

EL INTERÉS DEL MENOR Y LOS SUPUESTOS DE DISCRIMINACIÓN EN LA MATERNIDAD SUBROGADA, ENTRE LA REALIDAD JURÍDICA Y LA FICCIÓN

The Interest of the Child and the Cases of Discrimination in Surrogacy Maternity. Between the Legal Reality and Fiction

MARÍA NÚÑEZ BOLAÑOS
Magistrada Juzgado 1.^a Inst. 17, Sevilla

ISABEL M.^a NICASIO JARAMILLO
Magistrada Juzgado 1.^a Inst. 16, Sevilla

EUGENIO PIZARRO MORENO
Profesor Contratado Doctor
Universidad Pablo de Olavide, Sevilla

Recepción: 09/02/2015

Aceptación después de revisión: 20/07/2015

Publicación: 27/11/2015

I. BREVE RESEÑA NORMATIVA Y JUDICIAL: PRECEDENTES. II. EL NÚCLEO FUNDAMENTAL DEL PLANTEAMIENTO: EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR: 1. *Notas configuradoras del concepto*. 2. *Definición jurisprudencial*. 3. *Excursus: El interés del menor, a examen: un caso real*: 3.1. Las contradicciones y las consecuencias insalvables derivadas de los pronunciamientos judiciales en la concreción del interés del menor. 3.2. Confrontación de sentencias. 3.3. El auto del Tribunal Supremo de 2 de febrero de 2015. III. MATERNIDAD SUBROGADA SIN DISCRIMINACIÓN: 1. *La igualdad constitucional y la no discriminación*, «*un matrimonio indisoluble*». 2. *La filiación como consecuencia necesaria de la no discriminación*. IV. A MODO DE CONCLUSIÓN. BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN

Los supuestos de maternidad por sustitución o subrogada (llamados vulgarmente «vientres de alquiler») están suponiendo una auténtica revolución en materia de reproducción asistida y un auténtico desafío jurídico en materia de atribución de maternidad y filiación. El planteamiento es sencillo y tiene dos parámetros de discusión diferenciables: en primer lugar, si cabe realizar un contrato privado en el que se dispone que una mujer se obliga a gestar por otra; y, en segundo tér-

mino, si el hijo o hija nacido por este método tiene filiación («es hijo de...») de la madre gestante o biológica o de la «madre jurídica».

PALABRAS CLAVE: Vientre de alquiler; maternidad subrogada; gestación por sustitución; filiación.

ABSTRACT

Maternity cases by substitution or surrogate way (commonly called «wombs for rent») are being a true revolution in the field of assisted reproduction and a real legal challenge in terms of attribution of maternity and affiliation. The approach is simple and has two differentiable parameters of discussion: in the first place, if it is possible to make a private contract which stipulates that a woman is forced to gestate for the other one and, secondly, to determine if the son or daughter born by this method has a filiation («son of...») which belongs to the pregnant woman, the biological mother or the legal mother.

KEY WORDS: Surrogate mother; surrogacy motherhood; filiation.

I. BREVE RESEÑA NORMATIVA Y JUDICIAL: PRECEDENTES

En fecha 2 de julio de 2014 el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) dictó la sentencia, asuntos 65192/11 (*Menesson v. Francis*) y 65941/11 (*Labassee v. Francia*), en la que declaró que viola el artículo 8 del Convenio Europeo de los Derechos Humanos no reconocer la relación de filiación entre los niños habidos a través del método reproductivo conocido como «vientre de alquiler»¹ y los progenitores que lo habían secundado.

Sobre cuestión similar se había pronunciado nuestro Tribunal Supremo en su sentencia de 6 de febrero de 2014 (rec. 245/12), confirmando la decisión adoptada en la instancia de denegar la inscripción.

¹ Hay buena literatura de referencia sobre la materia. Usaremos habitualmente los trabajos de ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S. (2013): «Reconocimiento de la filiación de gestación por sustitución», *Entre Bruselas y La Haya: Estudios sobre la unificación internacional y regional del Derecho internacional privado. Liber amicorum Alegría Borrás* / coord. por Joaquim Joan Forner i Delaygua, Cristina González Beilfuss, Ramón Viñas Farré, pp. 77-90. Del mismo autor, «Efectos en España de la gestación por sustitución llevada a cabo en el extranjero», *Anuario de Derecho Internacional Privado*, n.º 10, 2010, pp. 339-377.

También: LAMM, ELEONORA, «Gestación por sustitución. Realidad y derecho», *Indret*, 3-2012, julio de 2012, pp. 1-49.

ción registral de la filiación de dos gemelos nacidos —por el mismo método—, y que se acreditaba mediante certificación registral de las autoridades de California, donde nacieron los menores. La sentencia del Alto Tribunal se dicta por mayoría, 5 votos a favor frente a 4 contrarios al criterio de la mayoría², con un contundente voto particular que avala la inscripción practicada en su día por el Registro Civil.

El Tribunal Supremo fundamentaba su decisión en que la inscripción pretendida vulneraría el orden público español³, dada la nulidad establecida legalmente del contrato de gestación subrogada en el artículo 10 de la Ley española 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida (LTRHA), argumento similar al en su día utilizado por el Alto Tribunal francés en el asunto objeto de resolución por el TEDH.

El dictado de la STS de 6 de febrero de 2014 supuso la revocación de la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado contenida en la Resolución de 18 de febrero de 2009, que permitía la inscripción en el Registro Civil de los nacidos mediante contrato de maternidad subrogada fuera de España en cuanto se acreditara la concurrencia de los requisitos exigidos en el artículo 81 del Reglamento del Registro Civil. Entendía la Resolución que el análisis de la cuestión debía realizarse no desde la normativa interna sustantiva española, sino desde el ámbito registral, debiendo exigirse los requisitos del mencionado precepto para la inscripción

² Voto Particular que formula el magistrado Seijas Quintana, J. A. y al que se adhieren los magistrados Ferrándiz Gabriel, J. R., Arroyo Fiestas, F. J. y Sastre Papiol, S.

³ Dos matizaciones: el orden público puede ser analizado desde el punto de vista interno —que es al que se refiere la STS— o desde el punto de vista internacional. Por citar una sentencia clásica comparada, puede consultarse la sentencia del Tribunal de Roma de 13 de septiembre de 1954, que define al primero como aquel que concierne a ciertas leyes que tienen una fuerza imperativa sobre la voluntad de los particulares, y que estos no pueden modificar, dado que está en juego la salvaguarda de un interés público.

Se trata de un concepto fundante de todo ordenamiento jurídico que tiene una aplicación transversal en todas las áreas del derecho; implica, a lo que ahora nos interesa, para el Derecho privado una limitación de la iniciativa privada de los particulares y la imposibilidad de disponer mediante mecanismos contractuales sobre derechos que la ley considera protegidos aun en contra de la voluntad de su titular. Prácticamente el conjunto normativo sobre el Derecho de familia afecta entonces al orden público.

del nacimiento y la filiación de los menores, y que —en resumen— eran los siguientes⁴:

1. Que la certificación extranjera fuera un documento «público», con los requisitos exigidos en el país de origen para que dicho documento se consideraba como tal, acompañado de la correspondiente «apostilla» y de su traducción.
2. Que hubiera sido elaborada por una autoridad registral con funciones equivalentes a las de las autoridades registrales españolas.
3. El control de la legalidad del acto extranjero, por cuanto al Registro acceden documentos presuntamente válidos.

A raíz de este último control, la Dirección General entendía que no se exigía por tanto una solución idéntica a la derivada de la aplicación del derecho sustantivo español para que el acto fuere inscribible, como tampoco que el control de legalidad del documento exigiera una identidad de respuesta con la regulación de la institución en el Derecho español. Consideraba que la inscripción de dicha filiación no era contraria al orden público internacional español, porque no vulneraba los principios jurídicos básicos que garantizaban la cohesión moral y jurídica española; que la inscripción a favor de dos varones de la filiación del menor era conforme al reconocimiento de la filiación a favor de dos personas del mismo sexo, por tener ello regulación en materia de adopción, y ello se permitía a favor de dos mujeres en los casos de uso de técnicas de reproducción asistida. Por último entendía la Resolución que era conforme al interés superior del menor acceder a la inscripción, otorgando la seguridad derivada de la misma, los efectos de la filiación y la nacionalidad determinados por las autoridades extranjeras y sin perjuicio de las acciones de impugnación de la filiación.

La impugnación de dicha Resolución, que dio lugar a la sentencia en sede de casación del Tribunal Supremo comentada, conllevó el dictado de la Instrucción de 5 de octubre de 2010 sobre la inscripción del nacimiento y filiación de los nacidos bajo técnicas de maternidad subrogada. En caso de que la filiación viniera determinada por una resolución

⁴ Sobre este asunto, *vid.* QUIÑONES ESCÁMEZ, A. (2009) «Doble filiación paterna de gemelos nacidos en el extranjero mediante maternidad subrogada. En torno a la RDGRN de 18 de febrero de 2009», *Indret-Revista para el Análisis del Derecho*, 3/2009. Sobre la Instrucción de 5 de octubre de 2010, con detalles minuciosos, posterior en poco tiempo al pronunciamiento del TEDH, en CORERA IZU, M. (2014): «Abandonados, apátridas y sin padres», *Diario La Ley*, n.º 8345, Sección Doctrina, 2 de julio, año XXXV.

judicial, la Instrucción remitía al correspondiente exequátur; pero en los supuestos en que la filiación estuviere determinada por un sistema de jurisdicción voluntaria similar al español, la competencia, el registrador debería controlar — como incidente previo —:

- a) La regularidad y autenticidad formal de la resolución judicial extranjera y de cualesquiera otros documentos que se hubieran presentado.
- b) Que el Tribunal de origen hubiera basado su competencia judicial internacional en criterios equivalentes a los contemplados en la legislación española.
- c) Que se hubiesen garantizado los derechos procesales de las partes, en particular, de la madre gestante.
- d) Que no se ha producido una vulneración del interés superior del menor y de los derechos de la madre gestante. En especial, deberá verificar que el consentimiento de esta última se ha obtenido de forma libre y voluntaria, sin incurrir en error, dolo o violencia y que tiene capacidad natural suficiente.
- e) Que la resolución judicial sea firme y que los consentimientos prestados sean irrevocables, o bien, si estuvieran sujetos a un plazo de revocabilidad conforme a la legislación extranjera aplicable, que este hubiera transcurrido, sin que quien tenga reconocida facultad de revocación, la hubiera ejercitado.

