

## LIBERTAD DE PROCREAR, VIDA EN FAMILIA Y PRESTACIONES DE MATERNIDAD SUBROGADA: IMPACTO NACIONAL DE LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

Comentario a la **Sentencia del TEDH de 27 de enero de 2015, asunto *Paradiso y Campanelli c. Italia*, demanda núm. 25358/2012**

**Cristóbal Molina Navarrete**

*Catedrático. Universidad de Jaén*

*Y viendo Raquel que no daba hijos a Jacob ... le decía dame hijos, o si no me muero. Jacob, enojado, le decía: ¿Soy yo, en lugar de Dios, que te impidió el fruto de tu vientre? Y ella dijo: he aquí mi sierva Bilha; entra en ella y dará a luz sobre mis rodillas y yo también tendré hijos de ella.*

Génesis 30

*La exigencia de un derecho social sobre la base de «postulados morales» («justicia», «dignidad humana», etc.) y las «expectativas de los particulares» orientadas de acuerdo con un sentido «práctico-utilitario», en detrimento de los «principios» derivados del orden lógico-jurídico construido ponen radicalmente en cuestión el formalismo del derecho, pues su aplicación fundamentalmente descansa sobre normas anti-formales. Representan, por tanto, una justicia material en vez de una legalidad formal, a la que se le pide que abandone la creencia en la santidad del formalismo jurídico para emitir «juicios de valor».*

M. Weber

*La sociología del Derecho*

### 1. MARCO NORMATIVO: DISOCIACIÓN DEL RECONOCIMIENTO LEGAL DEL «CONTRATO DE VIENTRE DE ALQUILER» DE LA COBERTURA DE SEGURIDAD SOCIAL ¿LEGAL O JURISPRUDENCIALMENTE?

El tratamiento legislativo más extendido aún hoy sobre la llamada «maternidad subrogada» («vientres de alquiler» en la versión más mercantilista) coincide con los «principios» de la

racionalidad lógico-instrumental vigentes en la comunidad científica mayoritaria: la prohibición de tal sistema de conformación de una relación filial. En este sentido, el TEDH parte de la triple prohibición establecida en el «principio» 15.º adoptado, en 1989, por el Comité Ad Hoc de Expertos en el Progreso de las Ciencias Biomédicas del Consejo de Europa (CAHBI), predecesor del actual Comité Director de Bioética:

- a) «Ningún médico...utilizará las técnicas de procreación artificial para la concepción de un bebe que será portado por una madre de sustitución», de un lado;
- b) «No podrá invocarse en derecho ningún contrato o acuerdo entre una madre de sustitución y la persona o pareja por cuya cuenta porta al bebé», de otro;
- c) «Toda actividad de intermediación ... en una maternidad de sustitución debe ser prohibida, así como cualquier tipo de publicidad relacionada», finalmente–.

Claro, toda regla general tiene sus excepciones: «... en casos excepcionales fijados por la legislación nacional, prever, sin hacer excepción al apartado 2 del presente Principio, que un médico o un establecimiento pueda proceder a la fecundación de una madre de sustitución utilizando técnicas de procreación artificial, a condición: a. Que la madre de sustitución no obtenga beneficio económico de la operación; y b. Que la madre de sustitución pueda tras el nacimiento, elegir cuidar del niño».

Pues bien, a partir de este mayoritario planteamiento lógico-racional (racionalidad científica bioética), buena parte de los Estados europeos, entre ellos España (art. 10 de la [Ley de Técnicas de Reproducción Asistida](#)); también Francia (art. 16.7 y 9 del Código Civil francés), o Italia (art. 4 de la Ley núm. 40 de 19 de febrero de 2004 sobre procreación médica asistida, que incluso preveía sanciones para los transgresores), entre muchos, plasmaron en su legislación la comprometida prohibición de la maternidad por subrogación como técnica de reproducción asistida. En cambio, otros países del Consejo de Europa, como el Reino Unido, Grecia, Rusia, o, entre otros, Portugal, cuentan con leyes específicas al respecto (*vid.* la [Sentencia de la Corte Constitucional colombiana 968/2009, de 18 de diciembre](#)).

