

BASE DE DATOS DE Norma DEF.-

Referencia: NCJ067170

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Sentencia 28/2024, de 27 de febrero de 2024

Pleno

Rec. de amparo núm. 5067/2019

(BOE de 3 de abril de 2024)

SUMARIO:**Gestación por sustitución. Demanda de amparo para constituir vínculo adoptivo entre la demandante y el menor inscrito como hijo biológico de su marido y de la gestante. Legitimación. Motivación reforzada.**

Se somete a enjuiciamiento la decisión de la Audiencia Provincial de Madrid de denegar la **constitución del vínculo adoptivo** entre un menor nacido mediante gestación por sustitución y la esposa del padre del menor. El menor figura inscrito en el registro civil español como hijo del esposo de la demandante en amparo y la gestante. El Juzgado de Primera Instancia núm. 28 de Madrid acordó constituir el vínculo adoptivo entre la demandante de amparo y el menor. El Ministerio Fiscal interpuso recurso de apelación contra esta resolución y, asumiendo un posicionamiento diametralmente opuesto, la Audiencia Provincial de Madrid llegaba a la solución contraria, revocando la resolución de la instancia.

La Audiencia Provincial de Madrid, lejos de ceñirse al **objeto del proceso**, verificando si se daban los requisitos legales cuyo cumplimiento exige el art. 175, en relación con el art. 176.2.2 del Código civil, para la adopción en supuestos como el analizado, puso en tela de juicio la relación de filiación del menor con quien consta inscrito como padre biológico, sobre la base de «la posibilidad de fraude en la atribución de la paternidad» a la que aludía el Ministerio Fiscal en su recurso, deduciendo a partir de ese presunto fraude que no se daba uno de los requisitos esenciales para acceder a la adopción en el caso analizado, véase, que quien la solicitaba fuera la esposa del padre del menor adoptando. El tribunal de apelación obviaba así que la filiación se acredita, entre otras vías, por la inscripción en el registro civil, y que los datos inscritos gozan de presunción de exactitud e integridad. Los asientos registrales de **filiación** pueden ser rectificadas cuando exista una discordancia entre lo inscrito y la realidad extrarregistral, bien conforme a lo previsto en la Ley del registro civil, bien en ejercicio de las acciones de impugnación de la filiación. Sin embargo, en el caso objeto de análisis, no se había ejercitado acción alguna dirigida a impugnar la filiación paterna, que constaba y consta inscrita en el registro civil, de modo que al verter dudas sobre la misma y derivar de esas dudas la denegación de la adopción, la Audiencia Provincial de Madrid incurrió en una motivación manifiestamente irrazonable.

Adicionalmente, es preciso reseñar que la parca valoración del tribunal de apelación en relación con la adecuación de la decisión adoptada al interés superior del menor, no satisface el **canon de motivación especialmente reforzado** que impone nuestra jurisprudencia en los casos en que la esfera personal y familiar de un menor se ve afectada. La resolución judicial enjuiciada se limitó a subrayar, en manifiesta contradicción con sus afirmaciones referidas al fraude en la determinación de la filiación paterna, que el interés superior del menor se veía preservado porque continuaría viviendo con la demandante de amparo y su padre biológico.

En consecuencia, las resoluciones impugnadas vulneraron el derecho fundamental que consagra el art. 24.1 CE, pues su fundamentación no puede considerarse respetuosa de las exigencias constitucionales de motivación por la **insuficiencia de la argumentación** que las sustenta, carente del rigor lógico reclamable a una resolución judicial, máxime estando en juego la construcción de la identidad del menor, así como la protección de los lazos familiares creados con la recurrente.

Voto particular.

PRECEPTOS:

Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos de 1950 (CEDH), art. 8.

Convención sobre los derechos del niño de 1989, art. 3.

Constitución Española, arts. 10, 14, 15, 18, 24.1, 39 y 162.1 b).

Código Civil, arts. 113, 136 y ss., 175 y 176.2.2.

Ley Orgánica 2/1979 (LOTC), arts. 44.1 c), 46, 50.1 y 86.3.

Ley 14/2006 (Técnicas de reproducción humana asistida), art. 10.

Ley 20/2011 (Registro Civil), arts. 16 y 19.

PONENTE:

Doña Inmaculada Montalbán Huertas.

ECLI:ES:TC:2024:28

El Pleno del Tribunal Constitucional, compuesto por el magistrado don Cándido Conde-Pumpido Tourón, presidente, y las magistradas y magistrados doña Inmaculada Montalbán Huertas, don Ricardo Enríquez Sancho, doña María Luisa Balaguer Callejón, don Ramón Sáez Valcárcel, doña Concepción Espejel Jorquera, doña María Luisa Segoviano Astaburuaga, don César Tolosa Tribiño, don Juan Carlos Campo Moreno y doña Laura Díez Bueso, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de amparo núm. 5067-2019, promovido por doña M.T.E.M., representada por el procurador de los tribunales don Miguel Ángel Heredero Suero y asistida por el letrado don Juan Ignacio Guerrero Llorente, contra el auto de 30 de mayo de 2019, dictado por la Sección Vigesimocuarta de la Audiencia Provincial de Madrid, en el rollo de apelación 578-2018, y contra la providencia de 28 de junio de 2019 del mismo tribunal por la que se inadmitió a trámite el incidente de nulidad de actuaciones formulado por la demandante contra el mencionado auto. Ha intervenido el Ministerio Fiscal y, como parte coadyuvante, en nombre propio y de sus dos hijos menores, don D.J.R.G., esposo de la demandante. Ha sido ponente la magistrada doña Inmaculada Montalbán Huertas.

I. Antecedentes

1. Mediante escrito presentado en el registro general de este tribunal el 4 de septiembre de 2019, el procurador de los tribunales don Miguel Ángel Heredero Suero, actuando en nombre y representación de doña M.T.E.M., interpuso demanda de amparo contra las resoluciones que constan en el encabezamiento.

