www.bioeticayderecho.ub.edu - ISSN 1886-5887

ARTÍCULO

Un análisis crítico del progresivo reconocimiento de los derechos vinculados a la maternidad subrogada

A critical analysis of the progressive recognition of the rights linked to surrogacy

Una anàlisi crítica del progressiu reconeixement dels drets vinculats a la maternitat subrogada

AIDA RUIZ FRANCO *

* Aida Ruiz Franco. Profesora asociada de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, Universitat Pompeu Fabra, España. Directora Fundació Maria Aurèlia Capmany. E-mail: ruizfa@fmac.org.

Copyright (c) 2018 Aida Ruiz Franco



Esta obra está bajo una licencia de Creative Commons Reconocimiento-NoComercial-SinObraDerivada 4.0 Internacional.

Resumen

Este artículo pretende contribuir al debate respecto el progresivo reconocimiento por parte de los Tribunales de derechos laborales para aquellas personas que su maternidad o paternidad es fruto de un convenio de gestación por sustitución o gestación subrogada. Para ello introduzco en el análisis, de una parte, cómo se ha construido el relato de la mercantilización de la maternidad y, de otra, el papel que ha jugado la maternidad biológica en la edificación de los derechos laborales de las mujeres en el trabajo remunerado.

Palabras clave: patriarcado; contrato sexual; maternidad subrogada; prestación por maternidad; conciliación; interés del menor.

Abstract

This article intends to contribute to the debate regarding the progressive recognition by the Courts of a part of the labor rights to those persons whose maternity or paternity is the result of a gestation agreement by substitution or surrogacy. To this aim, I introduce in this analysis, by one hand, how the story of the commodification of motherhood has been constructed and, by another, the role played by biological motherhood in the construction of women's labor rights in paid work.

Keywords: patriarchy; pregnancy; surrogate motherhood; maternity benefit; conciliation; child interest.

Resum

Aquest article pretén contribuir al debat respecte el progressiu reconeixement per part dels Tribunals dels drets laborals d' aquelles persones la maternitat o la paternitat de les quals és fruit d'un conveni de gestació per substitució o gestació subrogada. Per això introdueixo en l'anàlisi, d'una part, com s'ha construït el relat de la mercantilització de la maternitat i, d'una altra, el paper que ha jugat la maternitat biològica en l'edificació dels drets laborals de les dones en el treball remunerat.

Paraules clau: patriarcat; contracte sexual; maternitat subrogada; prestació per maternitat; conciliació; interès del menor.

"El calificativo <subrogada> indica que el fin del contrato es hacer irrelevante la maternidad y negar que la subrogada es una madre. La madre subrogada recibe pago a cambio de firmar un contrato que permite al varón hacer uso de sus servicios. En este caso, el contrato es para el uso de la propiedad que la mujer posee: su útero." Carole Pateman.

1. Introducción

Desde los albores de la historia el cuerpo de las mujeres ha sido una gran obsesión por parte del patriarcado; éste ha querido y ha soñado con su control y su posesión¹. Esta obsesión ha pasado por diferentes etapas, mutando y adaptándose a los diferentes tiempos.

El patriarcado ha ido cimentando, a lo largo de los años un gran relato que, entre otros, ha girado y gira en torno al axioma de la inferioridad y subordinación de las mujeres a los varones. Este axioma no ha retrocedido a lo largo de los años, al contrario, ha ido consolidando todos sus lazos y pactos establecidos, en palabras de Amorós la gran victoria del patriarcado se encuentra en su meta estabilización. De esta forma, el patriarcado se dedicó a lo largo de los años a adaptar su relato a la modernidad y en los últimos tiempos a acomodarse a las nuevas formas de pensamiento: posmodernidad y transmodernidad².

Dentro de este relato establecido y adaptado a todas ellas, se encontraba y encuentra la institución del contrato sexual como arquetipo de la única forma de entender la sexualidad con fines reproductivos, en tanto que uso del propio cuerpo femenino.

Es en esta adaptación del relato donde ha resurgido y revitalizado el debate en torno a la maternidad subrogada o maternidad por sustitución, tanto en las agendas políticas como en las sindicales. Esta forma de acceder a la maternidad y paternidad se está materializando en diferentes países a través de diversas fórmulas, en unos casos la madre subrogada es también la madre genética, al ser la portadora de su material genético para llevar a cabo la gestación y en

¹ Juliano, D. en *Cultura y sexualidad*. AA. VV "Cuerpos políticos y agencias: Reflexiones feministas sobre cuerpo, trabajo y colonialidad". Granada. 2011; "El cuerpo fluido: una visión transdisciplinar desde la antropología", Granada 2011.

