

LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN DENTRO DEL DERECHO A LA ASISTENCIA SANITARIA: SU CONFIGURACIÓN Y PRIORIDAD EN UNA FUTURA REGULACIÓN

Jesús Esteban, Cárcar Benito

Doctor en Derecho

Facultativo no sanitario del Servicio Murciano de Salud

SUMARIO: 1. **Introducción.** 1.1 Los supuestos. 2. **Regulación legal en España: una carencia.** 3. **Aspectos y dilemas éticos.** 4. **Los desafíos legales.** 5. **El Derecho a la asistencia sanitaria para los casos de la maternidad subrogada: el caso de la madre biológica y el menor.** 5.1 La asistencia sanitaria y el menor. 5.2 El problema de la asistencia sanitaria y los retornados: su extensión a las madres subrogadas. 6. **Conclusiones de lege ferenda.** 7. **Bibliografía.**

RESUMEN

La gestación por sustitución o maternidad subrogada o de alquiler es un supuesto especial de reproducción asistida en pleno proceso de expansión por el cual una mujer, mediante contraprestación o sin ella, se compromete a gestar un bebé concebido artificialmente, que no naturalmente para que otra u otras personas puedan ser padres, biológicos o no. Esta situación puede deberse a muchas circunstancias, como la infertilidad o incapacidad de gestar de la mujer sola o en pareja ocasionada por causas genéticas, de enfermedad o edad o el deseo de paternidad de hombres solos o de parejas homosexuales de hombres que, no se olvide, pueden constituir un matrimonio y tienen derecho a la paternidad tras la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio.

Los intereses concurrentes necesitados de protección jurídica son tres: el de los citados menores; el de las mujeres que se prestan a esta técnica de reproducción, renunciando a sus derechos como madres; y, por último, el de los denominados padres intencionales. Por ello, ante la loable y legítima aspiración de la maternidad o la paternidad, se presenta el derecho a la asistencia sanitaria, que debe estar priorizado y por encima, a mi juicio, de la futura regulación legal. El reto jurídico al que nos enfrentamos es considerable y al legislador le exigimos un punto de esfuerzo y valentía frente al derecho a la asistencia sanitaria porque, en caso contrario, el problema perdurará.

PALABRAS CLAVE

Maternidad subrogada, asistencia sanitaria.

1. INTRODUCCIÓN

El concepto de salud reproductiva es uno de los hitos de la historia social del siglo veinte. Se desarrolló como resultado de la experiencia durante las décadas de 1970 y 1980, Y adquirió validez universal con el consenso de la Conferencia Internacional de Población y Desarrollo de 1994. Ésta consideraba la salud reproductiva como un estado general de bienestar físico, mental y social y no de mera ausencia de enfermedades o dolencias, en todos los aspectos relacionados con el sistema reproductivo y sus funciones y procesos¹. En consecuencia, la salud reproductiva entraña la contingencia de disfrutar de una vida sexual satisfactoria, sin riesgos, con capacidad para procrear y con libertad para decidir hacerlo o no hacerlo, cuándo y con qué frecuencia».

La gran diferencia entre las mujeres de los países ricos y las mujeres de los países pobres radica en su nivel de salud reproductiva. La salud reproductiva -un componente importante del 'estado de bienestar físico, mental y social que define la salud- está en peligro cuando las mujeres carecen de la facultad para decidir sobre su reproducción² y otros objetivos de la vida. Tal como puede observarse la 'falta de poder de las mujeres es un riesgo serio para la salud'. La amenaza para la salud reproductiva de las mujeres proviene de múltiples opresiones y de la negación de oportunidades y de opciones en sus familias, comunidades, culturas y sistemas de política nacional.

Aliviar esta carga se ha convertido en un compromiso de derechos humanos, tanto para los sistemas legales como para los sistemas de práctica ética. El énfasis se ha puesto sobre las circunstancias en las cuales los recursos son limitados y los proveedores de servicios cuentan con poco apoyo.

Sin embargo, la más popular es vientre de alquiler porque reúne en un solo término dos connotaciones: la biológica y la económica. Por partes: se llama vientre de alquiler al útero que ofrece voluntariamente una mujer para gestar en él un embrión ajeno fecundado in vitro³. La mujer cuyo útero ha sido contratado en alquiler recibe una compensación económica, no sólo en concepto de renta sino también para satisfacer los

gastos del médico, la clínica y los distintos avatares de la gestación. Alquilar un vientre es una forma vicaria de vivir la maternidad, con su mística correspondiente. Cuando el vientre alquilado se queja, ellos empiezan a sentir las contracciones.

En este trabajo no se conocen las soluciones definitivas, y en cambio si del proceso de determinar la forma de analizar los componentes médicos, éticos, jurídicos y de derechos humanos en la concurrencia y configuración del derecho a la asistencia sanitaria. Si aclaramos un poco los conceptos, el diccionario de la Real Academia Española establece que maternidad proviene de materno y significa «estado o cualidad de madre», y subrogar implica sustituir o poner a alguien o algo en lugar de otra persona o cosa. Por tanto, y en referencia a la maternidad subrogada, y según la definición del Informe Warnock, en 1984, consiste en la situación en la que «una mujer gesta o lleva en su vientre a un niño para otra mujer, con la intención de entregárselo después de que nazca»⁴.

1.1 Los supuestos

Podemos contemplar diferentes situaciones, ya sea mediante la fecundación homóloga o mediante la fecundación "heteróloga", dependiendo de dónde provengan tanto el óvulo como el espermatozoide. La primera es la que se genera cuando una mujer puede generar óvulos y su pareja aportar espermatozoides, pero bien por deficiencia uterina o física le resulta imposible gestar, y de esta forma busca el complemento en otra mujer que «preste su útero», convirtiéndose esta última en madre portadora. Otra situación es si la mujer no puede generar óvulos ni puede gestar y busca a otra mujer para que cumpla ambas funciones, considerando a esta última como madre sustituta, porque ha de aportar óvulos y útero, mientras que el progenitor aporta los espermatozoides. Y una tercera suposición es el caso de una pareja infértil, es decir, la mujer que no genera óvulos ni puede gestar, y el hombre que es infértil, recurriéndose entonces a un donante de esperma y a una mujer que permita ser fecundada de forma artificial y terminar así el proceso de gestación. Este contexto se denomina *embrio-donación*, y puede darse el caso de la intervención de personas en el proceso de gestación: los óvulos de una mujer, el útero de otra y los espermatozoides de un tercero.

1 Rebar R.W., Erickson G.F., "Reproductive endocrinology and infertility", *Cecil Medicine*, 24th ed., pp. 244.

2 Camargo, B., "Técnicas de reproducción humana asistida, maternidad subrogada y derecho de familia", *Revista Republicana* n° 6, 2009, pp. 15-30.

3 Arteta Acosta C., "Maternidad subrogada" *Rev. Cienc Biomed*, n°2, 2011, pp. 91-97.

4 Warnock, M. *A Question of Life. The Warnock Report on Human Fertilisation and Embryology* Blackwell, 1985, pp. 80-86.

Pero la realidad va mucho más allá, ya que al mismo tiempo, y con el deseo de ser padres, estos tratamientos se aplican no solamente a mujeres solteras, matrimonios y parejas heterosexuales, sino también a parejas homosexuales.

En cuanto a la denominación, también existe variedad, ya que la «maternidad subrogada» recibe y es conocida con diferentes sobrenombres, como «gestación por sustitución», «alquiler de útero», «vientres de alquiler» o «madres suplentes». Haciendo un poco de historia, se considera que fue en el año 1976, en Estados Unidos, cuando se concretó el primer acuerdo de maternidad subrogada, a través de una inseminación artificial, financiada por el abogado Noel Keane, que fue quien creó el Surrogate Family Service Inc.

2. REGULACIÓN LEGAL EN ESPAÑA: UNA CARENCIA

De entrada, y como se puede apreciar, este tema no resulta nada claro y plantea múltiples cuestiones legales. A este respecto, la legislación de referencia es muy variable según los diferentes países. En España se establecen determinadas técnicas de reproducción humana asistida, pero en concreto la maternidad subrogada es una práctica legalmente prohibida, al contrario de lo que ocurre en otros países, en los que es fomentada de forma absoluta —por ejemplo, en India, Ucrania, Suecia o Rusia— o bien está regulada de forma específica y para determinadas situaciones.