La Instrucción concluía que en ningún caso se admitirá como título apto para la inscripción del nacimiento y filiación del nacido, una certificación registral extranjera o la simple declaración, acompañada de certificación médica relativa al nacimiento del menor, en la que no conste la identidad de la madre gestante, entendiéndose — con modificación del previo criterio expuesto — que el artículo 10 de la Ley sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida obliga a la promoción de un procedimiento para la determinación de la filiación ante la nulidad declarada del contrato de gestación por sustitución.

Tras la sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014, la Dirección General de los Registros y del Notariado ha declarado⁵ vigente dicha Instrucción para los casos de maternidad subrogada, con lo que se requerirá para la inscripción en todo caso una resolución judicial previa y no la mera certificación de la autoridad registral a la que se refería la Resolución de fecha 18 de febrero de 2009.

⁵ Informe de fecha 11 de julio de 2014.

Precisamente el voto particular de la sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014 se refiere a que la resolución de la mayoría no debió haber aplicado la técnica del conflicto de leyes sino la del reconocimiento de una resolución de autoridad extranjera, sin perjuicio de valorar la validez de la misma conforme al orden público internacional español, en todo caso desde el prisma del interés legal del menor.

En este panorama, la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos vuelve a dar un vuelco a la situación, planteada la cuestión desde criterios similares a los expuestos y por ello trasladables sus conclusiones al panorama interno español. En el derecho francés⁶ existe la misma normativa que prohíbe el contrato de maternidad subrogada con una interpretación similar respecto de los efectos de la misma incluso cuando el contrato se ha celebrado en un Estado que permite y regula la citada relación. El Tribunal analiza la vulneración de la resolución del Alto Tribunal francés del artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos desde las dos violaciones denunciadas: la violación del derecho a la vida familiar y la violación del derecho a la vida privada. Recordemos que el precepto prohíbe toda injerencia en la vida privada o familiar por parte de una autoridad pública salvo que esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás.

La integración de los menores en la vida familiar de los actores hace que el Tribunal considere que no se produce la injerencia en la vida familiar de los mismos ni de los recurrentes. No así en la vida privada de los niños. Entiende el Tribunal que la filiación forma parte de la identidad misma y por ello del concepto de vida privada. La sanción o castigo del derecho francés por la vulneración de una norma interna sobre maternidad subrogada extiende sus efectos a los derechos del individuo, en concreto del menor produciéndose una «situación de incertidumbre jurídica», ignorándose que los niños han sido identificados en

⁶ Para una información sobre el debate previo generado en ese país, CATTO, M.X. (2013): «La gestation pour autrui: d'un problème d'ordre public au conflit d'intérêts?», *Revue du centre de recherches et d'études sur les droits fondamentaux*, 3, 2013. Disponible online a 27/01/2015.

Un interesante estudio coetáneo del pronunciamiento de nuestro TS, aunque previo a la sentencia europea es el de GRANET, F (2014). «La maternité de substitution et l'état civil de l'enfant», *Commission Internationale de l'État Civil*. Para su consulta, <http://www.ciec1.org/Etudes/MaternitesSubstitution7.2.2014.pdf>

el extranjero como hijos de los recurrentes, lo que afecta a su nacionalidad, a la filiación biológica de uno de los recurrentes, quien engendró al niño, elemento integrante de su identidad y a otros derechos que el Tribunal no olvida, como los sucesorios.

Todos los jueces que se han pronunciado sobre la inscribibilidad de los niños en el Registro Civil como hijos de los solicitantes, han llegado a una respuesta negativa, sustentada en distintos argumentos, algunos de ellos centrados en la falta de realidad del hecho de la paternidad biológica de los comitentes respecto de los niños, y otros conectados con la imposibilidad de inscribir una filiación que sería contraria al orden público internacional español⁷.

II. EL NÚCLEO FUNDAMENTAL DEL PLANTEAMIENTO: EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR

Elemento esencial en las resoluciones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del Tribunal Supremo, como también de la Dirección General de los Registros y del Notariado citadas, es el concepto del *interés superior del menor*⁸. Su encuadre normativo en derecho español, se sitúa —en primer lugar, como texto supremo— en el artículo 39.4 de la CE en cuanto consagra que los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos, lo que se desarrolla ampliamente en la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor (LOPJM), en cuyo artículo 2 se dice expresamente que en la aplicación de la presente ley primará el interés superior de los

⁷ ÁLVAREZ DE TOLEDO QUINTANA, L. (2014): «El futuro de la maternidad subrogada en España: entre el fraude de ley y el correctivo de orden público internacional», en *Cuadernos de Derecho Transnacional* (octubre 2014), Vol. 6, n.º 2, pp. 5-49.

⁸ En la doctrina española hay densos y notables trabajos sobre este cinético concepto. Es un clásico la monografía del prof. RIVERO HERNÁNDEZ, F. (2007): *El interés del menor*, 2.ª ed., Madrid. Quizá por la sencillez y corrección de sus planteamientos, anotamos aquí el de la magistrada DE CASTRO MARTÍN, R. (2011): *El interés superior del menor*, 11/2011, Sevilla. ROCA, E. (1994): «El interés del menor como factor de progreso y unificación del Derecho Internacional Privado, discurso de contestación a la académica de número Dra. Alegría Borrás, en su discurso de ingreso en la Academia de Jurisprudencia y Legislación de Cataluña», *Revista Jurídica de Cataluña*, n.º. 4. También, SEIJAS, J. A. (1997): «Las consecuencias de la separación y el divorcio: el interés del menor. Alimentos. Guarda y custodia. Régimen de visitas. Aspectos internacionales. La vía convencional como medio de solución de conflictos. Especial referencia a los Convenios de La Haya, Luxemburgo y Bruselas». *Actualidad Civil*, n.º 29, julio.

menores sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir, y más adelante —art. 3— se dispone que los menores gozarán de los derechos que les reconoce la Constitución y los Tratados Internacionales de los que España sea parte, especialmente la Convención de los Derechos del Niño de Naciones Unidas y los demás derechos garantizados en el ordenamiento jurídico⁹.

1. *Notas configuradoras del concepto*

Dado que se trata de llegar a una inteligencia adecuada del problema jurídico que se plantea en torno a maternidad subrogada y dado que la solución a dicho planteamiento gira en torno del interés superior de los menores, conviene al menos deslindar las notas caracterizadoras de su definición.

Dice Rivero Hernández¹⁰ que solo hay dos artículos en el CC del que se puedan extraer referencias denotativas de la expresión; por un lado, el artículo 234 que, en relación con el nombramiento de tutor, refleja que se considera «beneficioso para el menor la integración en la vida de familia del tutor», y, por otro lado, el párrafo 4.º del artículo 172 que habla —en parecidos términos, aunque para el acogimiento familiar— de «la inserción del menor en la propia familia...». Pero, en general, dada la poca contribución y escasa consistencia de las ideas aportadas por los cuerpos legales positivos, el propio autor lanza seguidamente una batería de preguntas acerca del contenido

⁹ «El Código Civil recoge en numerosos artículos esta expresión, INTERÉS DEL MENOR, para darle relevancia y preferencia en cualquier ocasión en que viene a regular derechos de los menores, así en el artículo 103.1 en cuanto establece las medidas provisionales a adoptar, en caso de falta de acuerdo, por demanda de nulidad, separación o divorcio, primando el interés de los hijos para acordar lo necesario en cuanto a la guarda y custodia; artículo 137 para permitir a la madre, en interés del hijo menor o incapacitado, el ejercicio de la acción de filiación; el artículo 149 para limitar la elección del que tiene obligación de prestar alimentos, cuando se perjudique el interés del alimentista menor de edad; el artículo 156 regulando el ejercicio de la patria potestad; el artículo 161 que trata del derecho de visita de parientes al menor acogido y la posibilidad de que sea regulado o suspendido en interés del menor; artículo 172.4 en caso de guarda y acogimiento de menores en situación de desamparo, estableciendo que se buscará siempre el interés del menor y se procurará, cuando no sea contrario a ese interés, su reinserción en la propia familia; artículo 173.3 y 4 en caso de acogimiento; artículos 216 y 224 estableciendo y regulando la tutela, entre otros», DE CASTRO MARTÍN, cit., pp. 2-3.

¹⁰ RIVERO, cit., p. 61.

definitorio de la expresión: «¿En qué consiste el interés del menor a la hora de determinar, por ejemplo, si se queda con su padre o con su madre tras la crisis matrimonial, o para decidir si se bautiza... o se somete a una intervención de cirugía estética...; ¿dónde está el interés de un niño en orden a la aprobación judicial de reconocimiento de que ha sido objeto...?», etc.¹¹.

En definitiva, reconocidas las enormes dificultades para fijar una acepción genérica adaptable a la multitud de circunstancias en que se invoca el interés de los menores, optamos por acotar sus notas características:

- Se trata de una expresión que acoge o subsume un *principio garantista*, en el sentido de que gira en torno a la protección del menor en cuanto a sus derechos como ser humano.
- Es un *concepto jurídico indeterminado de gran amplitud*, lo que está en consonancia con su carácter cinético, predicable en multitud de circunstancias.
- Es una *norma interpretativa para la resolución de conflictos jurídicos*, pues los jueces y tribunales están obligados a traer a colación y a concretar, en la resolución de conflictos, ese interés a favor de los menores.
- Y, por último, puede considerarse un *mandato político-normativo*, para la promoción, establecimiento y consolidación de políticas públicas en defensa de los intereses de los menores.

Las incertidumbres en torno al concepto son, en líneas generales, compartidas por el Derecho comparado¹², aunque, por decirlo de forma gráfica, sería conveniente y necesario que con una periodicidad adecuada saliera a la luz de la edición pública algún trabajo que fijara, para cada momento histórico, qué se entienda por interés superior de los menores. Lo que resulta ya indiscutible es que este principio actúa como criterio de ponderación para el legislador y para la jurisprudencia en materia de relaciones paterno y materno-filiales.

¹¹ RIVERO, *ib.*

¹² En la doctrina anglosajona, por su solera, cabe citar a PARKER, S. (1994): «The best interests of the child. Principles and problems», *International Journal of Law and the Family*, n.º 8, abril de 1994. En Francia, CARBONNIER, J. (1960): *Comment. S. Cour d'Appel Paris*, 10 de abril de 1959, en Dalloz; también, JOYAL, R. (1991): «La notion d'intérêt supérieur de l'enfant, sa place dans la Convention des Nations Unies sur les Droits de l'Enfant». *Revue Internationale de Droit Penal*, n.º 3-4, 1991.