² García Aguilar, en *Feminismo Contemporáneo: más allá de la posmodernidad*, describe que se entiende por transmodernidad, tomando como análisis, el feminismo: "(...) *La transmodernidad surge en la posmodernidad y es producto de un pensamiento posmoderno pero que no se queda ahí, se plantea como una opción más, una opción abierta, móvil, en tránsito para que, desde esa zona, se pueda vislumbrar el camino que se quiera seguir, sin querer ser el definitorio. Es bajo este panorama que puede vislumbrarse el gran pendiente que nos dejó la modernidad: cambiar la condición de desigualdad, subordinación e invisibilización de las mujeres*".

otros, la concepción se produce a partir del óvulo u óvulos de otra mujer, de forma que la madre subrogada, sólo aporta su cuerpo como instrumento para que tenga lugar el negocio jurídico: el embarazo que desembocará en el parto.

Esta instalación en los debates de otras posibles formas de procreación humana, ha sido calificada en palabras del Comité de Bioética de España como "*la posibilidad de disociar la gestación de la maternidad*".

A pesar de que pueda parecer que el debate en torno a la gestación subrogada o maternidad por sustitución forma parte de la nueva posmodernidad, la realidad es que esta ha estado presente y relatada en los textos antiguos, así las Sagradas Escrituras en los primeros pasajes del Génesis ya albergaban supuestos de maternidad subrogada, por medio del acceso carnal con mujeres diferentes de las concubinas que pretendían la descendencia³.

Las preguntas que planean en torno a la discusión sobre la gestación por sustitución o maternidad subrogada, de una parte suscitan la duda de si no estamos asistiendo a una nueva adaptación del salario familiar descrito y definido por Hartmann como "un pacto patriarcal entre varones de clases sociales antagónicas, a efectos del control social de la mujer"⁴ consolidándose así la idea de que el cuerpo ideal de las mujeres se ha construido en torno a su accesibilidad por los hombres⁵, y de otra, si la maternidad y paternidad han de ser conceptualizadas sólo como deseos o hay que trasladarlos también a la categoría de derechos.

Otra de las interrogantes que se plantean en tono a la polémica se sitúa en cómo la modificación de las condiciones culturales a la que hemos asistido a lo largo de las últimas décadas, y que han contribuido a una moral más centrada en la privacidad y en el uso de placeres⁶, han cooperado para el avance de una "*bioética para privilegiados*". Colaborando a la efervescencia

³ De hecho, si nos remontamos en el tiempo encontramos algún ejemplo de madres sustitutas o maternidad subrogada. El propio libro Génesis "el primer libro del Antiguo Testamento", relata el caso de Sara, que no podía engendrar hijos de marido Abrahán «Sara, la mujer de Abrahán, no le había dado un hijo. Ella tenía un a sirviente egipcia de nombre Agar y Sara le dijo a Abrahán: el Señor no me ha permitido tener un hijo, ve con mi esclava y yo tendré quizás la suerte de tener un hijo por ella... y Agar dio un hijo a Abrahán y Abrahán lo llamó Ismael». Cfr. Ávila Hernández, C.J: "La maternidad subrogada en el Derecho comparado". *Cuadernos de Dereito Actual*. Número 6, 2017, P. 314.

⁴ Hartmann, H. (1979). "Un matrimonio mal avenido: hacia una unión más progresiva entre marxismo y feminismo", en *Papers de la Fundació*, 88, Fundació Rafael Campalans.

⁵ Riveras Garretas, M.M: *El cuerpo indispensable*. Cuadernos inacabados, 1996. Madrid.

⁶ Lipovestski G, *Los tiempos hipermodernos*, Anagrama, 2014. *L'Ere du vide contemporanie essais sur l'individualisme contemporain*, Anagrama, 2002.

de una verdadera industria⁷ conformada por una red que puede calificarse más que de lobby, de verdaderas patronales a la búsqueda de ese nicho comercial. Dichas patronales ofrecen todo tipo de servicios con una cartera variable de precios y prestaciones, con una gran forma de organización del trabajo, diversificando sus servicios desde el traslado del cliente al país de compra, pasando por la prestación de servicios médicos y jurídicos e integrando también la posibilidad de reemplazar la lotería genética por la selección de esta⁸.

Hay que precisar que el debate en torno a la “maternidad subrogada” se ha introducido también en el seno del feminismo. En el debate se contraponen el supuesto derecho a decidir de forma libre sobre la utilización del propio cuerpo, con los derechos sexuales y reproductivos de las personas LGTB. Algunas posiciones han introducido en el debate, también, la posición económica de aquellas mujeres gestantes, el impacto que estas prácticas provocarían en la maximización de la cosificación del cuerpo de las mujeres, la mercantilización de la maternidad⁹, la medicalización y el determinismo genético.