2. Los hechos con relevancia para la resolución del presente recurso de amparo y a los que se refiere la demanda presentada, son los siguientes:

a) La demandante de amparo formuló solicitud para la constitución de la adopción del menor B.R.K., nacido en Kiev (Ucrania) mediante gestación por sustitución e hijo de su esposo, don D.J.R.G., y de doña K.K., la gestante. Su solicitud de adopción dio lugar al expediente de jurisdicción voluntaria núm. 451-2017, seguido por el Juzgado de Primera Instancia núm. 28 de Madrid.

b) En el testimonio íntegro de las actuaciones del citado procedimiento constan los siguientes documentos de relevancia para la resolución del presente recurso de amparo:

(i) Partida de nacimiento del menor B.R.G., expedida por el Ministerio de Justicia de Ucrania el 11 de noviembre de 2016, en la que consta que el menor nació el 8 de noviembre de 2016 en la ciudad de Kiev, que su padre es don D.J.R.G., y su madre doña M.T.E.M., ambos ciudadanos del Reino de España (folios 15-17 de los autos del procedimiento de adopción 451-2017). En la partida de nacimiento referida, el menor aparece como B.R.G., constando con los dos apellidos paternos, mientras que en la documentación española aparece inscrito como B.R.K., esto es, con el primer apellido del padre (R.) y el primer apellido de la gestante (K.).

(ii) Inscripción de nacimiento del menor B.R.K., en el registro civil consular de la Embajada de España en Kiev, en el que consta que el menor nació el 8 de noviembre de 2016 en la ciudad de Kiev, que su padre es don D.J.R.G., nacido en Madrid, de nacionalidad española y casado, y su madre, doña K.K., nacida en Poliske (Ucrania), de nacionalidad ucraniana y viuda. Consta igualmente que no existe matrimonio entre los progenitores y que el declarante es don D.J.R.G. (folio 18 de los autos del procedimiento de adopción 451-2017).

(iii) Libro de familia expedido por el encargado de asuntos consulares de la Embajada de España en Kiev el 15 de diciembre de 2016, a nombre de don D.J.R.G., y doña K.K., constando como único hijo de ambos B.R.K., nacido el 8 de noviembre de 2016 en la ciudad de Kiev (folios 19 y 20 de los autos del procedimiento de adopción 451-2017).

(iv) Pasaporte a nombre de B.R.K., expedido el 15 de diciembre de 2016 por la Embajada de España en Kiev, en el que consta como fecha de nacimiento el 8 de noviembre de 2016 y como nacionalidad, la española (folio 45 de los autos del procedimiento de adopción 451-2017).

(v) Volante de inscripción en el padrón municipal de habitantes de Madrid de doña M.T.E.M. Figuran con la titular en la misma inscripción don D.J.R.G., y el menor adoptando, constando que el primero fue inscrito el 25 de agosto de 2004, en la misma fecha que la titular del documento, y el segundo el 23 de diciembre de 2016 (folio 21 de los autos del procedimiento de adopción 451-2017).

(vi) Acta de manifestaciones otorgada por doña K.K., ante el consejero de la Embajada de España en Kiev el 12 de abril de 2017, en la que se hace constar que el padre del menor es don D.J.R.G., mayor de edad, de nacionalidad española, y que la compareciente, doña K.K., asiente libre y voluntariamente a la adopción del mismo por doña M.T.E.M., mayor de edad y de nacionalidad española. En tanto la parte otorgante manifestó que no entendía el idioma en que estaba redactado el documento, consta que asistió al acto intérprete que tradujo la escritura, así como las explicaciones, reservas y advertencias formuladas por el consejero de la Embajada (folios 28 a 30 de los autos del procedimiento de adopción 451-2017).

c) En el marco del procedimiento de adopción citado, la trabajadora social adscrita al Juzgado de Primera Instancia núm. 28 de Madrid emitió informe pericial social el 14 de diciembre de 2017. Tras valorar las circunstancias personales, familiares, económicas y sociales de la adoptante, de su esposo y padre del menor y del menor adoptando, concluyó que el menor vivía en un ambiente socio-familiar que se consideraba adecuado. Subrayaba así que el menor vivía con su progenitor y la adoptante desde su nacimiento, que el núcleo familiar se consideraba estable por lo que podía garantizar el necesario equilibrio para el desarrollo del menor, que el matrimonio había llevado a cabo el procedimiento de gestación por sustitución de mutuo acuerdo y con la voluntad de asumir las funciones parentales, que la unidad familiar contaba con los medios económicos para garantizar la cobertura de las necesidades del menor y que el progenitor y la adoptante tenían la capacidad suficiente para cubrir sus necesidades afectivas y educacionales.

Adicionalmente, se subrayaba que la adoptante tenía unas circunstancias personales, económicas, familiares y sociales que le permitían ejercer las responsabilidades parentales sobre el menor adoptando, así como una adecuada capacidad, aptitud y motivación para atender sus necesidades, por lo que se consideraba que lo más beneficioso para el niño era que pudiera ejercer la patria potestad.

d) El 26 de diciembre de 2017, el Ministerio Fiscal presentó escrito oponiéndose a la estimación de la demanda de constitución de la adopción con los siguientes argumentos, que se exponen sucintamente. Tras recordar que el art. 10 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, prevé la nulidad de pleno Derecho de los contratos de gestación por sustitución, indicando que la filiación del hijo nacido por gestación por sustitución vendrá determinada por el parto dejando a salvo la posible acción de reclamación de paternidad del padre biológico, el Ministerio Fiscal afirmaba que el caso debía tratarse como un supuesto de fraude internacional de ley. En ausencia de regulación legal, el supuesto de fraude internacional de ley había de ser sancionado, por analogía con lo previsto en el art. 6.4 del Código civil, con la aplicación de la norma material que se había tratado de eludir, en este caso el ya citado art. 10 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida.

Añadía el Ministerio Fiscal que no podía olvidarse que el art. 21 del Convenio relativo a los derechos humanos y la biomedicina y el art. 3 de la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea contemplan la prohibición de comerciar con el cuerpo humano; que los arts. 7 y 8 de la Convención sobre los derechos del niño reconocen el derecho del niño a conocer el origen e identidad de sus progenitores; que el art. 15 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer dispone la nulidad de todo contrato o cualquier otro instrumento privado que limite la capacidad jurídica de la mujer; y que el Informe anual sobre los derechos humanos y la democracia en el mundo adoptado por el Parlamento Europeo el 30 de noviembre de 2015, condena la gestación por sustitución como contraria a la dignidad de la mujer y propone la prohibición de tal práctica. Todos estos obstáculos legales impedían acceder a la adopción pretendida. Finalmente, subrayaba el Ministerio Fiscal que la denegación de la adopción en nada afectaba al interés del menor dado que este continuaría conviviendo con «el padre biológico y su esposa, quienes [...] cuentan con indudables habilidades personales y medios materiales para dispensar a dicho menor las atenciones que precisa, quedando expeditas respecto del presunto padre las vías oportunas para la determinación de la relación biológica y el ejercicio de las acciones de filiación que estimen convenientes».

e) El expediente de adopción concluyó mediante el auto núm. 15/2018, de 15 de enero, en el que el Juzgado de Primera Instancia núm. 28 de Madrid estimó la pretensión de la demandante de amparo, acordando constituir el vínculo adoptivo entre ella y el menor B.R.K., quien en lo sucesivo mantendría como primer apellido el del padre y, como segundo apellido, el primero de la madre adoptiva.