2. Definición jurisprudencial

Para el Tribunal Europeo, establecido el derecho de cada Estado miembro a regular discrecionalmente los límites del artículo 8 del Convenio en atención a la nulidad del contrato de maternidad subrogada y los derechos implicados de los dos menores afectados, el mencionado principio impone la protección del menor y la efectividad de su derecho a la filiación, a su identidad biológica y a su nacionalidad en los términos indicados en la sentencia.

En cambio, para el Tribunal Supremo, en la sentencia analizada, «la cláusula general de la consideración primordial del interés superior del menor contenida en la legislación no permite al juez alcanzar cualquier resultado en la aplicación de la misma. La concreción de dicho interés del menor no debe hacerse conforme a sus personales puntos de vista, sino tomando en consideración los valores asumidos por la sociedad como propios, contenidos tanto en las reglas legales como en los principios que inspiran la legislación nacional y las convenciones internacionales».

La STC 176/2008, de 22 de diciembre de 2008, afirma que «en materia de relaciones paterno filiales, el criterio que ha de presidir la decisión que en cada caso corresponda adoptar al juez, a la vista de las circunstancias concretas, debe ser necesariamente el del interés prevalente del menor, ponderándolo con el de sus progenitores, que aun siendo de menor rango, no por ello resulta desdeñable». No parece entonces estar muy de acuerdo esta declaración del TC con la del TS que analizamos. A mayor abundamiento, el propio Tribunal Constitucional, en Recurso de Amparo n.º 5258/2000, es tajante en ese sentido al afirmar que «la determinación de cuál sea ese interés superior del menor en el caso concreto es un asunto ajeno a la jurisdicción de amparo, por corresponder su determinación a los órganos judiciales y no al Tribunal Constitucional, que únicamente podrá comprobar si en la motivación de las resoluciones judiciales se tuvo en cuenta fundamentalmente dicho interés».

Se alinea la sentencia del Alto Tribunal en el recelo a que el carácter indeterminado de la noción permita usarla como técnica interpretativa para resolver en forma distinta a la prevista en la norma contrariando el principio de seguridad jurídica. El problema lo apunta Miguel Cillero Bruñol¹³ en tanto que la indeterminación del interés

¹³ CILLERO BRUÑO, M. (2014): *El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño*, disponible online a fecha 07/01/2015.

superior del menor permitiría tomar decisiones al margen de los derechos reconocidos, en razón de un etéreo interés superior de tipo extra-jurídico. La sentencia además entiende que dicho interés es valorado por el legislador al regular las consecuencias en relación a la filiación derivada del artículo 10 de la Ley sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida.

Crítico resulta el voto particular con este concepto de interés del menor contenido en la sentencia de la mayoría y alejado de la concreta y real problemática de los menores que se ven colocados en una situación de «limbo» jurídico a consecuencia de esta resolución, y que siguen generando vínculos con la familia derivados de la convivencia y de la escasa edad de los menores. Dice el mencionado voto que «el interés se protege antes y después de la gestación. Se hizo por los tribunales americanos en el primer caso. Se ha negado en el segundo. Se ignora una nueva realidad y no se procuran las soluciones más beneficiosas para los hijos, y es evidente que ante un hecho consumado como es la existencia de unos menores en una familia que actúa socialmente como tal y que ha actuado legalmente conforme a la normativa extranjera, aplicar la normativa interna como cuestión de orden público, perjudica a los niños que podrían verse abocados a situaciones de desamparo, como la del caso italiano, y se les priva de su identidad y de núcleo familiar contrariando la normativa internacional que exige atender al interés del menor; identidad que prevalece sobre otras consideraciones, como ha destacado el Tribunal de Justicia de la Unión Europea».

Propone Miguel Cillero en el artículo citado un concepto del interés superior del menor plenamente compatible con el principio de seguridad jurídica y derivado de la propia Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, partiendo del reconocimiento explícito del catálogo de derechos que se regulan en la Convención. Y en este sentido el interés superior del niño es la plena satisfacción integral de sus derechos, la efectividad de los mismos, sin olvidar que la Convención impone este principio como un criterio o función hermenéutica para las autoridades públicas.

Partiendo de dicha definición, convendremos en que el interés superior del menor, cuando actúa no ya solo como criterio interpretativo en la resolución de conflictos, sino como principio imperativo derivado de la Convención, requiere el examen de los derechos efectivamente afectados del concreto menor a que se refiere el litigio o conflicto, y una ponderación del sacrificio que se impone de los mismos en atención a los intereses sociales y personales en juego.

3. *Excursus: El interés del menor, a examen: un caso real*

Nuestra sociedad ha estado —y continúa— fuertemente imbuida del espíritu romano-canónico de la certeza de la madre: *mater semper certa est*. Los avances científicos posibilitan otras opciones de fecundación y, por tanto, de maternidad. De ello se deriva que, como ocurre en no pocas ocasiones, a la ciencia jurídica corresponde dar reflejo y respuesta regulatoria para consagrar una realidad social que, si bien plantea cuestiones sociales, éticas, morales, económicas, etc., reclama una posición legislativa acorde con los nuevos tiempos. La jurisprudencia, por su parte, ha acudido a la llamada social, consagrando jurídicamente una delicada cuestión alega que involucra conceptos tan abstractos e indeterminados como el orden público y el interés superior del menor. Es probable que encontremos la solución en el justo equilibrio entre ambos.

Como aclaración denotativa, puede definirse la maternidad subrogada como la concreción jurídica por la cual una mujer gesta un niño/a para otra persona, de forma gratuita o a cambio de precio o recompensa; por ello se habla de una «maternidad gestacional» —de la madre portadora del bebé hasta el momento de su nacimiento— y de una «maternidad biológica» —de la madre que aporta su material reproductor. Normalmente, si atendemos a la finalidad del contrato de gestación, puede llamarse también «maternidad jurídica», pues el fin último del contrato es atribuir la filiación a la madre no gestante—¹⁴.

Nos disponemos a evidenciar —a través de un supuesto real que nos ha sido narrado por sus protagonistas—, los problemas que la presunción de la determinación de la maternidad por el parto puede plantear desde el punto de vista constitucional. En el caso indicado los interesados acuden al contrato de maternidad subrogada por la imposibilidad de la esposa de concebir determinada por una enfermedad previa, y por los obstáculos que la dilación del proceso de adopción estaba planteando a la pareja. El material genético utilizado para la reproducción artificial es de ambos esposos, si bien los problemas de la madre no gestante obligaban a la misma a acudir a un *vientre de alquiler*.

¹⁴ Para mayor hondura terminológica y de posibilidades de gestación por sustitución: CANO, MARÍA E., «Maternidad subrogada», publicado en *Persona, Revista Electrónica de Derechos Existenciales*, dic. 2001, n.º 2, pp. 1-15.

Con mayor relieve en la ciencia jurídica clásica, MARTÍNEZ CALCERRADA, L., *La nueva inseminación artificial*, Madrid, 1989. También, GARCÍA RUBIO, M. P. (1987): «La experiencia jurídica italiana en materia de fecundación asistida. Consideraciones respecto del derecho civil español», *Revista Tapia*, n.º 36.

Las niñas, nacidas en Mumbai, India, Estado de Maharastra, el día dos de julio de dos mil once, circunstancia que se documenta mediante certificación literal del Registro Civil del Consulado General de España en Mumbai, son hijas no matrimoniales de su esposo... Como consta en la certificación de nacimiento, expedida por el Consulado español en Mumbai, la madre biológica de las menores, se desentendió desde su nacimiento pues renunció a ellas con fecha de nueve de agosto de dos mil once, al no presentar objeción alguna a que las menores adquirieran la nacionalidad española de su padre, y obtuvieran el correspondiente pasaporte para viajar a España, donde aterrizaron, un veinte de agosto de dos mil once, en el aeropuerto de Sevilla.

Algunos países como Grecia o Reino Unido regulan y admiten la utilización de un vientre de alquiler cuando sea sin remuneración y bajo ciertos requisitos como la no intervención de intermediarios. La India, Rusia y algunos Estados de Estados Unidos, entre otros California, admiten este tipo de contratos, con intermediarios. Nuestros protagonistas acuden a una empresa en Bombay, de intermediación en este tipo de asuntos, a través de esta empresa se ponen en contacto con la mujer gestante, y realizan todo el proceso para la gestación.

El proceso en la India tiene un coste aproximado de unos 45.000€ (desglosados en: 18.000€, el vientre de alquiler; el resto: viaje, alojamiento, manutención, traslados internos, asistencia sanitaria niñas, etc.). Como puede apreciarse no se trata de un procedimiento barato, a pesar de que este lugar fue elegido porque, en comparación con otros Estados que admiten legalmente el vientre de alquiler, resulta considerablemente más afrontable desde un punto de vista económico.

Cuando hay acuerdo en el objeto del contrato y en el coste, lo primero que hace la empresa es remitir (a los padres) una copia escaneada de una misiva dirigida por varios Consulados a todas las clínicas que coordinan y llevan a cabo la maternidad subrogada, anunciándoles la legalidad del proceso en cada país. Los padres acuden a su Consulado, en función del país, y detrás de informaciones vagas, lo único que se refleja con claridad es que este proceso está al margen de la legislación española, aunque no es ilegal¹⁵.

En los meses posteriores la información que llega es muy contada, con poca o nula precisión y sobre todo con la sensación de incertidum-

¹⁵ Es indiscutible que la ilegalidad no tiene nada que ver con la alegalidad, aunque solo haya una vocal de diferencia; ninguna de las dos se necesitan. La segunda no proscribire, aunque tampoco autoriza. Mientras que la alegalidad favorece el llamado limbo jurídico; la ilegalidad entra a regular una situación jurídica, proscribiéndola.

bre ahondada por los miles de kilómetros de distancia entre Sevilla y Bombay. La fecha prevista de parto era sobre el veinte de julio, sin embargo un email de mediados de junio les alerta de que están a la espera para la semana siguiente. El día 2 de julio, en torno a las 12,00 de la noche, les comunican —en hindú— que tienen dos hijos en el mundo. Cuando los padres llegaron a la India, los niños ya contaban una semana de vida¹⁶. Habían nacido en el segundo hospital más grande de Asia y el primero en toda la India; solo en cuanto a amplitud¹⁷, porque, en realidad, el escenario era, una vez más, muy poco gratificante.

En este punto —en palabras literales del entrevistado—, llega el momento del «papeleo». Por lo que respecta a las autoridades del país, sin problema. Un empleado del hospital, a cambio de una pequeña propina, es el encargado de tomar los datos de los niños (nombre, apellidos, datos identificativos de los padres, etc.) y es también el encargado de inscribirlos en el Registro Civil de Bombay¹⁸, donde se inscriben con la filiación biológica, es decir, de la pareja comitente.