2. Posmodernidad líquida e individualización

Bauman¹⁰ introdujo en el debate el camino trazado por el sistema capitalista, que dirigía y dirige el sistema económico hacia el consumo y donde la ciudadanía ha pasado a ser el objetivo del mercado, que busca captarla como consumidora. La teoría de Bauman ha plasmado que la modernidad líquida dirige y condiciona la vida de todas las personas y dentro de éstas, de las

⁷ Ver artículo de Ximénez de Sandoval: “Por qué California es la meca de la gestación subrogada”. El País, 23/02/2017, URL: https://elpais.com/internacional/2017/02/23/actualidad/1487854048_748059.html.

⁸ Nuño Gómez, L: “Una nueva cláusula del Contrato Sexual: vientres de alquiler”. *ISEGORÍA. Revista de Filosofía Moral y Política* N.º 55, julio-diciembre, 2016, 683-700

⁹ Proposición no de Ley presentada por el Grupo Parlamentario de Ciudadanos “*Hoy la gestación por subrogación constituye una realidad tanto en España como en los países de nuestro entorno, y se ve con la misma naturalidad que otras expresiones de los cambios de percepciones sociales ante instituciones ligadas a nuevos modelos familiares que tienen como denominador común el fijar el marco jurídico en el cual las personas quieren expresar su propia concepción de las relaciones familiares y asumir la condición de progenitores. Piénsese en normas específicas al respecto como la del matrimonio entre personas del mismo sexo (Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio) o la de adopción internacional (Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción internacional)*”. http://www.congreso.es/public_oficiales/L12/CONG/BOCG/B/BOCG-12-B-145-1.PDF.

¹⁰ Zygmunt Bauman es el creador del concepto de «modernidad líquida» entendida como un estado fluido y volátil de la actual sociedad, sin valores demasiado sólidos, en la que impera una gran incertidumbre fruto de la rapidez de los cambios, los vínculos humanos.

mujeres, instalando un modelo social de consumo donde las personas asumen el rol de promotoras del producto. Es en esa modernidad líquida donde se ha intensificado y propagado la idea en torno a la libertad que posee cada persona para gobernarse ella misma.

Hay que recordar que la modernidad surgió con el nacimiento de la revolución industrial, por eso, modernidad, revolución industrial y capitalismo entendido como sistema político y económico, van unidos de la mano en el tiempo y en la construcción de alianzas. Este escenario introdujo entre otros, la jerarquización social de las personas consumidoras y la redistribución y ocupación de diferentes espacios. Las mujeres ocuparon los espacios públicos, de los que estaban ausentes, fruto del veto e invisibilidad construido por el patriarcado.

Es en ese transitar de tiempos donde las personas han pasado a ser mercado y donde el mercado tiene como objetos a esas personas, desde la perspectiva de consumidores y consumidoras, instalándonos así en el periodo de la modernidad líquida definido por Bauman y donde, con la aceleración del individualismo, los mercados puján para que puedan acabar convertidos en derechos¹¹.

3. El punto de partida: ¿Cómo se han organizado y construido los derechos laborales de las mujeres?

Las mujeres han estado presentes en el mercado de trabajo existente en cada período de tiempo. A pesar de esa presencia y atendido el tránsito por el que ha circulado el concepto del término *trabajo*, desplazándose a empleo e incorporando también la distinción entre trabajo remunerado y no remunerado. A esta mudanza del concepto, así como a su clasificación, ha contribuido también la ordenación y diferenciación que el capitalismo ejecutó entre los espacios de producción y de consumo, operando así un paulatino intercambio de los roles que estaban vigentes entre personas productoras y consumidoras¹². Esta realidad descrita ha sido acuñada también a partir de la ocupación de los espacios públicos por las mujeres, entre los que se encuentra el mercado de trabajo. La conquista de este espacio fue acompañada del reconocimiento por el ordenamiento jurídico, de forma pausada, de una serie de derechos. Este avance en los derechos laborales se articuló a través

¹¹ Nuño Gómez realiza parte de este análisis en "Una nueva cláusula del Contrato Sexual: vientres de alquiler". *ISEGORÍA. Revista de Filosofía Moral y Política* N.º 55, julio-diciembre, 2016, 683-700.

¹² Giddens, A: *La constitución de la Sociedad: Bases para la teoría de la estructuración*. Amorrortu Editores, 1995, Argentina.

de la protección de las mujeres trabajadoras en un momento determinado de su ciclo vital: embarazo, parto y lactancia, con la mirada puesta en la maternidad biológica.

Trasladándonos en el tiempo, el origen del reconocimiento de estos derechos hay que situarlo en la Organización Internacional del Trabajo (OIT), que a través de la proclamación de una serie de convenios, inició el camino hacia la protección de las mujeres y también de sus hijas e hijos. Este camino proteccionista ha transitado entre el amparo de las mujeres trabajadoras en el embarazo, parto, postparto y a lo largo del periodo de lactancia, incorporando también la protección por aquellas enfermedades fruto del embarazo y/o del parto en los entornos laborales industriales y comerciales.