El auto comenzaba su razonamiento señalando que, según el escrito presentado por la ahora demandante en amparo, el menor adoptando había nacido en Kiev (Ucrania) mediante gestación por sustitución, siendo sus padres el esposo de la solicitante de la adopción «quien ha aportado el material genético y doña [K.K.], como gestante». Subrayaba, igualmente, que vivía desde su nacimiento en el hogar familiar de la solicitante de la adopción y que el informe psicosocial elaborado por la trabajadora social adscrita al juzgado concluía que lo más beneficioso para el menor era que la solicitante de la adopción pudiera ejercer la patria potestad sobre él.

La magistrada recogía que el Ministerio Fiscal se había opuesto a la adopción por una serie de motivos, en especial, porque la normativa vigente en España proscribía la gestación por sustitución. Afirmaba que, aunque el art. 10 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, establece que los contratos de gestación por sustitución son nulos de pleno Derecho, precisándose que la filiación será determinada por el parto, no podía derivarse de ese precepto la denegación de la adopción. Podría haberse acogido el criterio del Ministerio Fiscal si la pretensión se hubiera dirigido contra la inscripción en el registro civil de la filiación del menor, toda vez que «la nulidad del contrato de gestación por sustitución no podría eludirse a través de dicho procedimiento, por más que en la legislación ucraniana estén permitidas dichas situaciones jurídicas, como ha acaecido en el supuesto enjuiciado, en que el menor ha sido inscrito en dicho país como hijo de la aquí actora y de su esposo».

En ese sentido, recordaba que la sentencia del Tribunal Supremo núm. 835/2013, de 6 de febrero de 2014, consideró que la decisión de la autoridad registral de atribuir la condición de padres a un matrimonio que contrató una gestación por sustitución era contraria al orden público internacional español, en virtud de lo previsto en el art. 10 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida. Sin embargo, en esa misma sentencia, el Tribunal Supremo subrayaba que los menores nacidos mediante gestación por sustitución podían integrarse en la familia que suscribió el contrato correspondiente por vías distintas del reconocimiento de la filiación fijada en el registro del Estado en que se produjo su nacimiento, en concreto, a través de la reclamación de paternidad respecto del padre biológico y de figuras tales como la adopción o el acogimiento. Con arreglo a la resolución de instancia, este es el supuesto en el que nos encontramos, en tanto la solicitante interesa la constitución de la adopción del menor a su favor en cuanto esposa del padre biológico.

Añade la resolución que, siguiendo la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (SSTEDH de 26 de junio de 2014, asuntos *Menesson c. Francia* y *Labassee c. Francia*), que ha de utilizarse como criterio hermenéutico de los derechos fundamentales reconocidos en nuestra constitución ex art. 10.2 CE, no reconocer la relación de filiación entre los niños nacidos en el extranjero mediante gestación por sustitución y quienes han sido reconocidos como sus padres en el país de nacimiento vulneraría el derecho a la vida privada de esos niños [art. 8 del Convenio europeo de derechos humanos (CEDH)], debido a la situación de incertidumbre jurídica en la que se les situaría en relación con su filiación.

Dado que se cumplían los requisitos previstos en los arts. 175, en relación con el art. 176.2.2 del Código civil español, para la constitución de la adopción, se habían prestado las correspondientes manifestaciones de voluntad, y el informe pericial social era positivo, el juzgado estimaba la pretensión deducida al entender que era conforme al interés del adoptando.

f) El Ministerio Fiscal interpuso recurso de apelación contra la citada resolución, reiterando los argumentos que había utilizado para oponerse a la adopción en la instancia y añadiendo un argumento adicional. Señalaba así el Ministerio Fiscal que la resolución judicial partía de la premisa de que la inscripción registral era suficiente para probar la paternidad biológica del esposo de la ahora recurrente en amparo, aplicando analógicamente lo previsto en el art. 120 del Código civil en relación con la filiación por naturaleza no matrimonial, que prevé que para su acreditación basta la declaración ante el encargado del registro civil español, en este caso, el encargado del registro civil consular de la Embajada de España en Kiev. Sin embargo, el Ministerio Fiscal discrepaba de tal interpretación e indicaba la posibilidad de fraude en la atribución de la paternidad que se derivaba del tipo de contrato suscrito, que debía ser considerado nulo por ser contrario al orden público español. Consideraba el Ministerio Fiscal que el presunto padre debía acudir a las vías oportunas para determinar el vínculo biológico conforme a nuestro ordenamiento y, una vez determinada la filiación con el esposo, podría instarse la adopción por doña M.T.E.M.

g) La demandante de amparo se opuso al recurso de apelación alegando, en sustancia, que era un hecho cierto, firme y no controvertido que el menor adoptando era hijo biológico de su esposo, inscrito en el registro civil consular de la Embajada de España en Kiev el 15 de diciembre de 2016; que ni esa inscripción, ni la filiación que acreditaba, había sido impugnada ni por el Ministerio Fiscal, ni por otros posibles interesados; que no podía discutirse la filiación respecto del padre biológico en el marco de un procedimiento de adopción por la esposa de este; que la nulidad de pleno Derecho de los contratos de gestación por sustitución ex art. 10 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, no podía tener incidencia alguna en un procedimiento de adopción; que la relación de filiación entre el menor y el padre biológico y esposo de la recurrente estaba acreditada por la inscripción en el registro civil consular, en virtud de lo previsto en el art. 113 del Código civil; y que la denegación de la adopción tendría una incidencia negativa en derechos e intereses del menor en numerosos ámbitos, entre otros, el personal, educativo, sanitario, hereditario o patrimonial.

h) Estando pendiente de resolución el citado recurso de apelación, devino firme el auto núm. 265/2018, de 21 de junio, del Juzgado de Primera Instancia núm. 28 de Madrid, que acordaba la adopción del segundo hijo menor del esposo por parte de la ahora demandante de amparo, que también había nacido en Ucrania mediante gestación por sustitución, el día 9 de agosto de 2017. Tal y como ocurriera con el primer menor, la relación de filiación del segundo menor con el esposo de la demandante de amparo quedó inscrita en el registro civil consular de la Embajada de España en Kiev y la demandante de amparo instó posteriormente su adopción en tanto esposa del padre biológico; adopción que fue acordada por el mismo juzgado que resolvió el procedimiento de adopción sobre

el que versa el presente recurso de amparo. Sin embargo, en el caso del segundo menor, el Ministerio Fiscal no recurrió el auto en apelación, aunque se opuso a la constitución de la adopción en la instancia, de modo que la adopción quedó firme y fue inscrita en el registro civil central, pasando el menor adoptado a llamarse I.R.E.