No obstante, y aquí radica la identificación básica del problema, nuestra Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida establece en su artículo 10.2. que la filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto. Si esto es así permitiremos que solo pueda inscribirse la filiación paterna y no la materna. En el caso examinado, dicha respuesta resulta contraria a la realidad y discriminatoria pudiendo, sin duda, vulnerar el artículo 14 de la Constitución al constituir una discriminación por razón de sexo.

Una vez inscrito el nacimiento en el país —la India—, un viernes de monzón se dirigen al Consulado español y la encargada del Registro Civil Consular les exige, entre otra documentación, un certificado médico¹⁹ emi-

¹⁶ Las niñas carecen de rasgos hindúes, de acuerdo con el material genético de las mismas.

¹⁷ Es preciso llamar la atención sobre este dato; téngase en cuenta que la India es, tras China, el país con mayor número de habitantes sobre la tierra. Y, junto a China, el único que ha sobrepasado la cifra de mil millones de habitantes.

Es oportuno también apuntar, a indicación del entrevistado, que en ningún momento les permitieron conocer el sexo del futuro bebé. Hay una tasa de infanticidio femenino bastante elevado (por el número poblacional y porque está aún instaurada, legalmente, la dote), por eso, normalmente, en el proceso de adopción o de vientre de alquiler, las autoridades de aquel país se inclinan por adoptadas del sexo femenino.

¹⁸ La pareja está en disposición de mostrar el *Birth Certificate*, documento indio de inscripción de los hijos. En este caso, nacidos de maternidad subrogada y con el nombre y los apellidos de los padres españoles, que es como aparecen inscritos en el Registro Civil de Bombay.

¹⁹ El entrevistado mostró su extrañeza ante la solicitud de este documento.

tido por un ginecólogo distinto a aquel que atendió a la madre en la agencia de maternidad o en el hospital, declarando la realidad del parto. Es triste constatar que la actitud consular depende, en gran medida, de la concepción ideológica o moral que tenga el diplomático consular, persona responsable de la Administración, de los ciudadanos y legalidad españoles en el país en el que se encuentren²⁰. Aproximadamente un mes después, todas las partes (padre biológico, marido de la madre biológica, madre legal o no natural y madre que ha prestado su vientre) son citadas en el Consulado español, donde la madre biológica reconoce²¹ que ha dado a luz a los niños y el marido, para acabar con la presunción de paternidad, declara que no son suyos porque lleva meses sin mantener relaciones sexuales con su mujer.

Toda esa documentación escaneada se remite al Ministerio (entendemos que de Justicia o de Asuntos Exteriores) a Madrid, que ha de devolverla junto con el pasaporte, en valija diplomática²², para que los padres y los niños —los padres podían salir; las niñas tenían pasaporte como hijas del marido— puedan salir del país. Acopiada la documentación, los padres se dirigen al Registro civil de Sevilla. Las niñas tienen el primer apellido de su padre y el primer apellido hindú de su madre, salvo en cierta documentación privada donde consta el segundo apellido de su madre *a-legal*, aunque legítima.

El tres de septiembre de dos mil trece se presenta en los juzgados una demanda de adopción y su señoría barajó la posibilidad de dar parte al Ministerio Fiscal —por un presunto delito de tráfico de menores— para decretar el desamparo y retirar a las menores. El juez del caso tramitó un oficio al Consulado español de Bombay para que interrogaran a la gestante y al marido, con un pliego de preguntas absolutamente indignante²³.

Se reactiva el procedimiento, aportando entonces todos los antecedentes de hecho y documentación acreditativa de lo ocurrido, aunque sin mencionar «las palabras mágicas —o malditas—: vientre de alquiler»²⁴.

²⁰ Solo se inscribe la filiación «biológica» paterna, manifestando la encargada del Registro que mamá no es la madre, sino la que ha parido.

²¹ Hay actas protocolizadas por notario de estas declaraciones.

²² Se deja constancia de que por parte del consulado todo fueron impedimentos para facilitar la egresión de los padres y de los niños españoles.

²³ Pregunta al marido: «¿Usted sabe que su esposa —se refiere, claro, a la madre gestante india— ha mantenido una relación extramatrimonial con un ciudadano español...?».

²⁴ Son palabras, *sic*, de nuestro entrevistado. Este dilema ilustra el presente trabajo de investigación porque transmite la ambivalencia social, jurídica y moral de un proceso caracterizado por una complejidad extrema.

Finalmente, y hasta el momento en que se escribía esto²⁵, el padre de las menores es —permítase la expresión— «padre biológico» y la madre no biológica es «madre adoptante».

Nuestros entrevistados plantean entonces los diversos problemas que la situación expuesta les ha generado en atención especialmente a los derechos de las menores. En primer lugar, y como se ha dicho, la posibilidad de que valorando el interés de las menores las mismas pudieran ser apartadas del núcleo familiar donde se hallaban integradas *de facto* desde su nacimiento, e incluso pudiera tramitarse un desamparo como pareció que podía producirse.

En segundo lugar, la madre comitente no pudo disfrutar de periodo alguno de descanso por maternidad, pese a la corta edad de las menores y la necesidad de reforzar las relaciones entre los padres y las niñas en ese especial periodo de la vida de las menores. La madre utilizó sus propios días de vacaciones, e incluso algún periodo de baja laboral, para atender a las niñas en sus primeros meses de vida.

Por último, pesaba en gran medida sobre el ánimo de los padres comitentes la situación hereditaria de las menores durante el tiempo de tramitación del expediente de adopción. De hecho habían acordado con los padres de la esposa un testamento no respetuoso con la legítima de estos, para garantizar la sucesión de las niñas en caso de fallecimiento previo de la madre.

A lo largo de esta historia, hemos podido descubrir los numerosos riesgos que nuestra legislación en materia de vientre de alquiler genera para los niños, incluso reconociendo la posibilidad de acceso al Registro de la filiación del padre biológico, al negar la inscripción de la filiación de la madre biológica (la titular del óvulo). Pero no solo debe destacarse este riesgo, efectivo y real para los niños, sino también el trato discriminatorio para la mujer.

Si a pesar de la consideración de contrato nulo que de dicha práctica realiza el artículo 10 de la Ley de Técnicas de Reproducción Asistida posibilita el acceso de la filiación paterna por naturaleza a través de la acción de reclamación de filiación, no encontramos argumento que justifique que igual medida no sea aplicable a la filiación materna en el caso de ser los gametos de madre subrogante. En ambos casos se parte de un contrato nulo, y en ambos casos la carga genética de menor y su realidad biológica no se corresponde con la madre de alquiler. Creemos que esto es innegable, como innegable es que no toda maternidad, en

²⁵ La entrevista se produjo pocos días después del fallo del TS y antes de la sentencia del TEDH.

nuestra legislación, se determina por el hecho del parto en cuanto esta misma ley permite la determinación de la filiación a favor de la mujer casada con otra que se someta a técnicas de reproducción asistida por mera manifestación ante el encargado del Registro Civil.

Siendo así no puede entenderse cómo en supuesto en los que óvulo y gameto masculino se implantan en vientre de alquiler se reconozca ya, no solo acción de reclamación al varón y no a la mujer, sino incluso la posibilidad de inscripción de filiación al varón, Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010, y no a la mujer.

3.1. *Las contradicciones y las consecuencias insalvables derivadas de los pronunciamientos judiciales en la concreción del interés del menor*

Pocas veces hemos constatado de manera tan rotunda la contradicción entre la doctrina del Tribunal Supremo y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre una cuestión, y sobre el mismo concepto del interés superior del menor al establecer nuestro Alto Tribunal la adopción como única vía de inscripción de filiación para la madre, pareja heterosexual, como mecanismo para garantizar el derecho del menor a la familia, creando un panorama aún más desolador al cerrar, además, la posibilidad de la inscripción de la filiación paterna, que hasta ahora se venía realizando, Resolución de la DGRN de 18 de febrero de 2009, en el supuesto de utilizarse un vientre de alquiler, y ello argumentando la protección del interés del menor a su familia:

Existen en nuestro ordenamiento jurídico diversas instituciones que lo permiten. El propio artículo 10 de la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida, en su párrafo tercero, permite la reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, por lo que si alguno de los recurrentes lo fuera, podría determinarse la filiación paterna respecto del mismo. Asimismo, figuras jurídicas como el acogimiento familiar o la adopción permiten la formalización jurídica de la integración real de los menores en tal núcleo familiar.

Es decir, la respuesta que da nuestro TS²⁶, en cualquier caso (parejas heterosexuales u homosexuales), es acudir —el padre— a un proceso

²⁶ El Tribunal Supremo aborda, a lo largo de los Fundamentos Jurídicos Tercero, Cuarto y Quinto, las cuestiones que se suscitaban en las dos instancias recorridas por el Ministerio Fiscal y las partes demandadas —con el silencio clamoroso, casi un *alla-*

judicial de acción de reclamación de paternidad, y —a la madre— le impide el acceso a una inscripción por filiación, y la remite a un proceso de adopción y, con ello además, dice, proteger el interés de los menores; ¿de qué menores?, habrá que preguntarse: ¿de un menor en abstracto?

Obviando lo discriminatorio que supone para la madre el no poder acceder a una inscripción de filiación por naturaleza, entendiendo que lo es, como ya se ha explicado, le obliga a acudir a un proceso judicial que además de un coste económico supone tiempo²⁷ y un notable coste emocional.

El TS, anulando la Resolución de la DGRN, obliga a acudir a un proceso judicial, bien de acción de reclamación de filiación, bien de adopción, para poder inscribir la filiación de los niños nacidos en extranjero por vientre de alquiler, y ello supone no ya solo mayor coste económico alejando esta posible solución de un sector social más débil económicamente, sino que además dilata el tiempo para regularizar estas filiaciones.

3.2. *Confrontación de sentencias*

Desde luego, es fácil ver que el planteamiento de la DGRN era más acertado —en nuestra opinión— y más ajustado a las nuevas directrices de la jurisprudencia europea que el criterio adoptado por el Tribunal Supremo anulando la Instrucción de 18 de febrero de 2009. No obstante la

namiento virtual, de la Abogacía del Estado, tanto en la segunda instancia como en casación—. Silencio tanto más dramático cuanto que, después de la primera instancia, nadie ha defendido los intereses de los menores nacidos en California. Los demandados, ahora *guardadores de hecho* de los menores, defendían su propio interés procreativo y su propio derecho al reconocimiento de una situación jurídica individualizada dimanante del contrato de gestación. El Ministerio Fiscal defendía la legalidad, reconociendo opuesta en este caso al interés de los menores, tal como reconoce la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014 en varios pasajes. *Vid.*, ÁLVAREZ DE TOLEDO, cit., pp. 14-15.