En 1959 se proclamó el Convenio C103 sobre la protección de la maternidad. En él se amplió el ámbito de protección, al incluir a cualquier mujer trabajadora, independientemente de su ocupación o profesión y del sector productivo donde están empleadas. El convenio obliga a los Estados a regular periodos de descansos y también prestaciones monetarias y médicas en los periodos prenatal, parto, maternidad, así como por aquellas enfermedades que son consecuencia del embarazo y/o del parto y lactancia.

A pesar del avance operado por estos convenios en el reconocimiento de derechos de las mujeres trabajadoras en estas situaciones, hay que remarcar que en cambio la integración de estas situaciones en la salud laboral de las mujeres se cristalizó recién en el año 2000 a través del Convenio 183, sobre protección de la maternidad¹³.

Por su parte el ordenamiento comunitario edificó el modelo de salvaguarda de las mujeres, mediante la combinación de la protección de la salud laboral en situaciones de embarazo, parto y/o período de lactancia, con la articulación de una serie de derechos desde la perspectiva anti-discriminatoria. Así la Directiva 92/85, se diseñó para promover y asegurar la salud laboral de las mujeres trabajadoras en situación de embarazo, parto, o en periodo de lactancia. También el Pacto internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966) articuló la protección de las madres trabajadoras mediante la posesión del derecho a la obtención de un permiso retribuido por maternidad.

¹³ Este convenio fue precedido por: Convención de las Naciones Unidas sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer (1979), Convención de las Naciones Unidas sobre Derechos del Niño (1989), Declaración de Beijing y Plataforma de Acción (1995), Declaración Conferencia Internacional Trabajo sobre igualdad de oportunidades y trato para las trabajadoras (1975), Convenio sobre trabajadores con responsabilidades familiares (1981), Declaración Organización Internacional Trabajo relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo y su seguimiento (1998).

A éstos les acompañó una parte del acervo comunitario centrado en conseguir que las mujeres que se encuentren en alguna de estas situaciones queden suficientemente protegidas, así la Carta de Derechos Fundamentales de la UE del 2000 integra la protección contra cualquier despido fruto de una causa relacionada con la maternidad.

Desde sus orígenes, esta protección ha estado organizada en torno aquellos supuestos originados fruto de la maternidad biológica. Pero a raíz de los diferentes avances y reconocimientos de otros modelos de familia, la normativa se hizo eco recogiendo los. Así, figuras como la adopción o la guarda con fines de adopción o acogimiento y acogimiento, fueron más tarde también incluidos.

En España los primeros reconocimientos de los derechos laborales de las mujeres trabajadoras en materia de maternidad, una vez finalizada la dictadura franquista, cobraron cuerpo a partir de la década de los años 80 a través de la Ley 8/1980, de 10 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores, con la incorporación de la posibilidad de suspender el contrato de trabajo en situación de maternidad biológica. A partir de aquí se irá ampliando el campo de protección a través del otorgamiento de permisos por maternidad biológica, y más tarde se añadirán adopción, guarda y acogimiento.

La adaptación a las nuevas formas de familia por nuestro ordenamiento jurídico laboral se realizó a través de la Ley 3/1989, de 3 de marzo, al incluir como supuesto de suspensión del contrato de trabajo, además del parto, la adopción de menores de cinco años. A pesar de esta concesión, se ha de precisar que la Ley siguió apostando por la maternidad biológica al otorgar mayor duración en el tiempo de la suspensión del contrato de trabajo, concretamente dieciséis semanas, contrapuestas a las previstas para los supuestos de adopción que varían en función de la edad del adoptado: menores de nueve meses hasta ocho semanas; y entre nueve meses y cinco años la duración máxima será de cuatro semanas.

A este avance operado por la Ley 3/1989 le seguirán otros a través del elenco de normas que ampliarán esta protección a otros supuestos como acogimiento pre-adoptivo (a través de la Ley 8/1992), pasando años más tarde a quedar unificados e integrados todos ellos a través del Real Decreto Legislativo 1/1994, de 29 de junio, que aprueba el Texto Refundido de la Ley General de Seguridad Social¹⁴, que contempla maternidad biológica, adopción y acogimiento pre-adoptivo.

¹⁴ RDL 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social. Art.117) dentro de las situaciones protegidas prevé; maternidad, adopción, guarda con fines de adopción y el acogimiento familiar.

4. Un paso hacia adelante en la construcción de los derechos laborales de las mujeres: la conciliación

Esta organización de los derechos de las mujeres en los espacios laborales alrededor de la maternidad biológica, primero, y después adaptándose a las nuevas realidades de familia dio un paso más al incorporar “*el derecho a la conciliación*” de la vida laboral, personal y familiar, reconociendo la necesidad de que las personas trabajadoras pudieran ser coparticipes de la vida familiar a través de licencias, permisos y descansos, tanto en los supuestos de maternidad biológica como en aquellos fruto de situaciones de adopción y acogimiento, tanto pre-adoptivo como permanente.