En todo caso, la tendencia marcada en los últimos 10 años es la regulación específica y cada vez más flexible. En Rusia –legislación del Estado de referencia en el caso aquí analizado–, el artículo 55 de la ley fundamental sobre la protección de la salud de los ciudadanos (en vigor desde 1 de enero de 2012, derogatoria de la de 1993) prevé la maternidad subrogada. En Italia, la Sentencia de la Corte Constitucional de 9 de abril de 2014 declaró las disposiciones prohibitivas y sancionadoras inconstitucionales, abriendo un [debate](#) agrio, de modo que no falta quien imputa a la Corte Constitucional crear «un vacío normativo» y «la vuelta a aquel far west procreativo que en estos ... años se podía contener».

Ahora bien, al margen de esta intensa y creciente polémica, de difícil solución fuera de una específica y cuidada decisión legislativa reguladora, cierto es que al menos la mayor parte de las leyes que contemplan la legalidad de la maternidad subrogada no reconocen cobertura específica

en el ámbito de las prestaciones de Seguridad Social, disociando ambos aspectos. Es el caso, por ejemplo, del Reino Unido. El artículo 54 de la Ley de 2008 sobre la fertilización y la embriología humana (*Human Fertilisation and Embryology Act 2008*) asume la modalidad no lucrativa, como se dijo. Pues bien, ni las leyes laborales ni las de protección social contemplan el derecho de los progenitores por sustitución a lucrar permisos y prestaciones previstos para la gestación directa, silenciándose esta eventual equiparación en las leyes de igualdad de trato.

Sin embargo, son cada vez más los estudios jurídicos que muestran su favor hacia la gestación por sustitución al amparo del derecho, real o pretendido, a procrear, inherente tanto a los valores de dignidad humana y libre desarrollo de la personalidad (*ex art. 10 CE*), cuanto al derecho a fundar una familia en libertad e igualdad que el resto de las personas. De ahí que se invoquen los artículos 8 (derecho a la vida en familia y privada) y 14 –también [Protocolo n.º 12](#)– del [CEDH](#).

## 2. SUPUESTO DE HECHO: RELATO DE SÍNTESIS DE LAS CIRCUNSTANCIAS DEL CASO

Un matrimonio italiano, tras varias tentativas frustradas de fecundación *in vitro*, tomó la decisión de recurrir a la gestación por sustitución para ser padres, firmando un «contrato de vientre de alquiler» con la empresa Rosjurconsulting. El matrimonio pagó una cantidad importante de dinero (49.000 euros), a fin de que la empresa realizara las gestiones necesarias con una clínica rusa especializada en técnicas de reproducción asistida. Tras una fecundación *in vitro*, se implantaron dos embriones en el útero de una madre portadora, revelándose posteriormente –mediante prueba de ADN– que el material genético procedía de terceras personas, por lo que no había vínculo biológico. Nacido el bebé, la madre portadora rusa dio su consentimiento escrito para que, conforme a la ley rusa, el bebé fuera registrado como hijo de los demandantes. El certificado de nacimiento ruso, que no mencionaba la gestación en vientre de alquiler, fue apostillado conforme a la legislación, y el consulado italiano expidió los documentos que permitían al recién nacido partir a Italia con la mujer integrante de la pareja contratante. Llegados a Italia y solicitado del municipio en el que residía la inscripción del certificado de nacimiento, el Registro Civil lo rechaza, a raíz de la denuncia presentada contra el matrimonio por «alteración del estado civil», falsedad y violación de la ley de adopciones.

En tales circunstancias, las autoridades italianas –Fiscalía y Tribunal de Menores– procedieron a adoptar medidas orientadas a ofrecerle una familia diferente de acogida, previa retirada de su custodia al «matrimonio progenitor» y apertura de procedimiento adoptivo, en el que quedaba descartado el matrimonio de referencia. En tanto se formalizaba la identidad del menor y el procedimiento de adopción, el niño fue asignado a una casa de acogida (*casa famiglia*) en un lugar desconocido para los demandantes. Se prohibieron los contactos entre los demandantes y el menor. Pese al tiempo transcurrido del inicio de estas medidas tutelares, más de dos años después el menor, pese a estar en acogida, seguía careciendo de identidad, con lo que esta «inexistencia personal» tenía un efecto negativo en aspectos básicos (como la matrícula escolar; carné de vacunaciones; domicilio habitual, etc.).