En nuestra Constitución (CE), el artículo 10.1 proclama la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad, que puede servirnos de enlace con la procreación, entendiendo este principio constitucional como la autonomía de la persona para elegir libremente y responsablemente entre las opciones vitales, la que sea más acorde con sus preferencias. La dignidad es “única, universal, anónima y abstracta, por lo que prescinde de las determinaciones (cuna, sexo, patria, religión, cultura o raza) en las que se fundaban el surtido variado de las antiguas dignidades. Es, en fin, una dignidad cosmopolita, la misma por igual para todos los hombres y mujeres del planeta”⁵.

Como decimos en la legislación española no existe un marco jurídico legal sobre la «maternidad subrogada», y ni siquiera en los momentos actuales

⁵ Gomá Lanzón, J. “¿Qué es la dignidad?”, El País 30 de julio de 2016.

se ha contemplado su debate, aunque existen diferentes iniciativas populares encaminadas a que se tenga en cuenta la posibilidad de legalizar determinados tratamientos, como la selección de sexo o la subrogación uterina. Actualmente la normativa parece clara, como establece la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida. Así, podemos leer en su artículo 10, sobre Gestación por sustitución, que: 1. Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero.

La ley descarta lo que se denomina vientre de alquiler o madre subrogada, ya que la filiación queda determinada por el parto; incluso sin la existencia de dicha norma el contrato sería nulo por ilicitud de causa y razón de su objeto, al considerarse fuera del comercio de los hombres la capacidad de gestar⁶.

Desde el punto de vista penal, el Código Penal establece en su artículo 221: 1. «Los que, mediando compensación económica, entreguen a otra persona un hijo, descendiente o cualquier menor aunque no concurra relación de filiación o parentesco, eludiendo los procedimientos legales de la guarda, acogimiento o adopción, con la finalidad de establecer una relación análoga a la de filiación, serán castigados con las penas de prisión de uno a 5 años y de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de la patria potestad, tutela, curatela o guarda por tiempo de 4 a 10 años. 2. Con la misma pena serán castigados la persona que lo reciba y el intermediario, aunque la entrega del menor se hubiese efectuado en país extranjero».

Por su parte, el Código Civil, y referido a la adopción, indica en el artículo 177.2.2 que «el asentimiento de la madre no podrá prestarse hasta que hayan transcurrido 30 días desde el parto», es decir que aunque se pretendiera difuminar la gestación por sustitución como si fuera un tipo de adopción, nunca sería legal pactar la entrega del recién nacido antes de dar a luz mientras el Código Civil⁷ señale el plazo de un mes tras el parto⁸.

⁶ Díaz Romero M.R., “La gestación por sustitución en nuestro ordenamiento jurídico” Diario La Ley nº 31, 2010, pp. 1-15.

⁷ Casado Blanco M., “Reflexiones legales y éticas en torno a la maternidad subrogada, Legal and ethical reflections concerning the surrogate motherhood”, *Revista de medicina legal*, Vol. 40. nº. 2. Abril - Junio 2014.

⁸ Pérez Vaquero C., “La jurisprudencia del TEDH sobre maternidad subrogada [vientres de alquiler]”, 2015 <http://archivodeinalbis.blogspot.com.es/2015/07/la-jurisprudencia-del-tedh-sobre.html>

Por otra parte, surge la defensa del principio de autonomía y el mantenimiento que sólo obliga lo estrictamente convenido por las partes y presente en el clausulado contractual o en las disposiciones de carácter supletorio que, en cada caso, resulten aplicables; sin embargo, esto ha traído que los actos precontractuales puedan considerarse como actos vinculantes del infravalorado art. 1258 del CC.

Aunque ha quedado indicado, el contrato de gestación por sustitución es nulo en nuestro ordenamiento jurídico, pero sí está permitida la inscripción registral, en nuestro Registro Civil, de la filiación derivada de un convenio de maternidad subrogada realizado por españoles en países en que está legalmente permitido, y reconoce efectos legales a la renuncia de filiación de la madre gestante⁹. Así lo establece la Instrucción de 5 de octubre de 2010, de la Dirección General de los Registros y del Notariado¹⁵, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución.

3. ASPECTOS Y DILEMAS ÉTICOS

Desde el punto de vista ético, el rápido desarrollo de las nuevas técnicas de reproducción crea muchas dudas que competen a la naturaleza moral y plantean a la conciencia interrogantes que giran en torno a si todo lo que técnicamente es posible realizar es igualmente aceptable desde el punto de vista ético.

No es posible olvidar el hecho de que para percibir la categoría moral de la vida biológica humana es necesario reconocer la importancia que tiene esa vida para las personas como agentes morales. Dando respuesta, Sánchez Abad y López Moratalla afirman que los valores propios de la Medicina son capaces de guiar la actividad profesional dirigida a la atención del enfermo como persona, sin que se deshumanice por el sometimiento ciego al progreso tecnológico¹⁰.

La maternidad subrogada es rechazada actualmente en muchos países, por considerarse moralmente inaceptable, entre otras cuestiones por la fuerte carga utilitarista que conlleva, por el ánimo de lucro que puede motivarla y porque sería como una especie de compra-venta oculta de recién nacidos o

una incitación a su tráfico comercial, lo cual consideramos como algo totalmente inadmisibile¹¹.

A este respecto podemos plantear que quienes procrean, moralmente deben ser los primeros en poder determinar efectivamente su utilización. Son, en definitiva, el padre y la madre biológica que lo han concebido los que han de poseer una forma especial de propiedad, aunque otras personas puedan entablar una relación con estos padres por medio de acuerdos específicos por los que transfieran sus derechos, tratando de transformar a ese «padre» y «madre» en términos totalmente ambiguos.

Bien es cierto que en nuestro país, dado que no existe una regulación legal del tema, parece como si no hubiese dilemas éticos respecto al mismo, pero aunque no exista tal regulación, el dilema o conflicto ético existe, ya que la «maternidad subrogada» hay que entenderla como un acto moral, pues se encuentra bajo control humano y, por tanto, adquiere carga ética.

Y como todo acto de este tipo, será calificado como bueno o malo, según las interpretaciones tanto individuales o colectivas que se den, lo que implica necesariamente que frente a este asunto puede haber diferentes alternativas o posturas. En el abordaje de un conflicto ético como este cabe solamente el planteamiento de la reflexión racional, el diálogo respetuoso de la pluralidad y la multiplicidad de creencias.

En Ética, como disciplina práctica, no podemos adoptar posiciones radicales ni extremas, pues como bien indicó Aristóteles, la solución más prudente suele estar en el medio. La ética sería la reflexión sobre las razones que convierten en válidos a los comportamientos.

La perspectiva ética es diferente de la legal o jurídica, aunque no por ello no están relacionadas entre sí. Si tuviéramos que adoptar una posición, nuestro enfoque sería muy matizable con respecto a la maternidad subrogada¹². Pero resulta que no puede haber una única posición, ya que existe una importante variabilidad de presentaciones, lo que hace que sea muy difícil poder analizar todos los potenciales contextos en donde la maternidad subrogada se pueda dar¹³. Son muchísimas las variables a tener en cuenta,

⁹ Moreno Pueyo, J.M., “Maternidad subrogada y prescripción de maternidad”, *Revista del Ministerio de empleo y Seguridad Social*, 2015.

¹⁰ Sánchez Abad J., López Moratalla, N, “Carencias de la comunicación biológica en las técnicas de reproducción asistida”, *Cuad Bioét* XX, 3 (2009), pp. 339-355

¹¹ Casado Blanco M., *op.cit.*

¹² López Guzmán J., Aparisi Miralles A., “Aproximación a la problemática ética y jurídica de la maternidad subrogada”, *Cuad Bioet*, 78, 2012, pp. 253-267

¹³ Junquera Estéfani, R. *Reproducción asistida, filosofía ética y filosofía jurídica*, Editorial Tecnos, Madrid, 1998, pp.27 ss.

basadas en la variabilidad de circunstancias clínicas y de valores de las personas, a las que añadir otras como la edad de la madre subrogada, la identidad de género, la ayuda económica, la explotación de las mujeres, el derecho de las mujeres a utilizar su cuerpo libremente, e incluso el derecho de los recién nacidos; de ahí que la decisión que adoptemos deba ser variable.