La norma que abrió el camino fue la Recomendación 123 de OIT sobre el empleo de las mujeres con responsabilidades familiares. En ella se pone el énfasis en los problemas con que se encuentran las mujeres incorporadas al trabajo remunerado, fruto de la necesidad de compatibilizar su vida familiar con la profesional (conciliación) reseñando que estos contratiempos no impactan sólo en las mujeres, sino también en los hombres y en las familias, convirtiéndose así en un problema de la sociedad.

A esta alerta pulsada por la Recomendación le siguieron años después otros textos como el Convenio 156 sobre trabajadores con responsabilidades familiares. Con la entrada en escena de este Convenio, la OIT dio un paso adelante en pasar de focalizar la protección de las mujeres trabajadoras, sólo en la situación de gestación y embarazo, para abrir el debate y también su amparo a través del reconocimiento de los múltiples roles desarrollados, del papel que juega la organización y distribución del trabajo tanto productivo como aquel que no tiene esa calificación (tareas de cuidado) y por último la incorporación de los hombres a las responsabilidades familiares.

En 1992¹⁵, la UE abordó la necesidad de legislar y proteger por parte de los Estados miembros, las tareas de cuidado a través de permisos parentales, permisos de maternidad, permisos especiales a los progenitores que trabajen por cuenta ajena y que tengan responsabilidades en el cuidado y la educación de niños o niñas. Esta iniciativa perseguía la implicación e inversión de los roles en las tareas de cuidado de forma que cualquier progenitor, independientemente del sexo, pudieran asumir efectivamente sus responsabilidades profesionales, familiares y educativas.

Años después la Directiva 96/34/CEE, sobre el permiso parental, supuso un punto de inflexión en la configuración de las políticas de conciliación, al incorporar a los hombres en las

¹⁵ Recomendación del Consejo, de 31 de marzo de 1992, sobre el cuidado de los niños y de las niñas.

tareas de cuidado. A pesar de ello, hay que remarcar que desde sus inicios la UE había introducido el concepto de conciliación, sobre todo a través de su política de empleo. Este pensamiento limitó una visión más integradora hacia la consideración de la conciliación como política familiar. Esta limitación fue reivindicada por el CESE en su dictamen 1711/2007.

Hablar de conciliación es hablar de cuidado de la vida, de afectos, de relaciones, de socialización, de cuidados sanitarios y también de aquellas tareas de gestión y relación con las instituciones¹⁶. Este tipo de tareas han estado y están aún en manos de las mujeres, fruto de roles, estereotipos y de la división sexual del trabajo. Dentro de esta construcción y reconocimiento de la gestión del cuidado se ha ido ensanchando el contenido del concepto, al reconocer también en las nuevas formas de familia como son las parejas del mismo sexo, la monomarentalidad y, monoparentalidad.

Por último recordar que la Ley 3/2007, de igualdad efectiva entre mujeres y hombres, cuando aborda las herramientas jurídicas disponibles para avanzar en ese reconocimiento de las tareas de cuidado a través de permisos, reducción y adaptación de jornada, licencias y excedencias está pensando en la maternidad biológica y también en la adopción, guarda y acogimiento, como reconocimiento de vínculos filiales, no reparando ni incorporando los nuevos modelos de familia a la maternidad subrogada o por sustitución.

5. El papel de la jurisprudencia del Tribunal Supremo en el afianzamiento del viejo contrato sexual

La maternidad subrogada o maternidad por sustitución ha provocado una serie de cuestiones jurídicas a pesar de la prohibición legal que existe sobre ella en España¹⁷. También el reconocimiento de derechos laborales a las personas trabajadoras que acceden a la maternidad y paternidad a través de este método es objeto de controversias entre los diferentes operadores jurídicos.

¹⁶ Carrasco, C. ha situado en el debate que la diferencia acuñada por el pensamiento económico entre actividad laboral remunerada y trabajo, sin la consideración de trabajo remunerado guarda una estrecha relación con la división sexual del trabajo “y con el modo en que, desde la economía teórica, se ha ido definiendo el concepto” en: “La economía del cuidado: Planteamiento actual y desafíos pendientes”. *Revista de Economía Crítica*, Num. 11.

¹⁷ Respecto al derecho de filiación e inscripción de los hijos nacidos a través de esta técnica, la realidad existente alberga una diversidad de posiciones entre la Dirección General de los Registros y del Notariado y Tribunal Supremo.