²⁷ Ese tiempo es relevante porque puede ocurrir que durante el mismo fallezca uno de los progenitores. Este aspecto era contemplado por nuestros protagonistas quienes tuvieron que viajar de vuelta a España volando durante una impresionante tormenta, tenían un plazo para salir y tenían miedo a no poder salir con las niñas así que volaron en condiciones realmente alarmantes. Después de esto sabían que era posible que alguno falleciera; de hecho, la madre sufrió un accidente de tráfico. Además estamos hablando de un procedimiento que no se resuelve en poco tiempo; estas niñas, aún hoy, tienen tres años, no tiene inscrita la filiación por adopción materna. Los progenitores están encontrando muchas dificultades para obtener una resolución favorable.

DGRN, sin esperar a la firmeza de la sentencia TS, dictó nueva Instrucción de 5 de octubre de 2010, permitiendo, de nuevo, el acceso al Registro Civil español de los nacidos en el extranjero mediante la utilización de vientre de alquiler y amparando así el interés superior del menor, si bien para dicha inscripción se requeriría una resolución judicial previa y no la mera certificación de la autoridad registral a la que se refería la Resolución de fecha 18 de febrero de 2009. Resolución que la DGRN considera en vigor tras analizar la sentencia del TS en correlación con la sentencia del TEDH, considerando que esta resolución contempla ya este medio de determinación de la filiación desde una perspectiva global, abordando tres aspectos: en primer lugar, los instrumentos necesarios para que la filiación tengan acceso al Registro Civil español cuando uno de los progenitores sea de nacionalidad española, como vía de reconocimiento a efectos registrales de su nacimiento; en segundo lugar, la inscripción registral en ningún caso puede permitir que con la misma se dote de apariencia de legalidad supuestos de tráfico internacional de menores; y, en tercer lugar, la exigencia de que no se haya vulnerado el derecho del menor a conocer su origen biológico, según se expresa en el artículo 7, número 1, de la Convención sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989, artículo 12 de la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional, así como en Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de septiembre de 1999.

Sin duda la DGRN adopta una postura más acorde con lo establecido por el TEDH y con lo que entendemos puede considerarse proteger el interés superior del menor, aunque ahora exige una previa resolución judicial y no la mera certificación de la autoridad registral a la que se refería la Resolución de fecha 18 de febrero de 2009.

Así el control de legalidad²⁸ sobre el contrato de gestación de sustitución obliga a los padres biológicos a presentar al Registro una decisión

²⁸ Acaso el principal inconveniente de esta Instrucción era que el control de legalidad sobre el contrato de gestación de sustitución obligaba a los padres biológicos a presentar al Registro una decisión judicial emanada de un tribunal del país de donde la madre gestante era natural, haciendo constar la virtualidad jurídica de todo el proceso (la exigencia de resolución judicial en el país de origen tiene la finalidad de controlar el cumplimiento de los requisitos de perfección y contenido del contrato respecto del marco legal del país donde se ha formalizado, así como la protección de los intereses del menor y de la madre gestante. En especial, permite constatar la plena capacidad jurídica y de obrar de la mujer gestante, la eficacia legal del consentimiento prestado por no haber incurrido en error sobre las consecuencias y alcance del mismo, ni haber sido sometida a engaño, violencia o coacción o la eventual previsión y/o posterior respeto a la facultad de revocación del consentimiento o cualesquiera otros requisitos

judicial emanada de un tribunal del país de donde la madre gestante era natural, haciendo constar la virtualidad jurídica de todo el proceso. El requisito de resolución judicial en el país de origen no era exigida por la resolución de 8 de febrero de 2009 anulada por la sentencia del TS.

Con la Instrucción se protege el interés del menor, facilitando la continuidad transfronteriza de una relación de filiación declarada por un Tribunal extranjero —como ha quedado dicho en nota a pie subsiguiente—, siempre que esa resolución sea reconocida en España, y, de acuerdo con la doctrina del TS, se omite el requisito del exequátur y se faculta al funcionario del Registro Civil español para calificar la legalidad y garantías de la resolución judicial.

El asunto que resolvió el TEDH —como también se ha apuntado— tiene un origen similar o idéntico a los hechos que venimos narrando, pues se trata de una maternidad por sustitución llevada a cabo en la India. De hecho, las palabras de la Corte de Casación francesa podrían ser trascritas como si se tratara de nuestro TS aludiendo a los hechos expuestos en el epígrafe 1 de este artículo de investigación: «El acta de nacimiento del niño proveniente de las autoridades indias no puede transcribirse en los libros del Registro Civil francés. En presencia de fraude resulta inútil invocar el interés superior del niño que garantiza el artículo 3-1 de la Convención Internacional de los Derechos del Niño (CIDN), ni el respeto de la vida privada y familiar conforme al artículo 8 de la Convención Europea de los Derechos Humanos y de sus libertades fundamentales, de modo que el motivo de reclamación no resulta fundado conforme a Derecho».

Nuestro TS, en defensa de un equívocamente llamado orden público, impide el acceso a la inscripción de la filiación, para proteger, dice, la dignidad del menor y de la madre portante e impedir con ello las llamadas «granjas de mujeres»; sin embargo, permite que dicha técnica se siga utilizando y ofrece una vía en fraude de derecho, la adopción, sin considerar la posibilidad de que el juez de instancia que valore el caso pueda apreciar la existencia de dicho fraude y, ante la ilegalidad de

previstos en la normativa legal del país de origen. Igualmente, permite verificar que no existe simulación en el contrato de gestación por sustitución que encubra el tráfico internacional de menores. Son palabras de la propia Instrucción que analizamos).

El único «consuelo» —permítase la expresión; queremos transmitir que, después de un proceso complejo y profuso en sentido amplio de maternidad subrogada, la necesidad de obtener un pronunciamiento judicial del país de origen...— era que, de acuerdo con la doctrina del TS, se omitía el requisito del exequátur y se facultaba al funcionario del Registro Civil español para calificar la legalidad y garantías de la resolución judicial.

la técnica, declarar el desamparo de las menores como ocurrió en Italia, un riesgo para los menores que debe ponderarse y tener muy en cuenta.

Con este mismo argumento el TS también abre la puerta de atrás al padre, puesto que tampoco permite la inscripción de la filiación paterna, obligando a recurrir a un proceso de acción de reclamación de la filiación, creando también, con respecto del padre, el perjuicio analizado sobre los derechos hereditarios de los menores en caso de fallecimiento del padre antes de la finalización del proceso. Parece que el TS en su análisis del abstracto «interés del menor» no considera estos posibles perjuicios y riesgos que crea a estos menores en su resolución.

Este aspecto, por el contrario, sí es contemplado por el TEDH al analizar el supremo interés del menor: *«El Tribunal aprecia, además, que estos niños no pueden heredar de los esposos recurrentes sino en tanto que legatarios de los mismos, de forma que los derechos sucesorios se calculan de forma menos favorable, evidenciando así otro elemento de la identidad filial de los que se encuentran privados»*.

Y también el TEDH analiza la posibilidad de perjuicio al menor en la determinación de la nacionalidad en el supuesto de que tampoco se inscriba la filiación paterna:

Sin embargo, por lo que se refiere al respeto de la vida privada de los niños así nacidos, el Tribunal aprecia que estos se encuentran en una situación de incertidumbre jurídica: sin ignorar que los niños han sido identificados en el extranjero como hijos de los recurrentes, Francia les niega, sin embargo, esta consideración en su ordenamiento jurídico. El Tribunal considera que tal contradicción atenta al reconocimiento de su identidad en el seno de la sociedad francesa. Por añadidura, a pesar de que su padre biológico sea francés, los niños se ven abocados a una inquietante incertidumbre en cuanto a la posibilidad de ver reconocida su nacionalidad francesa, una indeterminación susceptible de afectar negativamente la definición de su propia identidad.

3.3. *El auto del Tribunal Supremo de 2 de febrero de 2015*

Contra la sentencia comentada del Alto Tribunal español de 6 de febrero de 2014 los recurrentes formularon incidente de nulidad de actuaciones al estimar que la misma vulneraba las reglas sobre la prueba y la carga de la prueba, incurría en vicio de incongruencia, vulneraba el derecho a la intimidad familiar y a la igualdad sin sufrir discriminación. El trámite del incidente de nulidad de actuaciones se aprovecha de ofi-

cio por el propio Tribunal Supremo para introducir en el procedimiento la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos contenida en su sentencia de 26 de junio de 2014, al haberse acordado la deliberación del Pleno después del dictado de la sentencia del Tribunal Europeo. En palabras del auto que nos disponemos a comentar «el incidente de nulidad de actuaciones se muestra como el medio más idóneo para valorar si se ha producido una vulneración de derechos fundamentales conforme a la interpretación que de los mismos realiza dicho Tribunal», teniendo en cuenta la relevancia de la interpretación del TEDH del Convenio Europeo de Protección de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, norma interpretadora de los derechos fundamentales y libertades públicas reconocidos en nuestra Constitución (art. 10 CE).

Aprovechando el trámite los recurrentes invocaban la identidad del supuesto y en consecuencia la aplicación de la doctrina contenida en la sentencia del tribunal europeo.

Acota el Tribunal Supremo los supuestos fácticos de ambas resoluciones para concluir que la diversidad de los mismos impide la trasposición sin más de lo resuelto por la sentencia de 26 de junio de 2014 al caso objeto de enjuiciamiento. Las similitudes resaltadas de ambos procedimientos para el Tribunal Supremo se circunscriben a la solicitud de transcripción al Registro Civil de las actas extranjeras de nacimiento que establecen la filiación de los hijos respecto de los padres comitentes en un supuesto de gestación por sustitución. Pero más allá de dicha premisa idéntica inicial, para nuestro Tribunal Supremo, las diferencias son notables y determinan que no nos hallemos ante jurisprudencia contradictoria sobre la misma cuestión jurídica.

Es determinante para el Tribunal Supremo que el Tribunal de Casación francés afirmara la imposibilidad absoluta de que pudiera determinarse *cualquier* tipo de filiación entre los menores y los padres comitentes por razón de la nulidad inicial del contrato: ni se permitiría la determinación de la filiación biológica ni la filiación adoptiva pese a estar integrados los menores *de facto* en el núcleo familiar de los padres comitentes. En el caso español la propia sentencia reconoce al padre, de existir relación biológica con el menor, a instar la acción de reclamación de la filiación, como asimismo la posibilidad de adopción por el padre no biológico, con lo que los efectos de la nulidad no son absolutos como en el caso francés.