A este respecto, el Código de Deontología Médica establece en su artículo 56 que: 1. «Las técnicas de reproducción asistida solo estarán indicadas como métodos para resolver la infertilidad de la pareja una vez agotados los procedimientos naturales. El médico no debería promover la procreación artificial en mujeres que hayan alcanzado la menopausia natural, y en todo caso después de los 55 años».

Por ello, es necesaria la resolución de los dilemas que se pueden plantear, a fin de evitar consecuencias indeseables, y teniendo en cuenta que no se pueden resolver exclusivamente en base a posicionamientos teleológicos o deontológicos, sino basados en aquello que clásicamente se denominaba «de la responsabilidad».

Así esta necesidad relativa a que la ley tome cartas en el asunto, obviando toda violación de la integridad e intangibilidad personal, es lo que nos exige a pasar, en este campo como en otros tantos, de la Ética al Derecho¹⁴. Ahora bien, hay que tener en cuenta que tomar una postura excesivamente restrictiva supone frenar todo intento de convertirla en un camino difícil, lento y tortuoso. La protección jurídica, a mi juicio, debe defender la dignidad de la persona y los derechos a que da lugar evitando un frenazo, en la medida de lo posible.

El problema sería si no puede mediar precio alguno, por sí una compensación por los costes del embarazo, incluidos los laborales. La cuestión de la compensación económica es la prueba del modelo de gestación altruista. Esto exige tener la situación económica resuelta, lo que descarta en principio que se haga por necesidad, pero no descarta que se haga por dinero. Sutil diferencia, dado que cabe la oportunidad de que bajo la figura de una gestación altruista se instaure un sistema que en realidad los sea. La compensación económica resarcitoria sólo podría cubrir los gastos estrictamente derivados de las molestias físicas, los de desplazamiento y los laborales, y el lucro cesante inherentes a la gestación, y proporcionar a la mujer gestante las condiciones idóneas durante los estudios y tratamiento pre-gestacional, la gestación y el post-parto. En nuestro sistema sanitario, las

mujeres cuentan con un sistema público que ofrece altos niveles de atención y seguridad sin coste adicional alguno sin coste adicional alguno.

En este contexto, otra interrogación posible es que en una regulación no se permita que entre la gestante y los futuros padres existan una relación familiar próxima, si de los que se trata es de favorecer el altruismo. ¿Por qué no se puede gestar, por, ejemplo, para un hermano o una hermana que han quedado estériles a causa de una quimioterapia? ¿Cuál es la lógica de una posible restricción?

¿Puede exigirse que la gestante tenga más de 25 años, haya tenido antes hijos sanos y solo pueda gestar dos veces para otros? Estos requisitos parecen proteger a la mujer, pero sobre todo protegen a los padres de intención, a los que garantiza un determinado perfil de gestante. No debemos llamarnos a engaño. En un sistema verdaderamente altruista, que no encierre la trampa de un modelo de pago encubierto, no es fácil encontrar una mujer dispuesta a gestar, y más si se excluye el círculo familiar.

4. LOS DESAFÍOS LEGALES

Los desafíos legales que plantea la gestación subrogada -modalidad de reproducción legalizada en otros países y conocida coloquialmente como vientre de alquiler En este trabajo, habrá que intentar clarificar el recorrido jurisprudencial, sobre las prestaciones de la Seguridad Social, para justificar la generalización del derecho público a la asistencia sanitaria a los sujetos intervinientes en este proceso reproductivo.

La doctrina, analizando la posición de los órganos judiciales sobre la posibilidad de acceso a las prestaciones de Seguridad Social por maternidad, en los supuestos de gestación por sustitución, indicaba que habría que esperar al pronunciamiento del Tribunal Supremo que, por la vía de los recursos procedentes, procediese a la unificación de criterios contradictorios, en orden a la cobertura de la Seguridad Social en favor de las personas comitentes del denominado «contrato de gestación subrogada» (o de «vientre de alquiler», como también se denomina), de modo que a las mismas se les pudiesen reconocer las prestaciones que el ordenamiento socio-laboral prevé para los casos de maternidad/paternidad.

Esta unificación de criterios se ha logrado a través de las sentencias del Pleno de la Sala 4ª del Tribunal

Supremo, de 25 de octubre y de 16 de noviembre, ambas de 2016 (RCUD 3818/2015 y 3146/2014, respectivamente), mediante las que, descartándose por una de las «posiciones en cuestión», y con base en la especial protección del menor que se inserta en la nueva familia.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia Balear [(TSJB) nº 34/2017] reconoce el derecho del padre biológico de un menor que nació en 2013 mediante esta técnica en el estado de Illinois, en Estados Unidos, a percibir la prestación por maternidad. Una retribución que, tras haber disfrutado del permiso paternal que sí le concedió su empresa, le fue denegada por el Instituto Nacional de la Seguridad Social en marzo de 2014 argumentando que «el supuesto planteado no tiene encaje en ninguna de las situaciones protegidas por la prestación de maternidad, que son parto, adopción o acogimiento». El Estado también alegó que la Ley General de la Seguridad Social sobre técnicas de reproducción asistida no permite el contrato de gestación a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor de otra persona.

Ahora el TSJB ha confirmado esa, avalando el derecho que asiste a este padre residente en las Islas y que trabaja en el sector de la aviación civil a cobrar la prestación por maternidad -en este caso de 1.199 euros. Sin marco legal.

La sentencia del Tribunal Superior admitió que se trata de una cuestión muy compleja, pero reconoció este derecho. Para ello, ha invocado una sentencia del Tribunal Supremo, 25 de octubre de 2016, que en un caso similar determinaba que, aunque una ley civil haga nulos los contratos de maternidad por subrogación en España, ello no elimina la situación de necesidad surgida por el nacimiento del menor y su inserción en el núcleo familiar. Sostiene que “existiendo una verdadera integración del menor en el núcleo familiar del padre subrogado, las prestaciones asociadas a la maternidad han de satisfacerse”.

En la sentencia, el TSJ Balear remarca que se trataba de un contrato de maternidad por subrogación que es nulo, pero que “ha desplegado sus efectos”, como en el caso actual. La citada sentencia del Tribunal Supremo no apreció entonces conducta fraudulenta, abuso de derecho u obtención ilícita de prestaciones y recalca que la madre biológica “permanece deliberadamente ajena al núcleo familiar”.

Es decir, por un lado, el trabajador alegaba que el interés protegido no sólo es el cuidado de la madre y su recuperación, sino también la etapa inicial de la vida familiar y laboral. Mientras, la otra parte señalaba que no se cuestiona la filiación del menor ni su derecho a integrarse en una familia, sino que se discrepa sobre los requisitos para acceder a la prestación por maternidad.

En este sentido, la Seguridad Social aseguraba que la prestación no se podía reconocer a quien no ha sido padre con arreglo a la ley española, puesto que en España no se permite la gestación subrogada. Concretamente, el artículo 10 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida establece que 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 tercero es nulo de pleno derecho.

Según dicha sentencia, aunque las normas hablen de prestación de maternidad, «no están reservándola para la madre biológica», sino que incluyen «a la persona que asume la progenitura biológica (padre y madre) o una función similar (adoptante y acogedora)». A pesar de las lagunas legales y la inexistencia de un marco jurídico que regule esta situación, el Supremo concluyó que «los problemas sobre constancia registral del progenitor biológico no deben privar al menor de la atención, bienestar y cuidado que su persona merece y que constituye un elemento prioritario de la prestación por maternidad en nuestra legislación». Para el Supremo, «que una Ley Civil prescriba la nulidad del contrato de maternidad por subrogación no elimina la situación de necesidad surgida por el nacimiento del menor» y la Seguridad Social tiene que velar «porque no se vean mermados sus derechos».