La jurisprudencia ha integrado también en sus resoluciones, los criterios dimanantes de la jurisdicción civil. La STSJ Cataluña 5214/2015, incorpora en su fundamentación la inscripción en el Registro Civil como requisito necesario para acreditar una serie de derechos laborales exigibles en situaciones que son calificadas de análogas a la maternidad biológica, adopción y acogimiento.

También la STS 247/2014 y la STSJPV 22/2014, negaron el acceso a las prestaciones de la Seguridad Social por maternidad en aquellos casos en los mediara un contrato de gestación por sustitución.

En la jurisprudencia emanada por parte del Tribunal Supremo, el objeto del conflicto suele concentrarse en la concesión del derecho a la prestación de maternidad y del derecho al descanso como motivo de ella, aludiendo los litigantes (nombro en masculino porque la gran mayoría de demandantes son hombres que han accedido a la maternidad subrogada) que son situaciones protegidas en la LGSS. Así la STS, 897/2016¹⁸, declara que no está reconocido el derecho al permiso de maternidad ni su prestación, atendido que el contrato de gestación por sustitución es “*plenamente nulo y fraudulento*”, aludiendo que “*la mera inscripción registral de la filiación no puede crear efectos constitutivos para una situación nula de pleno Derecho*”.

El Tribunal Supremo, a través de la STS 881/2016 (Asunto gestación por sustitución realizada Nueva Delhi) y la STS 953/2016 (Asunto maternidad por subrogación realizada California), desestimó las pretensiones de acceder a las prestaciones de Seguridad Social por maternidad fruto de gestación por sustitución, basándose en:

- a. que el ordenamiento jurídico no admite ni prevé esta forma de maternidad, vía contractual y por tanto no puede derivarse de éste, prestaciones de la seguridad social, con independencia de que los menores hayan sido inscritos en el Registro civil.
- b. que en el cuadro de contingencias previstas por la LGSS no queda recogida la maternidad subrogada o maternidad por sustitución.

Pero a partir de estos dos pronunciamientos, parece que hay un cambio de rumbo, amparándose en que el bien jurídico a proteger es el menor, al incorporarse a la familia. Los argumentos que utiliza la STS 881/2016 para fundamentar su decisión se basan en recurrir a la analogía cuando amplía el listado de personas beneficiarias de la *prestación de maternidad*, las situaciones protegidas por la LGSS “*la maternidad subrogada no deja de ser una variante de la*

¹⁸ FJ 4º. “*la protección que dispone la D.92/85/CEE. por el concepto de «permiso de maternidad», se limita a la trabajadora «embarazada», «que ha dado a luz» o «en periodo de lactancia», por lo que «la atribución de un permiso por maternidad con fundamento en el artículo 8 de la D.92/85 (requiere que la trabajadora que se beneficie de él haya estado embarazada y haya dado a luz al niño» [apart. 37]”.*

genérica, por lo que puede subsumirse en ella", y con la asimilación de maternidad subrogada a parto. El resto de razonamientos los sitúa en el interés del menor, la protección de un estado de necesidad real y la igualación de la paternidad biológica con la maternidad subrogada, igualando el carácter tuitivo que despliega el ordenamiento jurídico en el régimen de prestaciones, para hijas e hijos nacidas fuera del matrimonio, o como consecuencia de relaciones sexuales esporádicas, con la maternidad subrogada.

Por su parte la STS 953/16, a lo largo de su exposición invoca: el interés superior del menor y la asimilación de maternidad subrogada con la adopción.

A la vista de estas decisiones, surge la duda de si la interpretación analógica realizada por el TS, poniendo en el mismo plano a la maternidad y paternidad fruto de maternidad subrogada con aquella otra forma a consecuencia de la adopción o del acogimiento pre-adoptivo, no perpetúa la ideología patriarcal, en donde el componente genético es fundamental en términos de descendencia, afianzando así el viejo contrato sexual. El contrato sexual se basó en el diferente significado político de los cuerpos de las mujeres (la capacidad de engendrar y dar a luz) de los de los hombres (capacidad de crear y mantener el orden social y político). Fruto este contrato sexual se garantizaba el acceso controlado al cuerpo de las mujeres bajo la categoría del consentimiento. Pero este consentimiento tiene diferente significado en la forma de ejercitarlo en función del sexo de la persona¹⁹. Ahora el contrato se perpetúa amparándose para ello en el cumplimiento del requisito de la inscripción como hijas o hijos en los Registros Civiles de los Consulados de España en Nueva Delhi y Estados Unidos. El cumplimiento del requisito de la filiación desde el punto de vista jurídico se consigue a través de la construcción de un vínculo que puede ser natural y/o jurídico. Mediante este vínculo se construye la unión de los descendientes con sus progenitores, esta construcción puede derivar de la naturaleza (maternidad biológica) o de forma artificial mediante el recurso a una ficción legal (adopción) a través del reconocimiento del vínculo jurídico²⁰.