En segundo lugar, los efectos sucesorios o sobre la nacionalidad de los menores que destaca el TEDH no son trasladables al asunto español, en que la posibilidad de determinación de la filiación biológica o adoptiva permitirá alcanzar los efectos indicados.

En tercer lugar, ante la existencia de fraude de ley el Tribunal francés entendía que no era invocable el interés superior del menor, en tanto la sentencia del Tribunal Supremo lo reconoce hasta el punto de instar al Ministerio Fiscal la adopción de las medidas oportunas para la determinación de la filiación del menor y para su protección tomando en consideración la efectiva integración *de facto* de los menores en el núcleo familiar.

Y por último, el asunto del que conoció el TEDH contenía no solo la petición principal de transcripción al Registro Civil francés de las actas de nacimiento californianas sino una petición subsidiaria de declaración de la filiación biológica del padre y por posesión de estado en uno de los supuestos, petición absolutamente rechazada por el órgano francés. Sin embargo, en el procedimiento español la *litis* se formula únicamente en relación a la inscripción registral no existiendo prueba suficiente, aun cuando sí indicios, de la aportación de material genético de uno de los recurrentes ni pruebas sobre la integración *de facto* de los mismos en la familia.

En resumen, en el asunto francés se vetaba por completo la posibilidad de determinación de filiación respecto de los menores y además existió pronunciamiento expreso sobre la cuestión que fue solicitada de forma subsidiaria en la demanda.

Pese al esfuerzo dialéctico del Tribunal, claramente las diferencias no eran tan absolutas que hubieran impedido la aplicación de la doctrina del Tribunal Europeo al supuesto enjuiciado en España. Es cierto que las consecuencias extremas de prohibición de determinación de la filiación sobre los menores que extrajo el Tribunal francés de la prohibición del contrato de maternidad subrogada en el ordenamiento jurídico nacional no se contemplan en la sentencia española, que abre, como hemos dicho, la posibilidad de ejercitar la acción de reclamación de la filiación biológica y adoptiva en su caso. Pero el Tribunal Europeo va más allá, estableciendo, y así se transcribe en la propia resolución, que «en consideración a la importancia de la filiación biológica como elemento de la identidad de todo individuo, no cabe pretender que sea conforme con el interés superior del niño el privarle de un vínculo de esta naturaleza cuando la realidad biológica de dicho vínculo ha sido establecida y el niño y el padre afectados reivindican su pleno reconocimiento».

Ello nos lleva nuevamente a la cuestión probablemente central de la *litis*, y que denuncia con claridad el voto particular. La pretensión seguida en España, como la seguida en Francia, se refiere a los efectos de la transposición de una filiación declarada en un país que admite la maternidad subrogada, que es en ambos casos denegada porque vulnera el orden pú-

blico nacional. Y el Tribunal Europeo declara que esta consecuencia no es conforme al interés superior del menor, que debe prevalecer aun cuando se haya acudido en su gestación al discutido contrato de maternidad subrogada. De hecho el vicio de incongruencia denunciado por los recurrentes a través del recurso de nulidad de actuaciones ahonda en la cuestión, esto es, que el Alto Tribunal habría alterado los términos del debate procesal inicial, introduciendo en el análisis de la legalidad española que impone el artículo 23 de la Ley del Registro Civil al registrador para la inscripción, el concepto de orden público al que nos hemos referido.

El voto particular formulado nuevamente por los magistrados José Ramón Ferrándiz Gabriel, José Antonio Seijas Quintana, Francisco Javier Arroyo Fiesta y Sebastián Sastre Papiol, destaca que las soluciones ofrecidas por ambas sentencias son distintas partiendo de una misma realidad, la prohibición de la gestación por sustitución, viciada de nulidad, por lo que la excepción de orden público seguiría existiendo en todo caso. Y respecto de ella la sentencia del TEDH ha impuesto que el menor no se vea perjudicado. A juicio del voto particular, «la solución alcanzada por la mayoría no ha realizado una adecuada ponderación de los bienes jurídicos en conflicto que tome en consideración primordial no solo el interés superior de los menores, que fundamenta en lo sustancial las resoluciones del TEDH, sino la incertidumbre jurídica que la situación genera y seguirá generando en tanto no se dé respuesta a su solicitud de inscripción», denunciando la (in-) admisión circular de la protección solicitada, e incluso a través de vías singulares, como la interpretación de la propia DGRN «que ha terminado por convertir la excepción de orden público en una cuestión meramente formal».

Es relevante que el voto particular incida en el concepto de los *niños de carne y hueso*, de forma que la mera posibilidad procesal apuntada por el Alto Tribunal de acceder a la filiación biológica o adoptiva de los menores no satisface este concreto interés por la incertidumbre jurídica que genera en la situación de unos menores que no se ven de forma inmediata amparados en sus derechos. Se vislumbra la equiparación para el voto particular del concepto de interés superior de los menores con el de los concretos derechos afectados por dichos menores en el caso que se enjuicia, en la forma expresada anteriormente por la doctrina científica.

III. MATERNIDAD SUBROGADA SIN DISCRIMINACIÓN

Una breve relectura de lo expuesto hasta ahora, permite elaborar un cuadro sinóptico de los ingentes y múltiples supuestos de discrimina-

ción que pueden generarse a partir de regulaciones o decisiones judiciales inidóneas para maternidad por sustitución:

- a) *Discriminación laboral*: consecuencias laborales, baja, ayuda por maternidad, prestaciones sociales, etc.
- b) *Discriminación infantil*: convivencia, derechos hereditarios, etc.
- c) *Discriminación económica*: costes del proceso, exclusión de familias de bajo nivel adquisitivo, etc.
- d) *Discriminación sociopolítica*: sufrimiento personal, desequilibrio cultural, inseguridades, etc.
- e) *Discriminación por razón de sexo*: la madre no puede iniciar un proceso de vientre de alquiler, tiene vetada luego las reclamaciones judiciales, hereditarias, pensiones, etc.

Podemos recordar que dispone el artículo 10 de la Ley sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida la nulidad del contrato de maternidad por sustitución. Y como consecuencia de dicha nulidad la paternidad quedará determinada a través de la correspondiente acción de reclamación de la misma, pero en todo caso la maternidad vendrá determinada por el parto. La ley establece diversas consecuencias a la nulidad con la que sanciona el contrato de maternidad subrogada: en relación al padre, obliga a formular la correspondiente demanda de reclamación de la paternidad. En cambio y en todo caso, impide la reclamación de la maternidad incluso en los casos en que los gametos procedan también de la madre subrogante.

Para el Tribunal Supremo, en la sentencia analizada, «el propio artículo 10 de la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida, en su párrafo tercero, permite la reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, por lo que si alguno de los recurrentes lo fuera, podría determinarse la filiación paterna respecto del mismo». Aun cuando dictada la sentencia en relación a una pareja formada por dos varones, no se pronuncia sobre el inciso final del párrafo tercero del artículo 10 de la Ley comentada.

El artículo 39 de la Constitución Española consagra la investigación de la paternidad, reconociendo el derecho de todo individuo al conocimiento de su filiación biológica, que para el Tribunal Europeo de Derechos Humanos se encuentra incardinado en el propio derecho a la vida privada del individuo del artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Pero la norma sin más prohíbe la determinación de la filiación biológica materna en este supuesto, restando únicamente el trámite de la adopción.

1. *La igualdad constitucional y la no discriminación, «un matrimonio indisoluble»*

El principio de igualdad consagrado constitucionalmente en el artículo 14 de la Constitución Española exige un trato no diferenciado de los ciudadanos ante la ley, sin que los motivos de trato desigual sean debidos a razones arbitrarias, injustificadas, o derivadas de hechos biológicos o sociales. El principio constitucional a la igualdad de trato ante la ley exige que la regulación normativa realice un trato igual a personas que se hallen en situación idéntica.

Ello nos obliga a analizar si la diversidad de tratamiento en relación a la determinación de la filiación derivada de un contrato de maternidad subrogada supone una discriminación normativa, o, en su caso, se encuentra justificada. Sostiene Luis M. Díez-Picazo²⁹ que, para que haya vulneración del principio de igualdad ante la ley o discriminación no basta un trato distinto, sino que es imprescindible que este sea arbitrario o injustificado, con lo que lo esencial será determinar qué criterios de diferenciación normativa son legítimos y cuáles no.

No resulta nada fácil deslindar las relaciones entre la igualdad constitucional y la no discriminación. En un elaborado documento (disponible online)³⁰, Roca Trías y Ahumada Ruiz hacen notar que, aunque la distinción no sea siempre nítida, el Tribunal (Constitucional)³¹ ha recurrido en su jurisprudencia en materia de igualdad a la distinción entre los casos en los que se examina el respeto al principio de igualdad y los casos en los que se examina la existencia de discriminación (como hemos visto, en una de las primeras sentencias, la STC 22/1982, advirtió que «toda desigualdad no constituye necesariamente una discriminación»). Para este segundo tipo de casos, los de discriminación, el Tribunal reserva un canon de control más exigente que el de razonabilidad:

Si el principio de igualdad “no postula ni como fin ni como medio la paridad y solo exige la razonabilidad de la diferencia de trato”, las prohibiciones de discriminación, en cambio, imponen como fin y generalmente como medio la parificación de trato legal, de manera que solo pueden ser utilizadas excepcionalmente por el legislador como

²⁹ DÍEZ-PICAZO, L. M. (2013): *Sistema de Derechos Fundamentales*, Cívitas, 4.ª ed., Madrid.

³⁰ ROCA TRÍAS, E., y AHUMADA RUIZ, M.ª A. (2013): «Los principios de razonabilidad y proporcionalidad en la jurisprudencia constitucional española», *Conferencia «Trilateral» Italia/Portugal/España*, Roma, 24 a 27 de octubre, pp. 22 y ss.

³¹ La aclaración es nuestra. Los resaltados en negrita, de las propias autoras.

criterio de diferenciación jurídica (STC 229/1992, fundamento jurídico 4.º). Lo que implica la necesidad de usar en el juicio de legitimidad constitucional un canon mucho más estricto y que implica un mayor rigor respecto a las exigencias materiales de proporcionalidad (SSTC 75/1983, fundamento jurídico 4.º, 209/1988, fundamento jurídico 6.º). STC 126/1997 (FJ 8).

Cuando se denuncia la existencia de trato discriminatorio derivado de la norma, corresponde a los defensores de la ley la prueba, no ya de la razonabilidad de la medida, sino de su necesidad para alcanzar un fin constitucionalmente relevante y no, simplemente, «no contradictorio con la Constitución» (una construcción que recuerda bastante a los tests de escrutinio estricto y escrutinio intermedio desarrollados por la jurisprudencia norteamericana y aplicables a los casos de discriminación).