El Tribunal Supremo (STS, 25 de octubre de 2016) había dado la razón a los solicitantes de tales prestaciones, pues ha estimado que ha de hacerse una interpretación integradora de las normas aplicadas, contempladas a la luz de la jurisprudencia del TEDH y de diversos preceptos constitucionales, legales y reglamentarios.

En el caso del varón, se recuerda que las prestaciones por maternidad también cubren supuestos de adopción o acogimiento, que la madre puede transferir al padre una parte de ellas y que, en ciertos casos, cuando la madre biológica no puede disfrutarlas (muerte, ausencia de protección) se transfieren al padre, como debe hacerse en esta ocasión¹⁴.

¹⁴ Weber M., *El político y el científico*, Alianza, 1972, pp. 163-165

El Tribunal Supremo también advierte que no se aprecia conducta fraudulenta, que la atención a los menores es el punto de vista predominante cuando se trata de prestaciones de Seguridad Social, que las prohibiciones sobre inscripción registral o sobre el propio contrato de maternidad por sustitución quedan al margen del problema y que no se está creando una prestación de Seguridad Social, sino interpretando las exigencias de las actuales conforme a las exigencias del ordenamiento jurídico.

En TS en la Sala de lo Social, de 16 de noviembre de 2016, sentencia número 953/2016, reconoce: la nulidad de pleno derecho del contrato de gestación por sustitución, establecida en el artículo 10 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, no supone que al menor que nace en esas circunstancias se le priven de determinados derechos. Hay que distinguir dos planos perfectamente diferenciados, a saber, el atinente al contrato de gestación por sustitución y su nulidad legalmente establecida y la situación del menor, al que no puede perjudicar la nulidad del contrato.

Anteriormente, el artículo 8 del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, interpretado por el TEDH, en las sentencias de 26 de junio de 2014, *Menesson y Labassee contra Francia*, --si bien no se refiere a las prestaciones por maternidad-- expresamente toma en consideración, para examinar la cuestión referente a la negativa de Francia a la inscripción en el Registro Civil de los menores, el interés superior del menor cuyo respeto ha de guiar cualquier decisión que les afecte.

Ahora bien, tal y como señala la Sala Primera del Tribunal Supremo en la sentencia de 6 de febrero de 2014, casación 245/2012, “la cláusula general del interés superior del menor, contenida en la legislación, no permite al juez alcanzar cualquier resultado en la aplicación de la misma, dicho principio ha de servir para la interpretación de las normas ahora examinadas referentes a la protección de la maternidad. El menor forma un núcleo familiar con los padres que debe protegerse, y la denegación de la prestación conllevaría una discriminación en el trato dispensado a éste por razón de su filiación.

Nos recuerda la precitada sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014, recurso 245/2012: «El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, al interpretar el art. 8 del Convenio, ha considerado que allí donde está establecida la existencia de una relación de familia con un

niño, el Estado debe actuar con el fin de permitir que este vínculo se desarrolle (sentencias de 28 de junio de 2007, caso *Wagner* y otro contra Luxemburgo, y de 4 de octubre de 2012, caso *Harroudj* contra Francia)”. Pero de acuerdo con la jurisprudencia de este Tribunal y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, si tal núcleo familiar existe actualmente, si los menores tienen relaciones familiares “de facto” con los recurrentes. El menor nacido tras un contrato de gestación por subrogación, no puede tener una discriminación en el trato dispensado a éste, por razón de su filiación, contraviniendo lo establecido en los artículos 14 y 39.2 de la Constitución, disponiendo este último precepto que los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales estos ante la ley, con independencia de su filiación.

Tanto el artículo 48.4 del Estatuto de los Trabajadores como los referentes a la protección que se dispensa en las normas de Seguridad Social a las situaciones reguladas en el precepto estatutario, en especial los artículos 133 bis (actual artículo 177) y 133 ter (actual artículo 178) forman parte del desarrollo del mandato constitucional -artículo 39 de la Constitución- que establece la protección a la familia y a la infancia, finalidad que ha de prevalecer y servir de orientación para la solución de cualquier duda interpretativa. A pesar de cualquier dificultad orientativa, la regulación positiva debe intentar, a mi juicio, intentar aplicar los principios éticos antes que la normativa¹⁵.

Está fuera de toda duda que el reconocimiento del derecho al descanso y prestación por maternidad entraña un adecuado cumplimiento del mandato constitucional de protección a la familia y a la infancia. En palabras de la STJUE de 18 de marzo de 2014, C-167/12 “evitando que la acumulación de cargas que deriva del ejercicio simultáneo de una actividad profesional perturbe dichas relaciones”.

En el supuesto de maternidad por subrogación se producen también las especiales relaciones entre la madre y el hijo, durante el periodo posterior al nacimiento del menor, por lo que han de ser debidamente protegidas, en la misma forma que lo son los supuestos contemplados en el artículo 133 bis de la LGSS, maternidad, adopción y acogimiento¹⁶.

15 Gracia, D, “La deliberación moral: el método de la ética clínica”, *Med Clin (Barc)*, 117, 2001, pp. 18-23.

16 Selma Penalva A., “Vientres de alquiler y prestación por maternidad”, *Revista Doctrinal Aranzadi*, nº 9 de 2013, p. 11.

El artículo 2.2 del RD 295/2009 de 6 de marzo, por el que se regulan las prestaciones económicas de la Seguridad Social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural dispone que se consideran jurídicamente equiparables a la adopción y al acogimiento preadoptivo, permanente o simple, aquellas instituciones jurídicas declaradas por resoluciones judiciales o administrativas extranjeras, cuya finalidad y efectos jurídicos sean los previstos para la adopción y el acogimiento preadoptivo, permanente o simple, cuya duración no sea inferior a un año, cualquiera que sea su denominación.

Empero, el hecho de que un empleador deniegue un permiso de maternidad a una madre subrogante que haya tenido un hijo gracias a un convenio de gestación por sustitución, no constituye una discriminación basada en el sexo contraria al artículo 14 de la Directiva 2006/54 CE del Parlamento Europeo.

A mayor abundamiento correspondiente al asunto identificado como C-362/12 resuelve que la Directiva 2006/54/ CE del Parlamento Europeo y del Consejo, en particular sus artículos 4 y 14 debe interpretarse en el sentido de que no constituye una discriminación basada en el sexo en su calidad de madre subrogante, que ha tenido un hijo gracias a un convenio de gestación por sustitución¹⁷.

La interpretación integradora (Directiva 2000/78/ CE del Consejo) de las normas a que antes hemos hecho referencia, contempladas a la luz de la sentencia del TEDH de 26 de junio de 2014, en la aplicación del artículo 8 del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, invoca el interés superior del menor cuyo respeto ha de guiar cualquier decisión que les afecte, del artículo 14 y 39.2 de la Constitución.”

Las Sentencia del TSJ del País Vasco de 13 de mayo de 2014 y del TSJ Cataluña de 15 de septiembre de 2015, Ambas sentencias reconocieron a los solicitantes el derecho a la prestación solicitada y son objeto de los recursos de casación para la unificación de doctrina resueltos por el TS. En relación con la citada sentencia del TSJ Cataluña, Flores Rodríguez en el que se señala “En el contrato de gestación por sustitución, una mujer consiente en prestar su útero para

la gestación del niño, con aportación o no de su material genético reproductor (óvulo), que queda concebido a partir de los gametos de uno de los miembros de la pareja (padre biológico) o de un donante”¹⁸.

Y el problema en relación con esta figura radica, según el mismo profesor “en que en nuestro ordenamiento jurídico existe una prohibición de orden público en el artículo 10 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción asistida, del contrato de gestación por sustitución, discutiéndose si las consecuencias de la nulidad de pleno derecho de este contrato debe extenderse a todos sus efectos”.

Ahora bien, tras un análisis de los antecedentes de sus propias sentencias y de los pronunciamientos del TJUE y del TEDH, habría que hacer una extensión al derecho a la asistencia sanitaria, así como de la normativa nacional e internacional aplicable al caso, la petición de los padres comitentes en los supuestos enjuiciados debe ser atendida, de modo que los mismos puedan tener acceso a las correspondientes prestaciones de maternidad, fundamentando su resolución en los motivos que se reflejan en los apartados siguientes:

1. La nulidad de pleno derecho del contrato de gestación por sustitución no puede suponer que al menor nacido se le prive de derechos.