En cambio, el Tribunal de Justicia de las Comunidades, a través de dos pronunciamientos en cuestiones prejudiciales del 2014, C-167/12 y C-363/12 cuyo objeto era la resolución de sendas

¹⁹ Pateman, C.: *The Sexual Contract*. Stanford University Press, 1988.

²⁰ Jarufe Contreras D.: *Tratamiento legal de las filiaciones no biológicas en el ordenamiento jurídico español: adopción "versus técnicas" de reproducción humana asistida*. Colección Monografías de Derecho Civil. Dickinson. 2013. Constatata que los modelos de filiación no biológica (en ellos incluyen adopción y también las TRHA con aportación de donante) son vínculos de creación jurídica artificiales, llegando a la conclusión que, (...) "no existe un derecho al hijo en términos tales, y se advierte de la importancia de distinguir entre aquel supuesto derecho a obtener el resultado hijo, de aquel también supuesto derecho de acceder a los medios necesarios para obtenerlo."

cuestiones prejudiciales (Reino Unido e Irlanda), sobre si la no concesión de los permisos de maternidad realizada a través de un contrato de gestación subrogada podría entrar en colisión con el derecho de la UE, concretamente:

- a. con la D.92/85/CEE, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia.
- b. si vulneraría la D.2006/54/CE, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación.
- c. si la denegación podría suponer discriminación por razón de sexo y discapacidad, contraria a la D.2000/78/CE, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación.

El Tribunal fundamenta la resolución de ambas cuestiones prejudiciales, fundamentando que:

- a. la interpretación de la D.92/85 ha de realizarse de forma que los Estados no están obligados por ella a la concesión de permiso de maternidad
- b. la denegación del permiso por maternidad a una madre subrogante no puede interpretarse de acuerdo con el art.14) de la D.2006/54 que sea constitutivo de una discriminación por razón de sexo, no vulnerando tampoco la D.2000/78 al no constituir una discriminación por motivo de discapacidad por el hecho de que la trabajadora que accedió a la maternidad por gestación subrogada, el motivo se debiera a su incapacidad para gestar ella misma.

El Tribunal Europeo de Derecho Humanos (TEDH) en el Asunto Menneson contra Francia, reconoció, el derecho de dos gemelas nacidas en California mediante la técnica de la gestación por sustitución, a ser inscritos como padres en base a que el bien jurídico a proteger era el interés del menor conforme a lo dispuesto en el art. 8) del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales. El TEDH aboga por la protección de las menores, poniendo en valor el derecho que las menores gozan del respeto a su vida privada, incluyendo su filiación.

6. Conclusiones

Como se ha puesto de manifiesto a lo largo de este artículo, la maternidad subrogada y/o maternidad por sustitución no es una novedad, la historia y diferentes textos muestran lo

contrario. El debate y la obsesión por el control del cuerpo de las mujeres han estado presentes en el devenir de los tiempos.

En los últimos años la discusión se ha situado en torno a la posibilidad de legalización de este contrato privado. Pero mientras el debate proseguía en los ámbitos civilistas, los espacios laborales parecían estar blindados al reconocimiento de una serie de derechos fruto de esta forma “especial” y “mercantilizada” de acceder a la maternidad o paternidad. Este blindaje provenía de la construcción de los derechos de las mujeres trabajadoras sobre la base de la maternidad biológica, incorporando el reconocimiento de una serie de derechos a determinadas situaciones que están intrínsecamente conectadas con la maternidad biológica, embarazo, parto, lactancia, situaciones de riesgo a lo largo del embarazo y aquellas enfermedades que surgen como consecuencia de la maternidad. A estas contingencias, de forma paulatina se han ido agregando otras maneras de ejercer la maternidad y paternidad, como la adopción y acogimiento. Pero tanto adopción como acogimiento, pre-adoptivo o no, han de ser entendidas como la culminación del anhelo de ejercer el rol de la maternidad y/o paternidad. Asimismo, estas dos ficciones jurídicas que se sitúan en el mismo plano que la maternidad biológica, han contribuido a la construcción de nuevas formas de familia y a la deconstrucción del viejo contrato sexual a partir de la diferencia sexual. Por el contrario, la entrada en juego de esta nueva modalidad de acceder a la maternidad y el reconocimiento de una serie de derechos en la esfera laboral, fruto de la maternidad subrogada o de la gestación por sustitución, afianza los conceptos de dominación y subordinación, conceptos éstos que perpetúan la sujeción de las mujeres.

Este nuevo escenario de protección del menor y del vínculo creado entre progenitores y descendencia, apuntado a través de la vía jurisprudencial, ha colonizado determinados derechos laborales que hasta ahora estaban reservados a la maternidad biológica, adopción y acogimiento. Esta nueva realidad apunta a que asistimos a un reconocimiento de esta forma de filiación por el ordenamiento jurídico laboral. La duda que planea es si esta admisión se erigirá en una onda expansiva, colonizando también otros ámbitos del derecho.