i) El testimonio de firmeza de la resolución que estimó la adopción del menor I.R.E., fue aportado por la representación procesal de la demandante de amparo ante el tribunal de apelación que estaba conociendo de la adopción de B.R.K., al amparo de lo establecido en el art. 271.2, en relación con el art. 460.2.3, ambos de la Ley de enjuiciamiento civil. En su escrito, la demandante de amparo señalaba que una eventual resolución estimatoria del recurso de apelación interpuesto vulneraría su derecho a la igualdad, así como el de los dos menores y su esposo debido al trato «desigual de ambos hermanos» (art. 14 CE). En el suplico se solicitaba al tribunal que tuviera por presentados los documentos aportados, que se diera traslado de los mismos al Ministerio Fiscal, y que resolviera sobre la admisión y el alcance de los mismos, desestimando el recurso del Ministerio Fiscal y confirmando la resolución recurrida.

j) La Sección Vigésimocuarta de la Audiencia Provincial de Madrid estimó el recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Fiscal por auto núm. 279/2019, de 30 de mayo, revocando la resolución del Juzgado de Primera Instancia núm. 28 de Madrid y declarando no haber lugar a la adopción solicitada respecto del menor B.R.K.

Tras aceptar y tener por reproducidos los antecedentes de hecho contenidos en la resolución apelada, el tribunal comenzaba su argumentación subrayando que la filiación solo puede determinarse en nuestro Derecho por los medios admitidos en el art. 113 del Código civil, «no siendo uno de ellos la inscripción en el Registro Civil como pretende justificarse en el presente caso, por cuanto, aunque el menor figure inscrito en el Registro Consular, el art. 23 de la Ley del Registro Civil veda la inscripción [...] de hechos que sean contrarios a la legalidad española y la maternidad subrogada es contraria al orden público español» por contrariar el art. 10 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida. Según el tribunal, esa previsión legal supone que la filiación de los niños nacidos mediante gestación por sustitución sea la determinada por el parto.

La Audiencia Provincial de Madrid continuaba indicando que los contratos de gestación por sustitución son contrarios al sistema de derechos y libertades reconocidos por nuestra Constitución y por los principales tratados internacionales de derechos humanos ratificados por España. Haciendo mención al Informe anual sobre los derechos humanos y la democracia en el mundo, adoptado por el Parlamento Europeo el 30 de noviembre de 2015, el tribunal recordaba que el Parlamento Europeo había condenado la gestación por sustitución por atentar contra la dignidad de la mujer, al tratar su cuerpo y sus funciones reproductivas como si fueran una materia prima.

Tras analizar el contenido de la sentencia del Tribunal Supremo núm. 835/2013, de 6 de febrero de 2014, y del auto del mismo tribunal de 2 de febrero de 2015, por el que se resolvió el incidente de nulidad de actuaciones promovido contra la sentencia núm. 835/2013, así como la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 24 de enero de 2017, asunto Paradiso y Campanelli c. Italia, el tribunal de apelación se centraba en los hechos del caso. Recordaba así que nos encontrábamos ante un caso claro de gestación por sustitución, que el contrato en el que se conviene la gestación por la que nace el adoptando ha de reputarse nulo de pleno Derecho, y que el único documento en el que el esposo de la demandante de amparo funda su paternidad biológica sobre el menor adoptando es la inscripción del nacimiento en el Registro Civil Consular de la Embajada de España en Kiev.

El tribunal de apelación continúa afirmando que «[l]a constatada realidad de la posibilidad de fraude en la atribución de la paternidad derivada del propio contrato suscrito, como es el caso citado, advierten contra la asunción acrítica de su contenido y consecuencias, y permiten rechazar el establecer esa atribución de paternidad, bien sea directamente, bien para derivar del mismo consecuencias jurídicas de cualquier orden, de forma que el criterio a seguir habrá de ser el de negar cualquier valor a dicho contrato respecto de la determinación de la filiación del presunto padre sustentada en el mismo, considerado nulo por ser contrario al orden público español, y, en consecuencia, de oposición a la adopción instada que se pretenda sustentar en cualquier referencia a dicho documento». Añade que, siguiendo la jurisprudencia del Tribunal Supremo, quedaban abiertas para el presunto padre las vías oportunas para la determinación del vínculo biológico, ejercitando las oportunas acciones de determinación de la paternidad, tras las cuales la demandante de amparo podría solicitar la adopción, siempre que concurrieran los requisitos legales para ello. Finalmente, el tribunal señala que «la denegación de la adopción, en nada afecta al interés del menor dado que continúa conviviendo con el padre biológico y su esposa, quienes, al parecer, según refieren en su escrito de demanda, cuentan con indudables habilidades personales y medios materiales para dispensar al menor las atenciones que precisa».

k) La ahora recurrente en amparo promovió incidente de nulidad de actuaciones contra la citada resolución, por vulneración de los arts. 10, 14, 15, 18.1, 39 y 24.1 CE, 8 del Convenio europeo de derechos humanos (CEDH) y 3.1 de la Convención sobre los derechos del niño. Alegaba que el auto recurrido vulneraba su derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), en tanto no cumplía con las exigencias constitucionales de motivación reforzada de las resoluciones judiciales cuando están en juego varios derechos sustantivos. En este sentido, consideraba vulnerado su derecho a la igualdad, así como el derecho a la igualdad y a no ser discriminados del menor adoptando y su hermano, a los que se trataba de forma diferente a pesar de encontrarse en idéntica situación. Adicionalmente, la demandante señalaba que la resolución impugnada también vulneraba el art. 18 CE, en relación con los arts. 10 y 39.2 CE, 3.1 de la Convención sobre los derechos del niño y 8 CEDH, al no reconocer su relación de filiación con

el menor adoptando en detrimento del interés superior del menor. El citado incidente fue inadmitido por la Sección Vigésimocuarta de la Audiencia Provincial de Madrid por providencia de 28 de junio de 2019.