El T. Supremo diferencia entre la nulidad el contrato de gestación, establecida en el ordenamiento jurídico español, y la situación en que se encuentra el menor nacido, cuyos derechos no pueden verse perjudicados por la mencionada nulidad.

2. El superior interés del menor, principio básico de aplicación en la solución de cualquier decisión que les afecte, así como la potenciación de los vínculos familiares.

Desde un punto, a mi juicio contradictorio, y en relación con este tema de los derechos reconocidos a las madres que han tenido hijos a través de la práctica de la maternidad subrogada, cabe recordar también la postura del TJUE, cuya sentencia de fecha 18 de marzo de 2014 (asunto C-167/12), se estableció que los Estados miembros no están obligados a otorgar un permiso de maternidad a una trabajadora que ha tenido un hijo gracias a un vientre de alquiler (o gestación por sustitución), incluso cuando la mujer puede amamantar a ese niño o lo amamanta efectivamente.

17 Hernández Rodríguez, A., “Determinación de la filiación de los nacidos en el extranjero mediante gestación por sustitución: ¿hacia una nueva regulación legal en España?*, *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Octubre 2014), Vol. 6, N° 2, 2014, pp. 147-174

18 Flores Rodríguez, J. “Vientres de alquiler, más cerca de su reconocimiento legal en Europa”,. Wolkers Kluwer, *La Ley*, 2014. Disponible en <http://tinyurl.com/ycjorpwk>

5. EL DERECHO A LA ASISTENCIA SANITARIA PARA LOS CASOS DE LA MATERNIDAD SUBROGADA: EL CASO DE LA MADRE BIOLÓGICA Y EL MENOR

En todo caso, centrándonos en el objeto del trabajo, el reconocimiento de las directrices establecidas por el derecho a la asistencia sanitaria debe partir de la necesidad de salvaguardar el bien de los sujetos intervinientes aplicando los dos principios delimitadores: defensa de su dignidad personal y sus derechos. Las normas jurídicas, que componen el derecho a la asistencia sanitaria, deben dirigir su protección, primero, hacia el hijo, siendo el más necesitado de la misma. Posteriormente deben contemplar el bien de los progenitores, dejando en último lugar a los profesionales sanitarios. La función que debe cumplir las normas serían la de proveer al hijo de todas circunstancias que le permitan su desarrollo óptimo.

En todo caso, la maternidad subrogada es una modalidad más de reproducción asistida que permite un comentario ético particular debido a la complejidad moral, legal y social de la práctica. En referencia a una madre gestante, maternidad subrogada, extranjera, ¿tiene derecho a la asistencia sanitaria? ¿Con lo anterior se quiere decir que proteger una situación de necesidad, sin más, justifica el reconocimiento de la prestación sanitaria? ¿Cuál es su delimitación?

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 poderes públicos organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios. Asimismo, determina que la ley establecerá los derechos y deberes relativos a la protección de la salud. En desarrollo de la previsión constitucional y al amparo de la competencia que el artículo 149.1.16 de la Constitución atribuye al Estado para establecer las bases y la coordinación general de sanidad, se dicta la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, norma de carácter básico, y la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica. Por otro lado, es verificable, el Real Decreto Ley 16/2012, de 20 de abril, que añade un tercer artículo, Asistencia sanitaria en situaciones especiales, a la Ley 16/2003, de 28 de mayo, que establece que

los extranjeros no registrados y no autorizados como residentes en España recibirán asistencia pública en caso de embarazo, parto y postparto y en caso de menores de 18 años, con la misma extensión que la que tienen reconocida las personas que ostentan la condición de aseguradas.

Es, sin embargo, el Real Decreto 1192/2012, de 3 de agosto, por el que se regula la condición de asegurado y beneficiario a los efectos de asistencia sanitaria en España, con cargo a fondos públicos, a través del SNS, el cual recoge, en sus disposiciones adicionales tercera, cuarta y quinta, el acceso a la cobertura de asistencia sanitaria a través de la suscripción de un convenio especial mediante el pago de la correspondiente contraprestación, la prestación de asistencia sanitaria para los solicitantes de protección internacional y para las víctimas de trata de seres humanos, con la extensión prevista en la cartera común básica de servicios asistenciales del sistema nacional de salud.

En relación con los extranjeros no registrados ni autorizados como residentes en España, el artículo 3 ter de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, establece que recibirán asistencia sanitaria en situaciones de urgencia por enfermedad grave o accidente, cualquiera que sea su causa, hasta la situación de alta médica. En dichas situaciones estas personas tienen la garantía de recibir asistencia sanitaria si la requieren, y nadie puede dejar de ser atendido por la sanidad pública.

Por otra parte, de acuerdo con la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública, las prestaciones sanitarias de salud pública en el sistema nacional de salud incluyen acciones preventivas, asistenciales, de seguimiento y control de situaciones dirigidas a preservar la salud pública de la población, así como evitar los riesgos asociados a situaciones de alerta y emergencia sanitaria. Las competencias y actuaciones en materia de salud pública corresponden a las comunidades autónomas, quienes las ejercen independientemente del dispositivo de asistencia sanitaria y que se dirigen a toda la población sin distinción de su acceso al sistema sanitario asistencial.

Pero, además, generó problemas de interpretación y permitió actitudes excluyentes o la exigencia de requisitos adicionales no previstos en la norma en algunos centros sanitarios. La prueba de que las cosas no estaban claras es que el propio Gobierno incluyó en el RD 576/2013¹⁹ (por el que se regulaba el conve-

19 Real Decreto 576/2013, de 26 de julio, por el que se establecen los requisitos básicos del convenio especial de pres-

nio especial de prestación sanitaria) una Disposición Final que aclaraba la atención a menores y a mujeres embarazadas: «Disposición adicional octava. Asistencia sanitaria pública en supuestos especiales.

Las mujeres extranjeras embarazadas no registradas ni autorizadas como residentes en España a las que se refiere el artículo 3 ter de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, tendrán derecho a que el Sistema Nacional de Salud les proporcione la asistencia al embarazo, parto y postparto con la misma extensión reconocida a las personas que ostentan la condición de aseguradas, siendo el tipo de aportación de la usuaria para las prestaciones de la cartera de servicios del Sistema Nacional de Salud que la exijan el correspondiente a los asegurados en activo.»

Aun así, los ejemplos de exclusión y los problemas generados en los centros sanitarios han continuado produciéndose. La falta de los documentos acreditativos que dan derecho a la asistencia sanitaria impide acreditar el derecho a la asistencia. En caso de no disponer de la documentación acreditativa, debe dirigirse a la dirección provincial del INSS correspondiente para que le gestionen la acreditación, mediante la tramitación de la documentación necesaria desde su país de origen.

Los pacientes que necesiten atención urgente y no tengan el documento acreditativo serán atendidos en los servicios de urgencias de los centros públicos. En estos casos el servicio de administración del hospital exigirá el pago del importe de los servicios que se hayan prestado. Si fuese necesario el ingreso, el paciente o un familiar tendrán que firmar el compromiso de pago. Si en el momento del alta no se ha recibido el documento acreditativo, el paciente tendrá que abonar la totalidad de la factura.

Todo ello a pesar de que la atención en urgencias es obligada y no puede ser objeto de cobro por el hecho de que una persona carezca de la Tarjeta Sanitaria Individual; toda mujer tendrá los derechos recogidos en los apartados siguientes en relación con la gestación, el parto y el postparto.

Ahora bien, se reconoce, a mi juicio de facto, a la mujer los siguientes derechos previos al embarazo y durante la gestación: a) Derechos relacionados con

tación de asistencia sanitaria a personas que no tengan la condición de aseguradas ni de beneficiarias del Sistema Nacional de Salud y se modifica el Real Decreto 1192/2012, de 3 de agosto, por el que se regula la condición de asegurado y de beneficiario a efectos de la asistencia sanitaria en España, con cargo a fondos públicos, a través del Sistema Nacional de Salud.

la asistencia sanitaria; b) Derechos relacionados con el principio de autonomía; c) Derechos relacionados con la intimidad; d) Derechos relacionados con la información. e) Derechos relacionados con el principio de autonomía f) Derechos relacionados con la información.