Cuando frente a situaciones iguales o aparentemente iguales se produzca una impugnación fundada en el artículo 14 corresponde a quienes asumen la defensa de la legalidad impugnada y por consiguiente la defensa de la desigualdad creada por tal legalidad, la carga de ofrecer el fundamento de esa diferencia que cubra los requisitos de racionalidad y de necesidad en orden a la protección de los fines y valores constitucionalmente dignos y en su caso propuestos por el legislador, a que antes hemos hecho referencia (STC 103/1983, FJ 5).

La carga de demostrar el carácter justificado de la diferenciación recae sobre quien asume la defensa de la misma y se torna aún más rigurosa que en aquellos casos que quedan genéricamente dentro de la cláusula general de igualdad del artículo 14 CE, al venir dado el factor diferencial por uno de los típicos que el artículo 14 CE concreta para vetar que en ellos pueda basarse la diferenciación, como ocurre con el sexo, la raza, la religión, el nacimiento y las opiniones (STC81/1982, de 21 de diciembre, FJ 2) (STC 200/2001, de 4 de octubre, FJ 4).

No obstante, como antes se ha dicho —siguen reflejando Roca y Ahumada—, el planteamiento de un caso como un supuesto de «cláusula general de igualdad» o de «prohibición de discriminación» no siempre es claro y ocasionalmente, la respuesta del Tribunal contribuye a mantener la indeterminación. Así, recientemente, en la STC 41/2013, el Tribunal consideró que aunque el asunto estuviera planteado por el juez proponente de la cuestión de inconstitucionalidad como un caso de prohibición de discriminación, podía y debía ser examinado, con carácter previo, bajo la perspectiva de la cláusula general de igualdad. Alcan-

zada la conclusión de que la medida legislativa examinada no superaba el test de razonabilidad, estimó innecesario entrar a comprobar si la medida era, además, inconstitucional por discriminatoria «por razón de orientación sexual», como se denunciaba por el afectado³²:

El requisito contenido en la letra c) de la disposición adicional tercera de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, constituye una directa vulneración del principio de igualdad ante la ley consagrado por el artículo 14 CE, pues la diferencia de trato que se establece por la norma cuestionada entre parejas de hecho, en razón a que hubieran tenido o no hijos en común, no solo no obedece, como se ha visto, a ninguna razón objetivamente justificada, relacionada con la propia esencia, fundamento o finalidad de la pensión de viudedad especial regulada en la referida disposición adicional de la Ley 40/2007 (aplicable solo a hechos causantes acaecidos antes de su entrada en vigor), sino que conduce además a un resultado desproporcionado, al impedir injustificadamente a determinados supervivientes de parejas de hecho el acceso a la protección dispensada mediante dicha pensión, por ser de imposible cumplimiento (por razones biológicas o jurídicas) la exigencia de haber tenido hijos comunes. [] Ello conduce a declarar por este motivo la inconstitucionalidad y nulidad de la letra c) de la disposición adicional tercera de la Ley 40/2007, lo que hace innecesario que nos pronunciamos acerca de si, además, el precepto en cuestión conlleva una vulneración de la prohibición de discriminación en función de “cualquier otra condición o circunstancia personal o social” a la que artículo 14 CE se refiere, en particular por causa de la orientación sexual.

2. *La filiación como consecuencia necesaria de la no discriminación*

Partiendo de que el legislador declara la nulidad del contrato de maternidad subrogada, el artículo 10 de la ley comentada —como dijimos— acuerda las consecuencias derivadas de la filiación del menor nacido bajo esta relación jurídica. Y partiendo, igualmente, de la consagración constitucional de la investigación de la paternidad y de la imbricación de la filiación en el concepto mismo de la vida privada y dignidad del individuo, es razonable que pese a la nulidad contractual el legislador dé contenido a la filiación producida, permitiendo la reclamación paterna de la misma.

³² La cita es extensa, pero merece la pena. Más aún si recordamos que estamos analizando eventuales supuestos de discriminación por razón de sexo.

En la doctrina, se ha visto con sutileza³³ que uno de los motivos alegados por la jurisprudencia para vetar la inscripción era la alusión a otro concepto terriblemente complejo: el orden público internacional, haciendo saber que en la doctrina se manejan dos variantes: el de «orden público atenuado» y el «orden público de proximidad»³⁴. Según la teoría del «orden público internacional de proximidad» (*Inlandsbeziehung* en la doctrina y en la literatura alemanas) se justifica la aplicación del orden público, con el consiguiente rechazo de la aplicación de la ley extranjera, cuando exista una conexión importante entre la situación privada internacional y el Estado del foro... El enfoque del orden público internacional de proximidad no es aceptado por todos los internacionalistas como un método conflictual adecuado, pues gran número de autores, dentro y fuera de España, advierten que puede suponer una intolerable *relativización de los derechos fundamentales*,... La Sentencia del Tribunal Supremo comentada —según Álvarez de Toledo— no ofrece suficientes datos como para esclarecer si con la expresión arriba trascrita, ha querido referirse a un orden público internacional «de proximidad» o un orden público «atenuado». Aunque este autor termina inclinándose por la concepción en esta sentencia del orden público atenuado.

No existe sin embargo motivo justificado para que en el supuesto que venimos analizando no se permita igualmente la investigación y reclamación de la filiación materna. El avance de la técnica médica ha permitido la implantación de un óvulo fecundado, sin que deba dudarse desde el punto de vista biológico quién ha aportado el material genético del nacido. Ello sitúa la acción de reclamación de la filiación materna en el mismo ámbito de determinación de la filiación biológica que la filiación paterna. Además, en ambos casos, se parte de un contrato nulo en que han tenido intervención los progenitores. Y a ambos supuestos, filiación materna y paterna, se extiende el derecho del niño a conocer su filiación biológica.

³³ Nos referimos a ÁLVAREZ DE TOLEDO, cit., pp. 19 y ss.

³⁴ Según el último autor citado, a quien seguimos en este punto, el orden público internacional atenuado se caracteriza por excluir la aplicación de la institución de Derecho extranjero solo en su dimensión constitutiva, esencial o nuclear, permitiendo, para preservar la seguridad jurídica internacional, que tal institución o relación jurídica constituida fuera de España despliegue en nuestro suelo ciertos efectos reputables como no nucleares, secundarios o marginales, orientados hacia planos jurídicos distintos. En cambio, el orden público internacional de proximidad es el que solo excluye la aplicación del Derecho extranjero cuando la situación privada internacional se mantiene tan próxima a la esfera del Estado del foro que puede poner en peligro las bases del comportamiento y las normas de cohesión de la sociedad.

Tampoco puede sostenerse que la filiación materna en todo caso se determine por el parto en la legislación española, en cuanto la misma ley permite la determinación de la filiación a favor de la mujer casada con otra que se someta a técnicas de reproducción asistida por mera manifestación ante el encargado del Registro Civil —en su art. 7—, siendo evidente que en este caso no es el parto el que determina la filiación de la madre no gestante.

Siendo ello así, la diferencia de trato normativo tiene un carácter sancionador en todo caso a la mujer, que en los supuestos como el real que hemos analizado, no se justifica en un interés social atendible más allá del regulado para el progenitor varón, pudiendo conllevar una diversidad de trato, a nuestro juicio, contraria al mandato igualitario del artículo 14 de la CE y al principio de no discriminación.

En la situación real que hemos planteado la madre no pudo disfrutar del permiso para el cuidado de las niñas en los primeros meses de la vida de las mismas. Este es un derecho derivado no solo de protección de la mujer antes y tras el parto, sino también de la conciliación familiar y laboral de las personas que trabajan, por lo que puede disfrutarse tanto por el hecho del parto como por el hecho de la adopción.

El Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea ha tenido ocasión de pronunciarse con carácter prejudicial sobre la compatibilidad de la denegación del permiso de maternidad a una madre subrogante con las Directivas comunitarias 92/85/CEE 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 periodo de lactancia, Directiva 2006/54/CEE sobre igualdad de trato entre los trabajadores y las trabajadoras y Directiva 2000/78/CEE sobre igualdad de trato en asuntos de empleo y ocupación, en sendas sentencias de 28 de marzo de 2014 (asuntos C-167/12 y C-363/12, respectivamente).

En la primera de las sentencias se promovió cuestión prejudicial por el *Employment Tribunal, Newcastle upon Tyne* (Reino Unido) la Sra. D.^a, madre subrogante, que tuvo un hijo gracias a un convenio de gestación por sustitución, solicitando de su empleador (una fundación dependiente del Servicio nacional de salud) permiso retribuido a raíz del nacimiento del niño. La pareja de la demandante facilitó el esperma para la fecundación, pero el óvulo no era de la demandante, sino de la gestante. Además la demandante no había iniciado el proceso de adopción sobre el menor.

El Tribunal analiza la normativa interna de Reino Unido y la finalidad del permiso de maternidad y lactancia previsto en la Directiva 92/85. Entiende al Alto Tribunal europeo que «este permiso de mater-

nidad al que tiene derecho la trabajadora tiene por objeto, por una parte, la protección de la condición biológica de la mujer durante el embarazo y después de este, y, por otra parte, la protección de las especiales relaciones entre la mujer y su hijo durante el periodo que sigue al embarazo y al parto, evitando que la acumulación de cargas que derivan del ejercicio simultáneo de una actividad profesional perturbe dichas relaciones». Mientras que esta actuación de protección de la mujer lo es en razón de su especial vulnerabilidad derivada de todo el embarazo, el objeto de la protección de las relaciones especiales de la mujer con su hijo sólo abarca el periodo posterior al embarazo y el parto.

Dado que la demandante en ningún momento estuvo embarazada ni dio a luz, concluye el Tribunal que no entra dentro del ámbito de la Directiva, ni siquiera cuando puede amamantar al niño tras su nacimiento ni si efectivamente lo amamanta, resolviendo que no se producía con la denegación del permiso vulneración de la Directiva mencionada.

Tampoco apreciaba el Tribunal una infracción de la Directiva 2006/54 en relación a su artículo 14 toda vez que la denegación por el empresario del permiso interesado no era una decisión basada en el sexo, no suponiendo discriminación por esta causa. Concluía el Tribunal manifestando que «no puede ser objeto de un trato menos favorable ligado a su embarazo, ya que ella no ha estado encinta de ese niño».

La sentencia sin embargo no afronta las consecuencias derivadas de la denegación del permiso en relación con las relaciones especiales de la mujer con el niño, probablemente por la falta de vinculación genética con el menor.