3. La demanda de amparo plantea las siguientes quejas:

a) En primer lugar, la parte alega «vulneración del art. 24.1 CE en su vertiente de derecho a obtener una resolución fundada que, en atención a la materia objeto del expediente, requiere una motivación reforzada». Con cita de la STC 81/2018, de 16 de julio, FJ 3, la demandante señala que, cuando están en juego valores superiores del ordenamiento jurídico constitucional y derechos fundamentales, como son la dignidad de la persona, el derecho a la igualdad, a la integridad moral, intimidad personal y familiar de un menor, la motivación exigible a las resoluciones judiciales ha de ser concordante con los supuestos en los que la Constitución permite la afectación de esos valores y derechos. Por el contrario, subraya la parte, el auto impugnado se limita a reproducir los argumentos aportados por el Ministerio Fiscal, reforzando la existencia de un supuesto fraude de ley que afectaría a la filiación paterna del menor B.R.K., y prescinde de todo argumento relacionado con el interés superior del menor.

b) En segundo lugar, la parte alega vulneración del art. 24.1 CE en su vertiente de derecho a obtener tutela judicial efectiva sin indefensión. Señala la demandante que el auto impugnado le habría causado indefensión al mostrarse parcial y asumir acríticamente los argumentos del Ministerio Fiscal; no valorar los argumentos presentados por la parte en relación con la firmeza de la adopción del hermano menor de B.R.K.; y denegar la adopción sobre la base de la presunción de fraude en relación con la paternidad del esposo de la recurrente, provocando así que esta haya obtenido resultados distintos y contradictorios en dos expedientes idénticos de jurisdicción voluntaria.

c) En tercer lugar, la demanda de amparo alega vulneración de una serie de derechos que califica de sustantivos, en concreto, el derecho a la igualdad y a no ser discriminado (art. 14 CE), el derecho a la intimidad personal y familiar (art. 18 CE), en conexión con la dignidad de la persona (art. 10 CE), la protección social, económica y jurídica de la familia (art. 39 CE), así como el art. 8 CEDH, el art. 3.1 de la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos del niño y las disposiciones del Convenio europeo sobre el ejercicio de los derechos de los niños, hecho en Estrasburgo el 25 de enero de 1996.

Siguiendo el orden en el que se invocan en la demanda de amparo, la demandante aduce que la filiación ha sido incluida por la jurisprudencia constitucional en el ámbito propio y reservado de lo íntimo, protegido por el art. 18 CE, en conexión con el art. 10 CE, y que ese espacio se habría vulnerado por las especulaciones o rumores vertidos por el auto impugnado sobre la filiación de los dos menores B.R.K., e I.R.E.

Aduce también que las resoluciones impugnadas habrían vulnerado el art. 24 CE, en relación con los artículos 18 CE y 39 CE, al no valorar las circunstancias personales de la familia estando en juego el derecho a la intimidad familiar (art. 18 CE), el de protección social, económica y jurídica de la familia (art. 39 CE), así como los arts. 8 CEDH y 3.1 de la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos del niño.

En relación con la eventual vulneración del art. 14 CE, la demanda subraya que se habría producido una lesión del derecho a la igualdad y la prohibición de discriminación de todos los miembros del núcleo familiar, al haberse acordado la adopción del hermano menor de B.R.K., y haberse denegado la suya sin una justificación objetiva y razonable. Esa situación vulnera el derecho a la igualdad en relación con la demandante, que ha sido reconocida madre adoptiva de uno de los hijos biológicos de su marido, pero no del otro, sin justificación objetiva y razonable; de los dos menores implicados, que habrían sido tratados de forma desigual sin justificación alguna y habrían sido discriminados por razón de su nacimiento, en tanto que si hubieran nacido a la par o su adopción se hubiera promovido al mismo tiempo es muy probable que hubieran recibido idéntico tratamiento, acordándose la adopción en relación con ambos; y del esposo de la recurrente, puesto que sin justificación objetiva y razonable uno de sus hijos tiene madre adoptiva, mientras el otro carece de ella.

Por último, señala la demandante que las resoluciones impugnadas descuidan el interés superior del menor, que debe ser el principio rector de cualquier decisión que afecte a un menor, según la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos del niño y el Convenio europeo sobre el ejercicio de los derechos de los niños, de 25 de enero de 1996.

d) El suplico de la demanda solicita que, teniéndose esta por formulada contra las dos resoluciones judiciales impugnadas, se otorgue el amparo a la demandante, reconociéndole «su derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (ex art. 24.1 CE), para que se restablezcan sus derechos fundamentales vulnerados por las resoluciones recurridas y, en concreto, su derecho a la igualdad (ex art. 14 CE); su derecho a la integridad moral (ex art. 15 CE); su derecho al honor e intimidad personal y familiar y a la protección social, económica y jurídica de su familia (ex art. 18.1 CE en relación con el art. 39 CE); su derecho a la dignidad personal (ex art. 10 CE); así como el derecho a la igualdad (ex art. 14 CE) del menor adoptando [B.R.K.] y del marido de la recurrente [don D.J.R.G.]; y, por último, los derechos que a la recurrente, a su esposo e hijos, les otorga el art. 10.2 de la CE, en relación con lo establecido en el art. 8 del CEDH, el art. 3.1 de la Convención de las Naciones Unidas [...] de derechos del niño, de 20 de noviembre de 1989 y las disposiciones del Convenio Europeo sobre el ejercicio de los derechos de los niños, de 25 de enero de 1996, y cualesquiera otros que la Sala tenga a bien considerar». El suplico continúa solicitando la

anulación de las dos resoluciones judiciales impugnadas y de todo lo practicado con posterioridad a las mismas, así como la confirmación en todos sus extremos del auto del Juzgado de Primera Instancia núm. 28 de Madrid, que acordó la adopción del menor B.R.K., por la ahora demandante de amparo.

e) Por otrosí digo, el representante procesal de la demandante de amparo, que también acreditaba ostentar la representación de don D.J.R.G., solicitó se tuviera a este por personado en calidad de coadyuvante, en su propio nombre y en el de sus hijos B.R.K., e I.R.E., de acuerdo con lo previsto en el art. 47 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTC).

4. Mediante diligencia de ordenación de 9 de septiembre de 2019, la Secretaría de Justicia de la Sección Primera, Sala Primera de este tribunal acordó requerir al procurador de la parte recurrente para que, en el plazo de diez días, aportara copia del auto de 15 de enero de 2018 del Juzgado de Primera Instancia núm. 28 de Madrid, así como tener por personado en calidad de coadyuvante, en nombre propio y de sus dos hijos menores, a don D.J.R.G., representado por el procurador don Miguel Ángel Heredero Suero. Por escrito de 11 de septiembre de 2019, la parte recurrente cumplió con lo requerido.