5.1. La asistencia sanitaria y el menor

Al analizar la protección del menor²⁰, acordes con la ponderación de intereses en juego, el interés del menor, la continuidad de las relaciones privadas internacionales y la nueva función de cooperación que está llamado a desempeñar el Derecho internacional privado del Siglo XX., habrá que delimitar esta. La extensión de la protección llega a su asistencia sanitaria, no solo a las madres, La Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia (BOE de 23 de julio de 2015) introduce importantes modificaciones respecto a lo que hemos de entender por “interés superior del menor” como criterio rector en todas las actuaciones concernientes a los menores de edad²¹. En particular el art. de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero 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”. Estos criterios a su vez se han de ponderar teniendo en cuenta una serie de elementos generales, como la edad y madurez del menor conforme a los principios de necesidad y proporcionalidad.

Las transformaciones sociales y culturales operadas en nuestra sociedad han provocado un cambio en el estatus social del niño y como consecuencia de

20 Sobre el “interés superior del menor”, vid., ad ex., en Derecho español: Aguilar Benítez De Lugo, M., “La tutela y demás instituciones de protección del menor en Derecho internacional privado”, BIMJ, 1996, núm. 1766, pp. 7-30; Álvarez González A., “Art. 9.6”, en M. Albaladejo/S. Díaz Alabart (dirs.), Comentarios al Código civil y Compilaciones forales, 2ª ed., Madrid, 1995, pp. 259-282; A. Borrás Rodríguez, El interés del menor como factor de progreso y unificación del Derecho internacional privado, Barcelona, 1993 y RJC, 1994, pp. 919-970;

21 Gómez, A., “(Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección de la infancia y adolescencia, BOE de 23 de julio de 2015, y Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección de la infancia y adolescencia, BOE de 29 de julio de 2015)” *Redacción Wolters Kluwer*, disponible en [pdfs.wke.es/4/4/7/8/pd0000104478.pdf](https://www.wke.es/4/4/7/8/pd0000104478.pdf).

ello se ha dado un nuevo enfoque a la construcción del edificio de los derechos humanos de la infancia. Este enfoque reformula la estructura del derecho a la protección de la infancia vigente en España y en la mayoría de los países desarrollados desde finales del siglo XX, y consiste fundamentalmente en el reconocimiento pleno de la titularidad de derechos en los menores de edad y de una capacidad progresiva para ejercerlos. En esta línea, Flores Rodríguez declara que: “la relación existente entre el niño así gestado y los padres de intención constituye un vínculo familiar de hecho que, en interés del menor. Frente al interés del Estado en aras de proteger el rigor del orden público, de prohibir los efectos derivados de la gestación por sustitución en la filiación del menor, que sirve de fundamento al establecimiento de una relación de vida familiar, tal exclusión no termina de encontrar, en realidad, una suficiente justificación. En efecto, no podía afirmarse que tal exclusión constituía una medida que, en una sociedad democrática, resultaba necesaria para la seguridad nacional, ni para la seguridad pública, ni para el bienestar económico del país, ni para la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, ni para la protección de la salud o de la moral, ni para la protección de los derechos y las libertades de terceros”²².

Se completa así un nuevo entorno normativo que mejora el anteriormente existente y supone un paso adicional de gran importancia desde la perspectiva de los mecanismos de protección social dentro de un ámbito especialmente sensible y en el que ha de contarse con iniciativas y actuaciones desde las diferentes áreas para garantizar un marco de protección integral.

Las recientes modificaciones normativas que se han producido en el sistema de protección a la infancia y la adolescencia, con la aprobación de la precitada ley Orgánica de 2015 y Ley 26/2015, incorporan previsiones de gran interés desde el punto de vista sanitario en referencia a la Ley Orgánica 1/1996 de 15 de enero, de protección jurídica del menor. La minoría de edad es una etapa en la vida de una persona relativamente amplia, comparada con otras especies, y en la que existe una gran dependencia. En el ámbito jurídico-civil, es de vital trascendencia la demarcación de esta fase de la vida²³.

Así en el Art. 17.9. -Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero (Deber de los servicios de salud y del personal sanitario de notificar situaciones de riesgo prenatal)- establece el deber tanto de los servicios de salud, así como del personal sanitario de notificar las situaciones de riesgo prenatal ante la Administración Pública competente, así como al Ministerio Fiscal. A estos efectos se entenderá por situación de riesgo prenatal, la falta de cuidado físico de la mujer gestante, o el consumo abusivo de sustancias con potencial adictivo, así como cualquier otra acción terapia de la mujer o de terceros tolerada por ésta, que perjudique el normal desarrollo o pueda provocar enfermedades, anomalías físicas, mentales o sensoriales al recién nacido²⁴. La consulta prenatal con el pediatra es poco frecuente a pesar de las ventajas para el médico, la familia y su hijo. Permite iniciar la relación médico-familia, obtener información médica para identificar posibles riesgos en la madre y en el recién nacido, brinda información a la familia acerca de la atención que tendrá el niño y, en caso de riesgos especiales, establecer un plan de acción con participación de los padres en las decisiones médicas. Además, permite el soporte emocional a la familia e iniciar la educación de los padres en los cuidados neonatales²⁵.

Estamos por tanto ante una novedad en la legislación estatal. No obstante conviene precisar que algunas leyes autonómicas sí recogían previsiones similares, como la Ley 1/2006 del 28 de febrero, de protección de menores de La Rioja – artículo 32.4- o el artículo 52.2 de la Ley 3/2005, 18 de febrero, de atención protección a la infancia la adolescencia en el País Vasco.1.3 Art. 17.10. En referencia las actuaciones en situación de riesgo, la negativa de los progenitores, tutores, guardadores o acogedores a prestar el consentimiento respecto de los tratamientos médicos necesarios para salvaguardar la vida o integridad física o psíquica de un menor, constituye una situación de riesgo.

Se modifica el art. 18 -Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero- “actuaciones en situación de desamparo” que considera que existe “situación de desamparo” cuando exista riesgo para la vida, salud e integridad física del menor, incluyendo dentro de este supuesto cuando se produzcan perjuicios graves al

22 Flores Rodríguez, J., “Vientres de alquiler, más cerca de su reconocimiento legal en Europa”. Wolkers Kluwer. Revista La Ley, 2014 [en línea] <http://tinyurl.com/yjorjpwk>

23 Lomas Hernández, V., “Minoría de edad y Derecho Sanitario: la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio y la ley 26/2015, de 28 de julio”, <http://www.ajs.es/blog/minoria-de-edad-y-derecho-sanitario-la-ley-organica-82015-de-22-de-ju>

[lio-y-la-ley-262015-de-28-de-julio/](http://www.ajs.es/blog/minoria-de-edad-y-derecho-sanitario-la-ley-organica-82015-de-22-de-ju)

24 Ravetllat Ballesté, I., “El interés superior del niño: concepto y delimitación del término”, 2012 [en línea]. Disponible en <http://revistas.um.es/educatio/article/view/153701>

25 López Candil, C., “La consulta pediátrica prenatal.”, Acta pediátr. Méx [online]”. vol.35, n.1, 2014, pp.69-73.

recién nacido causados por maltrato prenatal; asimismo se incluye el riesgo para la salud mental del menor de edad debido al maltrato psicológico continuado, o a la falta de atención grave y crónica de sus necesidades.

Ahora bien, en referencia a la maternidad subrogada, ¿se le puede decir a alguien que, puesto que la persona que lo gestó nunca fue su madre desde el punto de vista jurídico, no tiene derecho a conocer nada respecto de ella? Entendemos que la maternidad biológica desempeñada por la gestante durante el embarazo no puede reducirse a un hecho irrelevante para la vida del hijo y, por tanto, se debe reconocer el derecho del hijo a conocer esos orígenes biológicos. Hay cierta analogía con el anonimato que establecen las leyes reguladoras de la reproducción asistida en algunos países (como el nuestro) en las que se ha consagrado el anonimato de los donantes de gametos y, en consecuencia, la imposibilidad de los hijos de conocer sus orígenes biológicos. En otros países ese anonimato nunca se ha establecido o se ha revertido (como sucedió en Reino Unido) por entenderse que resultaba contrario al interés superior del hijo²⁶.