Frente a este cúmulo de decisiones de extrañamiento del menor respecto de la familia de sustitución, la pareja presentó una secuencia de recursos, desestimados todos, atendiendo tanto a la conducta sospechosa –fraudulenta– del matrimonio como a la ilegalidad del acuerdo con Rosjurconsulting –en el tiempo del contrato estaba vigente la ley prohibitiva, luego tenida por inconstitucional, como se dijo–. El tribunal dudaba de la capacidad real emocional y educativa de la pareja, estimando razonable la hipótesis de conducta ilegal con el fin de obtener la transcripción del nacimiento con incumplimiento de las leyes italianas.

El matrimonio italiano presenta ante el TEDH una demanda en nombre propio y en nombre del niño (Teodoro Campanelli). La pareja alega que el rechazo a inscribir el certificado de nacimiento del niño en el registro civil italiano, así como la retirada del menor, violan el CEDH (arts. 6, 8 y 14) así como el [Convenio de la ONU sobre la protección de los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989](#) (CPDN).

### 3. DOCTRINA JURISPRUDENCIAL: BREVIARIO DE RAZONAMIENTOS PARA EL FALLO

Dejando de lado la cuestión procesal relativa a la representación del niño, que el TEDH niega en este supuesto al matrimonio demandante, respecto de la cuestión de fondo el TEDH admitirá la existencia de violación del artículo 8 del CEDH. Ciertamente, la Corte de Estrasburgo no es ajena a la dificultad de la situación enjuiciada por los tribunales nacionales, ante las graves sospechas de conducta ilícita respecto de los demandantes. Ahora bien, el TEDH considera que las autoridades italianas no han ponderado adecuadamente los intereses en juego (apdo. 86).

Varios son los argumentos esgrimidos para fundar esta doctrina. El primero, el escaso tiempo de convivencia no puede ser determinante de la inexistencia de un vínculo a proteger. Segundo, las meras sospechas no pueden fundar un juicio de ausencia de buena fe, máxime si, como en el caso, no ha recaído sentencia firme sobre las infracciones imputadas. Tercero, no es coherente considerar apta a la pareja para adoptar (diciembre de 2006) y declararla, sin una prueba pericial específica, incapaz de educar y amar al niño por el único motivo de que intentaron burlar la ley sobre adopción. Finalmente, el niño *no recibió una nueva identidad hasta abril de 2013*, lo que significa que fue inexistente durante más de dos años, con lo que se restringió de forma desmedida su derecho tanto a la vida privada como a la vida en familia. Al respecto, el TEDH recuerda que:

«... es necesario que un niño no se encuentre en desventaja por el hecho de ser traído al mundo por una madre portadora, comenzando por la ciudadanía o la identidad que revisten una importancia primordial» (art. 7 CPDN).

El resultado será la condena al Estado –por cinco votos contra dos– por violación del artículo 8 del CEDH. La declaración de violación conlleva la obligación del pago de daños morales

–20.000 euros– y gastos del proceso –10.000 euros–. En cambio, se exime al Estado del deber de retornar al menor con los interesados, porque ya había constituido con la familia de acogida un entorno familiar «legítimo y tranquilo».

#### 4. TRASCENDENCIA DE LA DOCTRINA MÁS ALLÁ DE LA JUSTICIA DEL CASO CONCRETO: VALORACIÓN DE SU IMPACTO EN LA JURISPRUDENCIA NACIONAL

##### 1) El valor del «precedente italiano Campanelli» respecto de los «precedentes franceses Mennesson y Labassee»: La excepción de orden público agravia al hijo subrogado

Aunque más reciente, y a mi juicio más incisivo, el asunto analizado no es ni el primero ni el más conocido del TEDH en relación con la protección de gestación por subrogación a partir del CEDH, y en especial del derecho a la vida privada y en familia *ex* artículo 8 del mismo. El papel de genuinos precedentes lo asumen sendas sentencias condenatorias contra Francia del TEDH de 26 de junio de 2014 (*Mennesson y Labassee*). En ambos supuestos, el TEDH consideró que había habido una violación no del derecho a la vida en familia de la pareja contratante de una gestación por sustitución, sino tan solo del derecho a la vida privada del menor, porque no se le permitió constituir un vínculo de filiación entre aquella y el niño.