5. Mediante providencia de 10 de mayo de 2021, la Sección Primera de este tribunal examinó el recurso y acordó admitirlo a trámite, «apreciando que concurre en el mismo una especial trascendencia constitucional (art. 50.1 LOTC) porque el recurso plantea un problema o afecta a una faceta de un derecho fundamental sobre el que no hay doctrina de este tribunal [STC 155/2009, de 25 de junio, FJ 2 a)] y [...] puede dar ocasión al Tribunal para aclarar o cambiar su doctrina, como consecuencia del surgimiento de nuevas realidades sociales [STC 155/2009, FJ 2 b)]».

En la misma resolución se acordó también dirigir atenta comunicación a la Sección Vigésimocuarta de la Audiencia Provincial de Madrid, a fin de que en un plazo no superior a diez días remitiera certificación o fotocopia averada de las actuaciones correspondientes al recurso de apelación núm. 578-2018, así como al Juzgado de Primera Instancia núm. 28 de Madrid para que hiciera lo propio con las actuaciones correspondientes a los autos de adopción núm. 451-2017.

6. El 14 de junio de 2021, la Secretaría de Justicia de la Sala Primera de este tribunal dictó diligencia de ordenación por la que acordó dar vista de las actuaciones a las partes personadas y al Ministerio Fiscal, por plazo común de veinte días, a fin de que pudieran presentar las alegaciones que estimasen pertinentes conforme a lo previsto en el art. 52 LOTC.

7. El 12 de julio de 2021, presentó su escrito de alegaciones el representante procesal de la demandante de amparo y don D.J.R.G., este último actuando en su propio nombre y en el de sus dos hijos menores, donde se reiteraron los argumentos ya expuestos en la demanda de amparo y se interesó se otorgara el amparo solicitado.

8. El Ministerio Fiscal evacuó el trámite de alegaciones mediante escrito registrado el 19 de julio de 2021. Tras exponer los antecedentes procesales del recurso y resumir la demanda presentada, el escrito solicita la desestimación del recurso de amparo interpuesto con la siguiente argumentación:

a) En primer lugar y como parte de sus consideraciones previas, el Ministerio Fiscal recuerda la jurisprudencia del Tribunal Constitucional referida al derecho a adoptar y su conjugación con el mandato de protección de la familia (art. 39.1 CE) y de protección de los hijos (art. 39.2 CE). Señala así que la STC 198/2012, de 6 de noviembre, dispone que el ordenamiento jurídico español, que no reconoce un derecho fundamental a adoptar, prevé mecanismos suficientes para garantizar el interés superior del menor en el proceso de adopción, que ha de ser el interés prevalente en este tipo de procedimientos. Tras recordar la jurisprudencia constitucional, el Ministerio Fiscal afirma que la resolución impugnada es conforme con la doctrina expuesta «pues concilia el interés del menor objeto del expediente de adopción con las consecuencias jurídicas derivadas de la nulidad de pleno Derecho de los contratos de gestación por sustitución».

b) En segundo lugar, el Ministerio Fiscal discute los términos en que se plantea la demanda de amparo, en tanto la demandante la hace extensiva al menor adoptando y al padre de ambos niños, que es su marido, arrogándose una representación que no le corresponde. Recuerda el Ministerio Fiscal que la legitimación activa para interponer el recurso de amparo está regulada en el art. 46.1 b) LOTC, que dispone que están legitimados para interponer el recurso de amparo en los supuestos previstos en los arts. 43 y 44 LOTC quienes hayan sido parte en el proceso judicial previo, de lo que deduce la clara legitimación de la demandante para interponer el recurso de amparo, al haber sido esta la promotora del expediente de adopción y ostentar un interés legítimo. Añade el Ministerio Fiscal que el Tribunal Constitucional también ha reconocido la legitimación para interponer el recurso de amparo a quienes invoquen un interés legítimo (cita, entre otras, las SSTC 84/2000, de 27 de marzo, y 154/2016, de 22 de septiembre); interés legítimo que se habría construido como una categoría más amplia que la del derecho subjetivo, incluyendo a «toda persona cuyo círculo jurídico pueda resultar perjudicado por la violación de un derecho

fundamental, aunque la violación no se produjese directamente en su contra (ATC 1193/1988, de 24 de octubre[...])». En base a esta jurisprudencia, el Ministerio Fiscal entiende que el marido de la recurrente y su hijo tendrían interés legítimo para comparecer en el proceso, pero no lo han hecho y la demandante no puede suplir por voluntad propia esa decisión de no comparecer.

c) Entrando en el análisis de las vulneraciones de derechos fundamentales alegadas por la demandante, el Ministerio Fiscal sostiene, en tercer lugar, que no se habría producido ninguna vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, en su vertiente de derecho a una resolución motivada. Puesto que no estamos en presencia de un procedimiento de tutela de derechos fundamentales dirigido a la defensa de un derecho fundamental sustantivo, sino de un procedimiento de jurisdicción voluntaria cuya característica definitoria es la ausencia de controversia, propia de los procesos contenciosos, el Ministerio Fiscal entiende que la doctrina constitucional que exige a los órganos judiciales una motivación reforzada de sus resoluciones en aquellos casos que puedan afectar a derechos sustantivos no resulta aplicable. En opinión del Ministerio Fiscal, la doctrina constitucional aplicable al caso sería aquella que exige la fundamentación en Derecho de las resoluciones judiciales, de modo que contengan los elementos y razones de juicio que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos que fundamentan la decisión sin incurrir en arbitrariedad, manifiesta irrazonabilidad o error patente. Trasladando la doctrina indicada al caso concreto, el Ministerio Fiscal sostiene que el auto impugnado permite conocer los criterios jurídicos que fundamentan su decisión, aplicándolos al caso concreto, de modo que su motivación ha de considerarse suficiente. Adicionalmente, señala que la resolución no prescinde del interés superior del menor, en tanto subraya que «de acordarse la denegación de la adopción, en nada afecta al interés del menor dado que continúa conviviendo con el padre biológico y su esposa, quienes, al parecer, según refieren en su escrito de demanda, cuentan con indudables habilidades personales y medios materiales para dispensar al menor las atenciones que precisa».

d) En cuarto lugar, el Ministerio Fiscal rechaza las alegaciones de la recurrente referidas a la eventual vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión. Tras recordar la jurisprudencia de este tribunal al respecto, el Ministerio Fiscal subraya que la demandante ha presentado cuanta documentación ha considerado pertinente en defensa y acreditación de su pretensión, y no ha denunciado ninguna irregularidad procesal durante la tramitación de la apelación de la que pudiera derivarse su indefensión. Señala adicionalmente que el desacuerdo de la recurrente en relación con la actuación del Ministerio Fiscal, que recurrió en apelación en el expediente de adopción del menor B.R.K., y no en el de su hermano menor, no puede atribuirse al tribunal de apelación. Finalmente, en cuanto a la alegación de parcialidad del tribunal de apelación por acoger el posicionamiento de la Fiscalía, el Ministerio Fiscal subraya que esa supuesta parcialidad podría haber vulnerado el derecho de la parte a un juez imparcial, si bien la parte ni invoca ni desarrolla argumentalmente tal vulneración.