5.2 El problema de la asistencia sanitaria y los retornados: su extensión a las madres subrogadas

El artículo 26 del Real Decreto 8/2008, de 11 de enero, por el que se regula la prestación por razón de necesidad a favor de los españoles residentes en el exterior y retornados, modificado por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de mecanismo de segunda oportunidad, reconoce el derecho a la asistencia sanitaria exclusivamente a los españoles de origen retornados, y a los trabajadores y pensionistas también de origen, residentes en el exterior y desplazados temporalmente a territorio nacional, así como a los familiares de los anteriores que se establezcan con ellos o les acompañen, cuando no tuvieran prevista esta cobertura, de acuerdo con las disposiciones de la legislación de Seguridad Social española, del Estado de procedencia, o de las normas o Convenios internacionales de Seguridad Social. Así, en el caso de que los beneficiarios de la prestación por razón de necesidad carezcan de la cobertura de asistencia sanitaria en el país de residencia o cuando su contenido y alcance fueran insuficientes, tendrán derecho a cobertura de dicha contingencia en los términos regulados en este real decreto. La totalidad del coste

de dicha asistencia no podrá ser repercutida sobre la prestación económica. La Dirección General de Emigración determinará anualmente el coste que se repercutirá en la citada prestación

¿Sería este el caso de la madre subrogada? A estos efectos, se entenderá que son “familiares con derecho a la asistencia sanitaria”, el cónyuge o persona vinculada por una relación de afectividad análoga a la conyugal, y los descendientes, incluidos los del cónyuge o pareja de hecho, que estén a su cargo y sean menores de 26 años o mayores con una discapacidad reconocida en un porcentaje igual o superior al 65%.

A su vez la disposición final novena apartado tercero da nueva redacción a la disposición adicional primera del Real Decreto 1192/2012, de 23 de agosto por el que se regula la condición de asegurado y de beneficiario a efectos de la asistencia sanitaria en España, con cargo a fondos públicos, a través del Sistema Nacional Salud, relativa a la asistencia sanitaria para españoles de origen retornados y residentes en el exterior desplazados temporalmente a España, y para los familiares de los anteriores que se establezca con ellos o les acompañen.

Las modificaciones en la legislación sanitaria también afectan a los artículos cinco y seis en la mencionada disposición reglamentaria por los que se regula respectivamente el reconocimiento de oficio de la condición de asegurado y beneficiario, y el reconocimiento de la condición de asegurado o de beneficiario previa solicitud del interesado.

El artículo cinco R.D. 1192/2002 incluye un nuevo supuesto de reconocimiento automático de la condición de persona asegurada, el de los menores de edad sujetos a tutela administrativa al cumplimiento de la mayoría de edad. Asimismo dispone en su apartado segundo, que la condición de beneficiario como descendiente de una persona asegurada se rehabilitará de oficio, de forma automática, cuando dicha condición se hubieran interrumpido por pasar aquel a estar comprendido como asegurado en el supuesto descrito en el artículo 2.1.a), y dejar de estarlo posteriormente siendo aún menor de 26 años de edad.

Sin embargo el Defensor del Pueblo - (Recomendación 11/11/2016) considera que la distinción entre nacionales de origen y no de origen para el reconocimiento del derecho a la asistencia sanitaria en España de los residentes en el exterior y retornados, es contraria a las normas que regulan la protección a la salud,

²⁶ Comité de Bioética de España, “Informe del comité de bioética de España sobre los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada”, 16 de mayo de 2017.

en las que se integra a todos los españoles, limita el principio de universalidad que configura nuestro Sistema Nacional de Salud, carece de justificación objetiva y razonable y vulnera el principio de igualdad ante la ley. Exige modificar el artículo 26 del Real Decreto 8/2008, de 11 de enero, por el que se regula la prestación por razón de necesidad a favor de los españoles residentes en el exterior y retornados, a fin de permitir a los españoles no de origen y a sus familiares, el reconocimiento del derecho a la atención sanitaria en España en los mismos términos que se establecen en dicha norma para los españoles de origen.

A efectos de la interpretación y aplicación en la subrogación, en cada caso, prima el interés superior del menor, y se tendrán en cuenta, a mi juicio, los siguientes criterios generales: la satisfacción de las necesidades asistenciales básicas del menor; la consideración de sus deseos, sentimientos y opiniones en la asistencia sanitaria; o la conveniencia de que su vida y desarrollo tenga lugar en un entorno asistencial, que respete la intimidad familiar. Estos criterios habrán de ponderarse en función de determinados elementos generales, como: A.-La edad y madurez del menor; B.-la necesidad de garantizar su igualdad y no discriminación por su especial vulnerabilidad, o C.-a necesidad de estabilidad de las soluciones que se adopten.

6. CONCLUSIONES DE *LEGE FERENDA*

1º Quienes se oponen a esta alternativa de acceso a la maternidad y la paternidad subrayan los riesgos de cosificación y explotación de la mujer, de mercantilización y de inseguridad jurídica de los hijos. Pero, ¿por qué hay que asumir esos riesgos como inevitables y no proponernos establecer una normativa, rigurosa y vigilante, que garantice el derecho de todas y cada una de las mujeres a decidir libremente sobre su propio cuerpo? Ése es el objetivo que debería unirnos en el reconocimiento de una asistencia sanitaria más plena en materia reproductiva. Porque creo que ahí está la clave medular de este debate.

La gestación o maternidad subrogada es una técnica de reproducción asistida que permite dar solución a los problemas de infertilidad de parejas o permite a personas solteras tener hijos. La maternidad subrogada no es una solución nacida en nuestros días. Mediante la gestación subrogada una mujer, la mujer gestante gestará y dará a luz al hijo de otras personas, los padres intencionales. Resulta especialmente incoherente, a mi juicio, la denegación coadyuvante del derecho a

la asistencia sanitaria, los servicios públicos sanitarios, privando a una mujer del derecho a implicarse libremente en un proceso de maternidad subrogada. ¿Que esa libertad puede estar condicionada por motivaciones y prácticas indeseables? Es necesaria, por tanto, una buena regulación de la maternidad por subrogación, tanto de todos los intervinientes y de las circunstancias, y se penalice justamente.

2º Se plantea además una cuestión de equidad y justicia en la prestación sanitaria. Creo que es adecuado partir del principio de que todos, hombres y mujeres, heterosexuales y homosexuales, deben ser iguales ante la ley y en el acceso a los recursos que puedan cambiar, mejorar y dignificar sus proyectos vitales. Felizmente, no sólo parejas heterosexuales, sino los hombres solteros o las parejas homosexuales, que no pueden cumplir, por razones exclusivamente económicas, su deseo de paternidad.

3º Llegados a este punto, me parece oportuno señalar, los testimonios de mujeres -muchas de ellas afectadas en su día por un cáncer superado, pero que las privó de la posibilidad de gestar- y de sus parejas, y de hombres sin pareja o casados con otro hombre -parejas condicionadas por lo que se denomina esterilidad estructural-, que han sido madres o padres gracias a la maternidad subrogada, conmueven, convencen y reclaman, para ellos, para sus hijos, y para todos los que se encuentren en situaciones similares, una respuesta basada en valores progresistas como la solidaridad, la conciencia cívica, el altruismo, la protección de las libertades y, desde luego, la justicia y la legalidad. Porque no estamos apelando sólo a una respuesta emocional, sino a un debate exento de fatalismos, de alarmismos y de incredulidades sobre la madurez de la mujer para tomar sus propias decisiones.

4º El reconocer el derecho a la asistencia sanitaria a extranjeros no registrados ni autorizados como residentes, a mi juicio no es admisible, si no es de forma automática. Establecer barreras geográficas, informáticas (básicas en la información sanitaria), económicas y administrativas sitúan este pretendido reconocimiento del derecho en un segundo nivel, con dificultades en el acceso a prestaciones limitadas.