El TEDH, siguiendo su pauta general, reconoce una amplia libertad de valoración por parte de los Estados sobre «... *no solo si se permite este método de procreación, sino también la posibilidad de reconocer una relación jurídica entre los niños legalmente diseñada por subrogación en el extranjero y futuros padres*» (apdos. 54 y 55). Ahora bien, esa libertad está condicionada por el derecho a la vida en familia, como enfatiza el *precedente Campanelli*. Certo, el artículo 8 no garantiza «*ni el derecho a fundar una familia ni el derecho a adoptar*» (STEDH, Gran Sala, de 22 de enero de 2008, asunto *E.B. c. Francia*, ap. 41), pues no existe el derecho a tener hijos, sino el derecho a tener un padre, protegiéndose la posición del menor no del adulto. Pero no menos cierto es que el derecho al respeto de una «vida familiar» no protege el simple deseo de fundar una familia, sino la existencia de «una relación potencial que habría podido desarrollarse» de no mediar la intervención pública (*vid.* precedente STEDH de 21 de enero de 2014, asunto *Zhou c. Italia*). En este caso se destaca que el matrimonio italiano pasó los primeros momentos importantes de su joven vida con el niño. Aunque el periodo fue corto, el TEDH prima «*la existencia de una vida familiar de facto*» sobre la suerte de la relación formal, revelándose aquella razonablemente merecedora de tutela (remite al precedente de la STEDH de 28 de junio de 2007, asunto *Wagner c. Luxemburgo*).

Pero el «*precedente Campanelli*» ofrece otro punto de innovación. En efecto, la citada libertad de apreciación estatal –que justificaría diferencias nacionales–, no puede suponer que un niño

traído al mundo por una madre subrogada pueda sufrir *ningún perjuicio por tal hecho, que, en consecuencia, deberá tratarse de derecho como la maternidad directa*. Por lo tanto, *el principio de igualdad de trato también debería jugar*, aunque no lo explicita el TEDH.

## 2) La confrontación de la jurisprudencia del TEDH con la del TJUE respecto de la gestación subrogada: ¿Un nuevo diálogo en divergencia o cabe una lectura conciliadora?

No parece, sin embargo, que sea esta la posición del TJUE. Al respecto, tanto la jurisdicción británica como la irlandesa suscitaron sendas peticiones de decisión prejudicial al TJUE a fin de que este determinara si sus respectivos ordenamientos, que no prevén incluir las situaciones de maternidad subrogada en las regulaciones de permisos y prestaciones previstos para la maternidad, eran compatibles con la interpretación (a) de los artículos 1, apartado 1, 2, letra c), 8, apartado 1, y 11, apartado 2, letra b), de la *Directiva 92/85/CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada*, que haya dado a luz o en periodo de lactancia y (b) 14 de la *Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación*.

Pues bien, la jurisprudencia del TJUE descartó que reconocer el derecho al permiso de maternidad a favor de las trabajadoras embarazadas fuera un medio exigido por el Derecho social, de modo que los Estados no están obligados en virtud de aquellos artículos a conferir a esa trabajadora un permiso de maternidad, según la *STJUE de 18 de marzo de 2014, asunto C-167/12* (apdo. 40). E idéntica respuesta negativa da la *STJUE de 18 de marzo de 2014, C-363/12* (Irlanda) respecto de la *Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación*. La validez de esta directiva no puede apreciarse en relación con la *Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad*, pese a que debe interpretarse conforme a ella. Eso sí, los Estados siempre pueden mejorar sus mínimos.

Dejando de lado el plano del valor ético, en el que se evidenciaría una notable simpatía con las dificultades a las que indudablemente se enfrentan los padres comitentes como consecuencia de la inseguridad jurídica que caracteriza a los acuerdos de maternidad subrogada en una serie de Estados miembros, como sería el caso irlandés y español, la decisión se acotaría en un estricto plano jurídico-formal, de modo que no le correspondería al TJUE «*sustituir al legislador realizando una interpretación reconstructiva*» de las directivas comunitarias. De esta manera, puede comprobarse fácilmente qué distancia tan extraordinaria hay entre el método interpretativo de la *Corte de Luxemburgo*, más anclado en el formalismo positivista, y el del *TEDH*, abierto a los principios de justicia material y defensor del activismo jurisprudencial en el desarrollo evolutivo del Derecho.

### 3) El impacto del «Derecho de precedentes» del TEDH en España: Aspectos procesales y sustantivos, en especial respecto de las prestaciones sociales de maternidad

- a) Aspectos procesales: La prevalencia de la jurisprudencia del TEDH como imperativo de efectividad de la tutela judicial y sus vías de garantía.