Bibliografía

- ◆ AA.VV. *Informe del Comité de Bioética de España sobre los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada*, 2017.
- ◆ ÁVILA HERNÁNDEZ, C.J.: “La maternidad subrogada en el Derecho comparado”, *Cuadernos de Dereito Actual*. Número 6, 2017, pp. 313-344.

- ◆ BAUMAN, Z.: *Tiempos líquidos: Vivir en una época de incertidumbres*. Ensayos Tusquets. 2007.
- ◆ CARRASCO, C.: “La economía del cuidado: Planteamiento actual y desafíos pendientes”, *Revista de Economía Crítica* número 11, 2011, pp. 211-225.
- ◆ DE MIGUEL ÁLVAREZ, A.: *Violencia de género e igualdad: una cuestión de derechos humanos/ coord. Por Almudena Gallardo Rodríguez; Ángela Figueruelo Burrieza (dir), Marta del Pozo Pérez (dir), Marta León Alonso (dir), 2013. Ed. Comares.*
- ◆ FOLLARI, R. A.: “Revisando el concepto de Posmodernidad”, *Quórum Académico*, vol. 3, núm. 1, enero-junio, 2006, pp. 37-50.
- ◆ GARCÍA AGUILAR, M.C.: “Feminismo Contemporáneo: Más allá de la posmodernidad”, *Revista Palabra: Palabra que obra*, número 14, 2014, pp.158-172.
- ◆ GIDDENS, A.: *La constitución de la sociedad: Bases para la teoría de la estructuración*. Amorroutu Editores, Buenos Aires, 1995.
- ◆ HARTMAN, H.: “*El infeliz matrimonio entre marxismo y feminismo: hacia una unión más progresista*”. (1983) Texto que integra la bibliografía del curso de formación a distancia “Las fisuras de la teoría: El género en perspectiva” desarrollado por la CLACSO, 2003.
- ◆ JARUFE CONTRERAS D: *Tratamiento legal de las filiaciones no biológicas en el ordenamiento jurídico español: adopción “versus técnicas” de reproducción humana asistida*. Colección monografías de Derecho Civil. Dickinson.2013.
- ◆ JULIANO, D.: “La construcción social de las jerarquías de género”, *Asparkía*, 19; 2008, pp. 19-27.
- ◆ LIPOVETSKI, G: *L'Ere du vide contemporaine essais sur l'individualisme contemporain*, Anagrama, 2002.
- ◆ _____ *Los tiempos hipermodernos*, Anagrama, 2014.
- ◆ MERCADER UGUINA, J.R.: “La creación por el Tribunal Supremo de la prestación por maternidad subrogada: a propósito de las SSTTS de 25 de octubre de 2016 y de 16 de noviembre de 2016”, *Cuadernos de derecho transnacional*, Vol. 9, número 1, 2017, pp.259-266.
- ◆ MORENO PUEYO, M.J.: “Maternidad subrogada y prestación de maternidad. Reconocimiento del derecho y efectos económicos del mismo”, *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, número 202, 2017, pp. 259-266.
- ◆ NUÑO GÓMEZ, L.: “Una nueva cláusula del Contrato Sexual: vientres de alquiler”, *ISEGORÍA. Revista de Filosofía Moral y Política* N° 55, julio-diciembre, 2016, pp. 683-700.
- ◆ PATEMAN, C.: *The Sexual Contract*. Stanford University Press, 1988.

- ◆ RIVERAS GARRETAS, M.M.: *El cuerpo indispensable*. Cuadernos inacabados, Madrid, 1996.
- ◆ VICENTE PALACIO, M.A.: “Cambios sociales y prestación económica de maternidad (Sobre la maternidad subrogada)”, *Revista de derecho de la Seguridad Social*, número 12, 2017, pp. 123-141.
- ◆ XIMÉNEZ DE SANDOVAL, P.: “Por qué California es la meca de la gestación subrogada”, *El País*, 23/02/2017, URL:
https://elpais.com/internacional/2017/02/23/actualidad/1487854048_748059.html.

Jurisprudencia

- ◆ STSJ Cataluña 5214/2015
- ◆ STS 247/2014
- ◆ STSJPV 22/2014
- ◆ STS 897/201
- ◆ STS 881/2016
- ◆ STS 953/2016
- ◆ STS de 25 de octubre (RCUD 3818/2015)
- ◆ STS de 16 de noviembre de 2016(RCUD 3146/2014)
- ◆ Cuestiones prejudiciales núms. C-167712 y C-363/12

Fecha de recepción: 22 de marzo de 2018

Fecha de aceptación: 26 de julio de 2018