e) En quinto lugar, el Ministerio Fiscal defiende que tampoco se ha producido vulneración alguna del derecho a la igualdad ni de la demandante, ni de su esposo, ni de los dos menores, por el desigual desenlace de los dos procedimientos de adopción. Señala la Fiscalía que el derecho fundamental a la igualdad del art. 14 CE tiene dos manifestaciones esenciales, según la jurisprudencia de este tribunal: el derecho a la igualdad en la ley y a la igualdad en la aplicación de la ley. En el presente caso, entiende la Fiscalía, la queja de amparo pone de manifiesto la eventual vulneración del derecho a la igualdad en la aplicación de la ley. Sin embargo, para que pudiera entenderse vulnerado ese derecho sería necesario que concurrieran los siguientes requisitos: (i) la acreditación de un tertium comparationis; (ii) la identidad de órgano judicial que en casos sustancialmente iguales haya resuelto de forma contradictoria, entendiéndose por tal no solo la Sala, sino también la Sección correspondiente; (iii) la existencia de alteridad en los supuestos contrastados y (iv) la ausencia de toda motivación que justifique la diferencia de trato. Pues bien, entiende el Ministerio Fiscal que esos requisitos no se dan en el caso concreto, en tanto la Audiencia Provincial no ha dictado más que una resolución sobre supuestos idénticos al analizado, no habiéndose presentado, por tanto, un término válido de comparación, ni existiendo un cambio de postura inmotivada en relación con supuestos idénticos. El distinto devenir de los dos expedientes de adopción instados por la demandante es fruto de las particulares vicisitudes procesales de cada uno de ellos y deriva no de la actuación del órgano judicial, sino del posicionamiento del Ministerio Fiscal, que no corresponde valorar en esta sede.

f) Finalmente, en relación con la eventual vulneración de los derechos de la demandante a la integridad moral (art. 15 CE) y al honor e intimidad personal y familiar (art. 18.1 CE), en relación con el derecho a la dignidad del art. 10 CE, el Ministerio Fiscal entiende que no tienen en la demanda de amparo un desarrollo específico, en tanto la demandante se limita a afirmar que las resoluciones impugnadas vulneran esos derechos de ella y su familia.

9. Por diligencia de la Secretaría de Justicia de 20 de julio de 2021 se hizo constar la recepción de los escritos de alegaciones del Ministerio Fiscal y del procurador de la demandante y la parte coadyuvante, quedando el presente recurso de amparo pendiente de deliberación cuando por turno le correspondiera.

10. En virtud de los arts. 2.1 y 2 y 3.1 del acuerdo del Pleno del Tribunal Constitucional de 17 de enero de 2023, publicado en el «Boletín Oficial del Estado» de 19 de enero de 2023, el recurso lo conoce la Sala Segunda de este tribunal al conservar la magistrada doña Inmaculada Montalbán Huertas la ponencia asignada tras la renovación parcial del Tribunal que dio lugar a una nueva composición de sus Salas y Secciones, lo que fue puesto en

conocimiento de las partes mediante diligencia de ordenación de 20 de enero de 2023 del secretario de justicia de la Sección Tercera.

11. El 12 de febrero de 2024 la Sala Segunda de este tribunal acordó proponer la avocación al Pleno del presente recurso de amparo, lo que fue notificado a las partes mediante providencia de la misma fecha.

12. Mediante providencia de 27 de febrero de 2024, se señaló ese mismo día para la deliberación y votación de la presente sentencia.

II. Fundamentos jurídicos

1. Objeto del recurso de amparo y pretensiones de las partes.

En el presente recurso de amparo se impugna el auto de 30 de mayo de 2019, dictado por la Sección Vigésimocuarta de la Audiencia Provincial de Madrid, que revocó la resolución del Juzgado de Primera Instancia núm. 28 de Madrid, que había estimado la pretensión de la demandante de amparo de constituir el vínculo adoptivo entre ella y el menor B.R.K.; así como la providencia de 28 de junio de 2019 del mismo tribunal, por la que se inadmitió a trámite el incidente de nulidad de actuaciones formulado por la demandante de amparo contra el mencionado auto.

Según se desprende de las actuaciones del citado procedimiento remitidas a este tribunal, el menor B.R.K., nació en Kiev (Ucrania) el 8 de noviembre de 2016 a raíz de un contrato por el que se convino su gestación a cargo de doña K.K., la gestante, que renunciaba a la filiación materna en favor de la demandante de amparo y su esposo, parte coadyuvante en este proceso. Siguiendo la terminología empleada en el art. 10 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, este tribunal se referirá a ese contrato como «el contrato de gestación por sustitución».

El menor fue inscrito en el registro civil consular de la Embajada de España en Kiev como hijo del esposo de la demandante de amparo y de doña K.K., la gestante. La demandante de amparo solicitó la constitución del vínculo adoptivo entre ella y B.R.K. Su pretensión fue inicialmente estimada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 28 de Madrid, que acordó la constitución del citado vínculo adoptivo, decisión que fue posteriormente revocada en apelación por la Audiencia Provincial de Madrid, tras la interposición del correspondiente recurso por el Ministerio Fiscal. Tal y como se detalla en los antecedentes de hecho, la demandante de amparo solicitó también la constitución del vínculo adoptivo entre ella y el hijo menor de su esposo, I.R.E., nacido por idéntico procedimiento en Ucrania el día 9 de agosto de 2017. El Juzgado de Primera Instancia núm. 28 de Madrid acordó esa segunda adopción por auto núm. 265/2018, de 21 de junio, que devino firme.

La demanda de amparo fue presentada únicamente en nombre de doña M.T.E.M. -aunque su esposo se personó en calidad de coadyuvante, en nombre propio y en el de sus dos hijos menores- y en ella se alega que las resoluciones recurridas habrían vulnerado su derecho a la tutela judicial efectiva, en sus vertientes de derecho a una resolución judicial motivada y fundada en Derecho y a no padecer indefensión (art. 24.1 CE). A decir de la demandante, las resoluciones impugnadas habrían vulnerado esos derechos al ignorar la cuestión central que se debatía en el proceso y resolver sobre una cuestión ajena al mismo, véase, la posible existencia de vínculo biológico entre el esposo de la demandante de amparo y el menor B.R.K., así como al obviar la exigencia de motivación reforzada que este tribunal impone a las resoluciones que afecten a valores o derechos constitucionales, prescindiendo de toda consideración relativa a la dignidad de la persona, la igualdad, la integridad moral, la intimidad personal y familiar de un menor, la protección de la familia y el interés superior del menor (arts. 10, 14, 15, 18 y 39 CE, en conexión con los arts. 8 CEDH y 3 de la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos del niño).