La puesta en confrontación de la jurisprudencia del TJUE y del TEDH sobre esta materia –aunque el primero se pronuncie sobre un aspecto laboral, los permisos de maternidad, y el segundo sobre una civil, inscripción registral– no es solo teórica, también es práctica. Baste para ello comprobar la existencia de doctrinas de suplicación contrarias según la «Ciudad de la Justicia Europea» que se visite, Estrasburgo o Luxemburgo. Así, en su día [comentamos](#) cómo la [STSJ del País Vasco 944/2014, de 13 de mayo –rec. núm. 749/2014–](#) negó el derecho a la prestación de maternidad subrogada por estricto acatamiento de la jurisprudencia comunitaria. En aquel tiempo no tuvo la oportunidad de conocer los precedentes del TEDH analizados. Sí la [STSJ del País Vasco 885/2016, de 3 de mayo –rec. núm. 651/2016–](#), que, pese a conocerla y citarla, ha preferido mantener el precedente propio, primando la lectura civilista del precedente del TEDH, evidenciando su indiferencia para el caso español. En cambio, para la [STSJ de Cataluña 1760/2015, de 9 de marzo –también la de 15 de septiembre de 2015, rec. núm. 2299/2015–](#), con asunción traslaticia de la [STSJ de Madrid núm. 1201/2014, de 23 de diciembre](#), sí existe el derecho a la prestación por dos razones: el *principio de norma nacional más favorable*, que haría inaplicable la STJUE 18 de marzo de 2014, de un lado, y el *principio de prevalencia del interés superior del menor*, urgido por el precedente [Mennesson, de otro](#). Si bien en su simplicidad extrema –de signo contrario– ambas doctrinas me parecen erradas, sí sirven para poner de manifiesto la radical contradicción sobre el alcance de la doctrina del TEDH.

Esta contradicción social reproduce el conflicto en el orden civil. El [Auto del Tribunal Supremo, Sala Civil, de 2 de febrero de 2015, rec. núm. 245/2012](#), descarta, como se ha anticipado, aplicar la doctrina del TEDH apelando a las diferencias entre el caso francés y el caso español. Por tanto, mantiene su [STS 835/2013, de 6 de febrero de 2014 \(rec. núm. 245/2012\)](#), que niega validez registral a la filiación realizada en España de dos menores nacidos en virtud de un contrato de gestación por sustitución y realizada en virtud de una sentencia judicial de un tribunal de California. En cambio, un nutrido voto particular del mismo proponía anular la citada sentencia precisamente por la prevalencia del precedente del TEDH. A mi juicio, aquí reside el verdadero interés de esta doctrina para el orden social, netamente procesal, en absoluto respecto de la decisión de fondo –al seguirla yerra, a mi juicio, la mayoría de la Sala de Suplicación vasca–, ya que *abre una vía muy útil para obtener la corrección* de una doctrina nacional contraria a una sentencia del TEDH, como es el *incidente de nulidad ex artículo 241 de la LOPJ*, naturalmente siempre que se cumplan los exigentes requisitos previstos en él –carácter excepcional, firmeza de la resolución que pone fin al proceso– ([STCO 153/2012, de 16 de julio](#)). A los derechos de la tutela judicial efectiva y la prohibición de discriminación se sumaría el derecho a la intimidad familiar, que hallaría asidero, según el referido [ATS, Sala 1.ª, de 2 de febrero de 2015](#), en una lectura del artículo 8 del [CEDH](#) en relación con el artículo 18 de la [CE](#).

En el orden social, y si se trata de una sentencia de suplicación, más factible parece el *recurso de casación para la unificación de doctrina* (RCUD). Una novedad muy relevante del artículo 219.2 de la LRJS fue, precisamente, atribuir a las sentencias del TEDH, junto con las dictadas por otros órganos jurisdiccionales creados por tratados internacionales ratificados por España, la capacidad para ser invocadas como doctrina de contraste frente a sentencias de suplicación. Al Tribunal Supremo correspondería, pues, declarar si la doctrina emanada del TEDH resulta o no de aplicación al caso conocido por la sentencia de suplicación recurrida. Aunque la citada STSJ del País Vasco 944/2014, de 13 de mayo, devino firme, por falta de RCUD, habrá otra oportunidad de conocer la opinión del Tribunal Supremo con ocasión del RCUD, anunciado por la persona demandante, contra la citada STSJ del País Vasco 885/2016, de 3 de mayo, por lo que sabremos la posición de la Sala Social con relación a la Sala Civil.