No hay bases económicas que justifiquen la decisión de excluir de la asistencia sanitaria a las personas sin permiso de residencia, ni su inclusión influye en la decisión de estas personas en emigrar hacia España, ni produce un efecto perverso en el acceso a la tarjeta sanitaria europea por parte de otros colectivos.

Los problemas administrativos y de control que no pueden traducirse en la exclusión de un derecho esencial como la atención sanitaria, no pueden devenir para la madre subrogada.

El recién nacido mediante un contrato de maternidad subrogada realizado en el extranjero, puede encontrarse en una situación de desprotección jurídica en lo relativo a su filiación, pero nunca sin asistencia sanitaria. A juicio, de Junquera tendría que haber una interpretación extensiva de las normas civiles, podríamos considerar el embrión como tal menor en el caso de la adopción²⁷.

5º Hay soluciones estableciendo requisitos y procedimientos para obtener la tarjeta sanitaria individual, eliminando con ello barreras que dificultan el ejercicio del derecho, sin que esto suponga el acceso a la tarjeta sanitaria europea. Cuestión que debería originar un debate europeo.

Hoy existen sistemas de registro y de control que permiten gestionar adecuadamente la situación de los inmigrantes sin permiso de residencia. Todo ello conllevará la revisión del RD Ley 16/2012, modificando substancialmente los apartados referidos a la exclusión de este colectivo. Sin esta modificación, el reconocimiento del derecho a la asistencia sanitaria tropezará con barreras de diferente índole y afectará al alcance de la atención reconocida.

6º La ciencia avanza de forma más expeditiva que el derecho, y el derecho debe dar respuestas y custodiar las nuevas técnicas médicas. Mirar hacia otro lado y no establecer una regulación clara ante la maternidad subrogada como práctica de maternidad subrogada, solo induce a la desprotección plena y absoluta del menor y la cosificación de la vida humana como objeto de comercio solo en manos de unos pocos que puedan permitírselo económicamente. La respuesta jurídica no puede quedarse en la prohibición de la práctica. De los que no se deduce, que pudiera estar prohibida toda actuación que convierta al ser humano en *mero objeto sin más*.

7º Habitualmente, la interpretación y la calificación del contrato (en cuanto determinante del régimen legal supletorio, al menos respecto de los contratos típicos), en nuestro caso el contrato de maternidad subrogada, son acciones lógicas cuyo resultado ofrece consecuencias positivas en relación con el contenido del contrato, esto es, con la concreta determinación de los derechos y obligaciones de las partes.

Sin embargo, en otros casos, en relación al 1258 del CC, la determinación del justo contenido del contrato y, por tanto, la efectiva ejecución del mismo no habría de derivarse sólo de la actividad interpretativa y calificadora de forma exclusiva, sino que -con base en la naturaleza del contrato- sería ineludible extraer consecuencias complementarias paralelas con el conjunto del sistema normativo. A dicha operación se le conoce técnicamente con el nombre de integración del contrato, en cuanto su resultado puede suponer la agregación de derechos y obligaciones no contempladas por las partes ni por las normas de carácter dispositivo aplicables al contrato en cuestión; la sustitución de determinadas estipulaciones convencionales por otras consecuencias impuestas por el ordenamiento, en nuestro caso la asistencia sanitaria o, finalmente, la declaración de nulidad de algunas cláusulas contractuales.

8º Más allá del derecho a fundar una familia, que reconoce el Art. 16 de la Declaración de DD HH, españoles y españolas tienen derecho a recurrir a la medicina reproductiva desde que, en 1988, se promulgó la primera ley Técnicas de Reproducción Asistida, y sus posteriores modificaciones, que siempre han dejado fuera a una parte de la ciudadanía. La mujer sin útero -cissexual o transexual-, la mujer joven con cáncer u otras patologías, la pareja homosexual masculina y un largo etc. se han visto relegadas en el acceso a un derecho que puede negarse a según qué personas. Por último, habrá que reseñar si la gestación o maternidad subrogada supone un enriquecimiento de la personalidad del individuo y se asocia aquí a un nuevo derecho, derecho que desconocíamos en la Declaración Universal y en otros listados que hemos asumido como propios. Será necesario abrir un debate sobre los nuevos derechos de los ciudadanos.

7. BIBLIOGRAFÍA

- Arteta Acosta C., “Maternidad subrogada” Rev. Cienc Biomed, nº2, 2011, pp. 91-97.
- Aguilar Benítez De Lugo, M., “La tutela y demás instituciones de protección del menor en Derecho internacional privado”, BIMJ, 1996, núm. 1766, pp. 7-30.
- Casado Blanco M., “Reflexiones legales y éticas en torno a la maternidad subrogada, Legal and ethical reflections concerning the surrogate motherhood”, Rev Esp Med Legal, Vol. 40. nº. 2. Abril - Junio 2014.

27 Junquera Estéfani, R. op.cit. p. 105.

- Comité de Bioética de España, “Informe del comité de bioética de España sobre los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada”, 16 de mayo de 2017.
- Díaz Romero M.R., “La gestación por sustitución en nuestro ordenamiento jurídico” *Diario La Ley* nº 31, 2010, pp. 1-15.
- Flores Rodríguez, J. “Vientres de alquiler, más cerca de su reconocimiento legal en Europa”. Wolters Kluwer. *Revista La Ley*, 2014 [en línea].
- Gomá Lanzón, J. “¿Qué es la dignidad?”, *El País* 30 de julio de 2016.
- Gracia, D., “La deliberación moral: el método de la ética clínica”, *Med. Clin (Barc)*, 117, 2001, pp. 18-23.
- Hernández Rodríguez, A., “Determinación de la filiación de los nacidos en el extranjero mediante gestación por sustitución: ¿hacia una nueva regulación legal en España?*, *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Octubre 2014), Vol. 6, Nº 2, pp. 147-17.
- Junquera Estéfani, R. *Reproducción asistida, filosofía ética y filosofía jurídica*, Editorial Tecnos, Madrid, 1998, pp.27 ss.
- López Candil, C. “La consulta pediátrica prenatal. *Acta pediatri. Méx* [online]”. Vol.35, nº.1, 2014, pp.69-73.
- López Guzmán J., Aparisi Miralles A., “Aproximación a la problemática ética y jurídica de la maternidad subrogada”, *Cuad Bioet*, 78, 2012, pp. 253-267.
- Gracia, D. “La deliberación moral: el método de la ética clínica”, *Med Clin (Barc)*, 117, 2001, pp. 18-23.
- Gómez, A., “(Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección de la infancia y adolescencia, BOE de 23 de julio de 2015, y Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección de la infancia y adolescencia, BOE de 29 de julio de 2015)” Redacción Wolters Kluwer, disponible en <http://pdfs.wke.es/4/4/7/8/pd0000104478.pdf>
- Pérez Vaquero C., “La jurisprudencia del TEDH sobre maternidad subrogada, vientres de alquiler”, 2015. <http://archivodeinabib.blogspot.com.es/2015/07/la-jurisprudencia-del-tedh-sobre.html>
- Ravetllat Ballesté, I. “El interés superior del niño: concepto y delimitación del término”, 2012 [en línea]. Disponible en <http://revistas.um.es/educatio/article/view/153701>
- Rebar R.W., Erickson G.F, “Reproductive endocrinology and infertility”, *Cecil Medicine*, 24th ed., pp. 244.ss.
- Selma Penalva A., “Vientres de alquiler y prestación por maternidad”, *Revista Doctrinal Aranzadi*, nº 9 de 2013, p. 11.
- Vila Coro, M.D., Ponencia sobre el “Estudio y consideraciones de los aspectos legales en la práctica de las técnicas de fertilización artificial”, presentada en el Congreso de la Sociedad Española de Fertilidad, Pamplona, junio de 1986.
- Warnock, M., *A Question of Life. The Warnock Report on Human Fertilisation and Embryology*, Blackwell, 1985, pp. 80-86.
- Weber M., *El político y el científico*, Alianza, 1972, pp. 163-165.