Más interesante resulta aún la sentencia de la misma fecha del Tribunal en el asunto C-362/12. La demandante también había acudido a la maternidad subrogada para tener un hijo, porque por una extraña enfermedad carecía de útero, aun cuando no de ovarios y de material reproductivo. El tratamiento de fecundación *in vitro* se realizó en Irlanda y fue realizada la transferencia de los óvulos a la madre gestante en California. Las autoridades californianas certificaron que la niña nacida era hija de la demandante por haber sido concebida con los gametos de la misma y de su esposo.

Desde la llegada a Irlanda, la demandante y su esposo habían tenido la guarda legal de la niña, pero la falta de regulación en absoluto de la gestación por subrogación en Irlanda provocaron la denegación del permiso de maternidad a la misma, porque no había dado a luz a la niña ni la había adoptado.

Las cuestiones prejudiciales resueltas por el Tribunal se refieren de un lado a si la denegación del permiso es una discriminación por razón de sexo de la demandante, si se produce una discriminación en relación con el permiso por adopción y si se consideraría una discriminación por razón de la discapacidad de la demandante, entendida como tal la imposibilidad de la demandante para tener un hijo por medios convencionales.

Sobre la primera de las cuestiones, entendiendo que el trato dispensado a la demandante no se relaciona con el sexo de la misma, dado que no supone un perjuicio a las trabajadoras en comparación con los trabajadores, y teniendo en cuenta que el artículo 8 de la Directiva no obliga a conferir el permiso de maternidad a una mujer que no ha estado encinta, no se considera vulneración de la Directiva 92/85.

En relación a la comparación con el permiso por adopción evita el Tribunal pronunciarse, en tanto la Directiva 2006/54 no regula el permiso de adopción sino que «reconoce la libertad de los Estados miembros para conceder o no un permiso por adopción que las condiciones de aplicación de dicho permiso no relacionadas con el despido y la reincorporación al trabajo no entran en el ámbito de aplicación de la Directiva».

Por último y en relación a la discapacidad de la demandante, el ámbito de la Directiva 2000/78 supone «que la limitación que aqueja al personal, al interactuar con diversas barreras, pueda impedir su participación plena y efectiva en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores» lo que no concurrirían en autos por no suponer un impedimento para que la madre subrogante accediera al empleo, lo ejerciera o progresara en él.

La solución dada por el Tribunal no resulta satisfactoria. Deja sin resolver el Tribunal la incidencia del permiso que, en ambos casos, pero en especial en el segundo, se deniega a la madre desde el prisma de las relaciones especiales con su hijo y para evitar que las especiales cargas laborales afecten a este crítico periodo de la vida del bebé en sus relaciones con la madre. Las resoluciones dictadas se han centrado en el hecho bilógico del parto sin adentrarse en la otra finalidad reconocida por el Tribunal y sin duda digna de idéntica protección. En segundo lugar, la comparación con el permiso reconocido para la adopción plantea los mismos interrogantes formulados por la recurrente en el asunto C-362/12, en tanto la protección aquí dispensada a la mujer trabajadora no puede ser analizada únicamente desde el prisma de su vulnerabilidad por el embarazo y parto posterior, situación compartida en el caso de la maternidad subrogada en que la filiación había sido expresamente reco-

nocida. Por último, reconociendo el Tribunal la enfermedad de la demandante como discapacidad en el sentido de la Convención de la ONU sobre los derechos de las personas con discapacidad, la interacción de esta situación en el desarrollo y progreso del trabajo de la mujer en estas primeras y especiales primeras semanas de vida común con el bebé no han merecido respuesta adecuada al amparo de la normativa comunitaria estudiada.

En cualquier caso, y como se ha podido ver a lo largo del presente trabajo, son muchas las derivaciones discriminatorias que se vislumbran de una resolución tan extraña —nos referimos a términos estrictamente jurídicos— de entender, en la medida y manera que la fuerza de la naturaleza de las cosas —que diría algún jurista de reconocido prestigio— ha de posibilitar que, primero, cabe realizar un contrato privado en el que se dispone que una mujer se obliga a gestar por otra; y, en segundo término, que el hijo o hija nacido por este método tiene filiación («es hijo de...»), no de la madre gestante, sino de la «madre jurídica».

IV. A MODO DE CONCLUSIÓN

Podemos entonces ir cerrando este capítulo analítico concluyendo, por una parte, que la prohibición de la maternidad por subrogación que se contiene en el artículo 10 de la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida, siguiendo la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, no puede conllevar la ausencia del reconocimiento de la filiación y de los efectos derivados de la misma respecto del menor nacido por esta técnica, ni las consecuencias derivadas de su integración en la vida familiar de los padres comitentes, por constituir lo contrario, una vulneración del contenido del artículo 8 del CEDH.

De seguido, las consecuencias que la ley atribuye a la nulidad del contrato de maternidad subrogada en relación a la filiación del menor y que han sido ratificadas por el Tribunal Supremo en su sentencia de 6 de febrero de 2014 pueden en determinados supuestos no amparar el interés superior del menor, entendido como la efectiva garantía de los derechos del niño concreto gestado por la técnica analizada. En especial los derechos sucesorios, los referidos a la nacionalidad del menor y los referidos al reconocimiento de su filiación biológica.

En tercer lugar, la distinta configuración legal del régimen de la filiación del menor nacido bajo contrato de maternidad subrogada en relación a la filiación paterna y materna puede no amparar el derecho al

conocimiento de la filiación biológica materna del menor, ínsito en el propio derecho a la vida privada, dignidad e intimidad del niño. La mencionada distinción de la determinación de la filiación del artículo 10 de la Ley de Técnicas de Reproducción Asistida respecto de la filiación paterna y materna puede constituir una diversidad de trato no amparada por el artículo 14 de la CE, al impedirse en todo caso a la mujer la reclamación de la filiación del menor nacido de sus gametos.

Y, por último, la regulación del permiso de maternidad —y de otras prestaciones sociales—, desde el prisma de la protección de las relaciones del menor con su madre en el especial periodo de vida después del nacimiento del niño, aconsejarían permitir —como ya ha hecho alguna jurisprudencia regional— una interpretación flexible de la situación para asimilarla al supuesto de maternidad por adopción, garantizando con ello no solo los derechos de la madre sino especialmente los del menor.

Es deseable que, a la luz de la sentencia de TEDH, este panorama jurídico cambie en nuestro país y se dote de soluciones justas e igualitarias a quienes, no por capricho, sino en su deseo de tener descendencia biológica, recurran a esta técnica que proporciona los avances científicos sin que tengamos que esperar a que la ciencia nos permita llevar todo el embarazo en un útero artificial, léase incubadora, y lleguemos al absurdo de determinar la filiación por naturaleza de la máquina.

BIBLIOGRAFÍA

- ÁLVAREZ DE TOLEDO QUINTANA, L. (2014): «El futuro de la maternidad subrogada en España: entre el fraude de ley y el correctivo de orden público internacional», en *Cuadernos de Derecho Transnacional* (octubre 2014), Vol. 6, n.º 2, pp. 5-49.
- ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S. (2013): «Reconocimiento de la filiación de gestación por sustitución», *Entre Bruselas y La Haya: Estudios sobre la unificación internacional y regional del Derecho internacional privado. Liber amicorum Alegría Borrás* / coord. por Joaquim Joan Forner i Delaygua, Cristina González Beilfuss, Ramón Viñas Farré.
- (2010): «Efectos en España de la gestación por sustitución llevada a cabo en el extranjero», *Anuario de Derecho Internacional Privado*, n.º 10.
- CARBONNIER, J. (1960): *Comment. S. Cour d'Appel Paris*, 10 de abril de 1959, en Dalloz.
- CATTO, M.X. (2013): «La gestation pour autrui: d'un problème d'ordre public au conflit d'intérêts?», *Revue du centre de recherches et d'études sur les droits fondamentaux*, 3.

- CILLERO BRUÑO, M. (2014): *El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño*, online.
- CORERA IZU, M. (2014): «Abandonados, apátridas y sin padres», *Diario La Ley*, n.º 8345, Sección Doctrina, 2 de julio, año XXXV.
- DE CASTRO MARTÍN, R. (2011): *El interés superior del menor*, 11/2011, Sevilla.
- DÍEZ-PICAZO, L. M. (2013): *Sistema de Derechos Fundamentales*, Cívitas, 4.ª ed., Madrid.
- GARCÍA RUBIO, M. P. (1987): «La experiencia jurídica italiana en materia de fecundación asistida. Consideraciones respecto del derecho civil español», *Revista Tapia*, n.º 36.
- GRANET, F. (2014): «La maternité de substitution et l'état civil de l'enfant», *Commission Internationale de l'État Civil*.
- JOYAL, R. (1991): «La notion d'intérêt supérieur de l'enfant, sa place dans la Convention des Nations Unies sur les Droits de l'Enfant». *Revue Internationale de Droit Penal*, n.º 3-4, 1991.
- LAMM, ELEONORA, «Gestión por sustitución. Realidad y derecho», *Indret*, 3-2012, julio de 2012.
- MARTÍNEZ CALCERRADA, L.: *La nueva inseminación artificial*, Madrid, 1989.
- PARKER, S. (1994): «The best interests of the child. Principles and problems», *International Journal of Law and the Family*, n.º 8, abril de 1994.
- QUINONES ESCÁMEZ, A. (2009): «Doble filiación paterna de gemelos nacidos en el extranjero mediante maternidad subrogada en torno a la RDGRN de 18 de febrero de 2009», *Indret-Revista para el Análisis del Derecho*, 3/2009.
- RIVERO HERNÁNDEZ, F. (2007): *El interés del menor*, 2.ª ed., Madrid.
- ROCA TRÍAS, E. (1994): «El interés del menor como factor de progreso y unificación del Derecho Internacional Privado, discurso de contestación a la académica de número Dra. Alegría Borrás, en su discurso de ingreso en la Academia de Jurisprudencia y Legislación de Cataluña», *Revista Jurídica de Cataluña*, n.º 4.
- ROCA TRÍAS, E., y AHUMADA RUIZ, M.ª A. (2013): «Los principios de razonabilidad y proporcionalidad en la jurisprudencia constitucional española», *Conferencia «Trilateral» Italia/Portugal/España*, Roma, 24 a 27 de octubre.
- SEIJAS, J. A. (1997): «Las consecuencias de la separación y el divorcio: el interés del menor. Alimentos. Guarda y custodia. Régimen de visitas. Aspectos internacionales. La vía convencional como medio de solución de conflictos. Especial referencia a los Convenios de La Haya, Luxemburgo y Bruselas». *Actualidad Civil*, n.º 29, julio.