En cualquier caso, es inequívoca la existencia de una tercera vía procesal para asegurar la prevalencia de la jurisprudencia del TEDH en materia de derechos fundamentales sobre la jurisprudencia nacional, como es el *recurso de amparo*. En este sentido, pese a «*las diferencias normativas existentes entre la CE y el Convenio Europeo de Derechos Humanos*» (STCO 119/2001, de 24 de mayo), lo que impediría trasladar miméticamente los pronunciamientos del TEDH, el artículo 10.2 en relación con el artículo 96 de la CE abren el recurso de amparo. El artículo 31 de la Ley 25/2014, de 27 de noviembre, de Tratados y otros Acuerdos Internacionales así lo corrobora.

Consecuentemente, partiendo de esa prevalencia del TEDH, resulta aplicable para el TEDH la consolidada doctrina constitucional –confirmada en la citada STCO 232/2015, de 5 de noviembre, y reafirmada en la STCO 71/2016, de 14 de abril– en torno a la jurisprudencia comunitaria, de modo que el juez que no dé la debida primacía a la jurisprudencia del TEDH, a la hora de resolver una determinada cuestión para la que es pertinente aquella, incurre en violación del artículo 24 de la CE, al seleccionar de una forma irrazonable o no adecuada la norma aplicable al caso. Cosa distinta será si el juez aprecia contradicción entre esa jurisprudencia y la propia del TJUE. En este caso, hay margen para alcanzar la deseable lectura conciliadora –diálogo de complementariedad– entre ambas posiciones, la del TJUE –para el que no está comprometido el derecho a la igualdad de trato– y la del TEDH –que obvia la cuestión de la igualdad de trato para centrarse en el principio de interés superior del menor–.

b) Aspectos sustantivos del impacto expansivo de la jurisprudencia del TJUE: La creación por analogía de un estatuto de protección socio-laboral de la maternidad subrogada.

Frente a la jurisprudencia civil española, aún controvertida –voto particular–, que no extrae efecto alguno de la jurisprudencia del TEDH, la doctrina de suplicación mayoritaria sí le da una trascendencia determinante, encontrando en ella un título jurídico reafirmador de la expansión de los derechos prestacionales –aunque los argumentos podrían expandirse a los laborales (permisos)– a esta nueva modalidad de maternidad. Partiendo del recurso técnico a la integración de *lagunas del Derecho* de la Seguridad Social, una vez identificada, asumirá que bien en virtud de la técnica de la analogía (art. 4 CC) –con la adopción; con situaciones típicas de monoparentali-

dad– bien por el recurso a los principios generales (art. 1.6 CC) –igualdad de trato; interés superior del menor–, la doctrina judicial social nacional –destaca la [STSJ de Madrid, 1201/2014, de 23 de diciembre](#)– fomenta una evolución del Derecho Social conforme a las nuevas realidades, que valora positivamente, obviando la prohibición legal. De ahí que integre en él soluciones que, curiosamente, tanto la jurisprudencia del TEDH cuanto la jurisprudencia, así como la jurisprudencia civil nacional, parecen dejar a una opción de política legislativa, no de política judicial del Derecho Social. Eso sí, entiende necesario corregir los eventuales excesos que pudieran producirse de esa interpretación evolutivo-creativa, descontando del permiso de maternidad el eventual de paternidad disfrutado por la misma persona, pues de otro modo se produciría una «discriminación inversa»: se haría de mejor condición a los padres e hijos bajo esta modalidad de procreación por subrogación creando el juez la *«compatibilidad de dos prestaciones sin estar ni ser asimilable a los supuestos previstos, y, por tanto, por vía de creación judicial no autorizada por el art. 1.6 CC. (...)»* –[STSJ de Madrid 1201/2014](#)–.

#### 4) Valoración final: ¿Un enésimo «efecto Mateo» al margen de la voluntad legislativa?

Es momento ya de terminar este *Diálogo*, aunque su complejidad teórica y relevancia práctica exigirán, sin duda, nuevos *Foros*. Pero antes quería aprovechar esta última cautela de la doctrina de suplicación madrileña para hacer cinco breves precisiones, orilladas en el debate. En primer lugar, hoy, el sentir absolutamente mayoritario en la doctrina, judicial y científica es que la evolución, *el progreso socio-jurídico, está con el tratamiento en pie de igualdad de todas y cada una de las situaciones de familia libremente elegidas* por cada persona, primando por encima de cualquier otro el valor libertad de decisión personal. De ahí que, a falta de ella, el Derecho vivo crea adecuado identificar –técnicamente– una «laguna jurídica», integrándola –en el plano de la construcción de la norma para esta tipología de casos– atendiendo a criterios de realismo y de justicia material –igualdad de trato, primacía del interés del menor–. Ahora bien, en segundo lugar, conviene dejar bien claro que *no hay ningún problema de laguna jurídica, sino de contradicción o antinomia jurídica*, en la medida en que el legislador social no contempla la maternidad subrogada por la sencilla razón de que no puede, dado que carecería de sentido que una ley social contradiga frontalmente otra civil.

Consecuentemente, en tercer lugar, tratándose *no de una laguna jurídica* –imposible aquí– sino de una *antinomia jurídica* o colisión de normas, *la solución no puede venir en este caso de la mano del «principio de igualdad de trato»* o de la prohibición de no discriminación, también por la razón de que no se puede exigir que se trate de forma igual dos situaciones que la ley española quiere tratar desigualmente, como es la adopción y la maternidad subrogada. Lleva razón, pues, la jurisprudencia comunitaria en este punto, al no identificar un problema de igualdad de trato o no discriminación, sin que se oponga a ello la jurisprudencia del TEDH, que no se desliza por esa brumosa senda, cuya valoración considera difícil, dejándola al legislador nacional. Ahora bien, en cuarto lugar, que no se lesione el derecho a la igualdad no quiere decir que no se precien soluciones adecuadas a las *situaciones de hecho creadas por esa colisión entre normas legales que provocan particulares conductas fraudulentas*. En tales casos, se desprende de la ju-

risprudencia del TEDH y termina asumiendo, con dudas, la doctrina de suplicación madrileña, aquí sí correcta –resultando incorrecta la doctrina de suplicación vasca contraria–, «**si la norma colisiona ... debemos operar su neutralización, optando por la aplicación de la opción más beneficiosa para el menor: el derecho al disfrute de la prestación de maternidad**». En suma, enfrentándose decisiones de particulares inválidas en nuestro Derecho –aquí lleva razón la mayoría de la Sala Civil–, ni hay problemas de lagunas ni de igualdad, sino de antinomias y de prevalencia de un principio: *el interés superior del menor*.

Finalmente, para quienes, enlazando con la primera precisión realizada, consideran que esa calificación de conducta ilegal o fraudulenta solo puede alcanzarse desde una visión formalista del Derecho, que permanecería anclado en el pasado, conviene recordar también que no todas las personas tienen las mismas oportunidades de eludir la prohibición nacional, aprovechando no solo la facilidad de los viajes en una sociedad globalizada, sino también la mayor movilidad, y por tanto las estrategias de economías de opción, que proporciona tener recursos económicos. Sabido es que son cuantiosas las sumas que conlleva la maternidad subrogada, entre otros factores por la dimensión transnacional que ha asumido este «mercado de la gestación». A mi juicio, no es posible ignorar que asumir de una forma generalizada esta creciente suma de particulares decisiones de libertad personal lleva aparejada, al mismo tiempo, un deber de socialización del coste de tales decisiones meramente individuales. Pero no de aquellas personas que ocupan una posición de mayor debilidad socio-económica, y más situación de necesidad tienen, por tanto, sino, por lo común, a quienes disponen de un estatus socio-económico más elevado («efecto Mateo» de creación jurisprudencial): quien más dinero tiene, muchas más oportunidades de ser padre tendrá, con cobertura de la Seguridad Social.

En definitiva, a la vista de esta complejidad, parece claro que debe ser el legislador el que, de una vez, tome cartas en el asunto y regule esta realidad, pues si la ausencia de Derecho Legislado es muy inquietante, una regulación –legal o jurisprudencial– inadecuada lo es mucho más. En este sentido, según puso de relieve la citada [sentencia constitucional colombiana \(T-968/09, 18 de diciembre\)](#), son los vacíos normativos los que desencadenan hechos y decisiones lesivas de los derechos.