Adicionalmente, la demandante de amparo sostiene que las resoluciones impugnadas le habrían causado indefensión al mostrar parcialidad en favor de las tesis defendidas por el Ministerio Fiscal, atribuir conductas fraudulentas a su esposo sin aportar indicio alguno de la ausencia de vínculo biológico con el menor B.R.K., no valorar los documentos aportados que acreditaban la firmeza de la resolución judicial por la que se acordaba la adopción de I.R.E., por la demandante y resolver de forma contradictoria en relación con sus solicitudes de adopción de los menores B.R.K., e I.R.E., a pesar de la sustancial identidad de ambos casos. La demanda de amparo sostiene que el tratamiento diferenciado de ambas solicitudes de adopción habría provocado la lesión adicional del derecho a la igualdad y a no ser discriminada de la demandante, así como de su marido y de los menores B.R.K., e I.R.E., que habrían sido discriminados por razón de su nacimiento (art. 14 CE). Finalmente, aduce que las resoluciones impugnadas habrían vulnerado su derecho a la integridad moral (art. 15 CE), dañado por la decisión de no acceder a la adopción de uno de los hijos de su esposo, así como del derecho a la intimidad, en conexión con la dignidad de la persona (art. 18 CE, en relación con el art. 10 CE), al especular sobre la filiación del menor B.R.K.

El Ministerio Fiscal se opone a la demanda de amparo por los motivos expuestos en los antecedentes, fundamentalmente por considerar que la demandante de amparo no está legitimada para actuar en nombre de su marido y del menor B.R.K. -de modo que el objeto de la demanda ha de circunscribirse a la eventual vulneración de

sus derechos fundamentales- y por considerar que no se ha producido lesión alguna de los derechos de la demandante a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE), a la igualdad (art. 14 CE), a la integridad moral (art. 15 CE), ni a la intimidad personal y familiar, en conexión con la dignidad de la persona (art. 18.1 CE, en relación con el art. 10 CE).

2. Cuestiones preliminares.

Antes de proceder al enjuiciamiento del presente recurso de amparo han de hacerse las siguientes precisiones:

a) Protección de la identidad de los menores de edad afectados.

Aun cuando no haya sido solicitado por la demandante de amparo, este tribunal viene obligado, en virtud del art. 86.3 LOTC y del art. 1 del acuerdo del Pleno de 23 de julio de 2015, por el que se regula la exclusión de los datos de identidad personal en la publicación de las resoluciones jurisdiccionales («Boletín Oficial del Estado» núm. 178, de 27 de julio de 2015), a preservar de oficio el anonimato de los menores. En consecuencia, la presente resolución identifica por sus iniciales al menor cuya adopción fue solicitada por la demandante en amparo, así como a su hermano. Este tribunal estima, también de oficio y de conformidad con el art. 2 del citado acuerdo, que dicho tratamiento reservado debe extenderse, con la finalidad de preservar de modo efectivo el anonimato de ambos menores, a los datos personales de la demandante de amparo, así como de su esposo, personado como parte coadyuvante, y de la gestante.

b) Requisitos de admisibilidad: preservación del carácter subsidiario del amparo.

A pesar de que ninguna de las partes ha alegado óbice alguno de procedibilidad en relación con el presente recurso de amparo, este tribunal ha reiterado que los defectos insubsanables de que pueda estar afectada la demanda de amparo no resultan reparados porque haya sido inicialmente admitida a trámite, «de forma que la comprobación de los presupuestos procesales para la viabilidad de la acción puede volverse a abordar o reconsiderar en la sentencia, de oficio o a instancia de parte, dando lugar a un pronunciamiento de inadmisión por la falta de tales presupuestos» (por todas, STC 66/2022, de 2 de junio, FJ 3, que se remite a la STC 154/2016, de 22 de septiembre, FJ 2).

Por tanto, antes de examinar las vulneraciones de derechos fundamentales alegadas por la recurrente, debemos examinar de oficio la posible concurrencia de alguna de las causas de inadmisibilidad del recurso previstas en el art. 50.1 LOTC, entre las que se encuentra la denuncia formal en el proceso de la vulneración del derecho fundamental invocado ante este tribunal tan pronto como, una vez conocida, hubiera lugar para ello [art. 44.1 c) LOTC]. Esta exigencia, lejos de ser un mero formalismo, tiene por finalidad ofrecer a los órganos judiciales la oportunidad de pronunciarse sobre la violación constitucional invocada y preservar el carácter subsidiario del recurso de amparo, tal y como este tribunal ha subrayado en su jurisprudencia (por todas, STC 73/2007, de 16 de abril, FJ 2).

Pues bien, ese defecto de falta de invocación debe apreciarse en el caso presente en relación con la queja referida a la vulneración del derecho a la igualdad del esposo de la demandante de amparo (art. 14 CE), en tanto esa alegación no fue incorporada al escrito por el que se promovió el incidente de nulidad de actuaciones contra el auto dictado por la Audiencia Provincial de Madrid el 30 de mayo de 2019. El recurso de amparo ha de ser inadmitido parcialmente en lo referido a esa queja, que se ha alegado per saltum en sede constitucional, sin haberse suscitado con anterioridad.

c) Alcance de la legitimación de la demandante de amparo.

Con carácter previo al examen del fondo de la cuestión, procede asimismo analizar la alegación del Ministerio Fiscal en virtud de la cual procedería ceñir el objeto del presente proceso a los derechos fundamentales de los que es titular la demandante de amparo, en tanto esta invoca derechos fundamentales de todos los miembros del grupo familiar, pero lo hace arrogándose una representación que no le corresponde. El objeto del proceso de amparo habría así de quedar circunscrito a las alegaciones referidas a la vulneración de los derechos de la demandante de amparo, excluyéndose del enjuiciamiento de este tribunal las alegaciones referidas a la vulneración del derecho a la intimidad del menor B.R.K. (art. 18 CE, en relación con el art. 10 CE), así como del derecho a la igualdad y a no ser discriminado de los menores B.R.K., e I.R.E. (art. 14 CE), en tanto la alegación referida a la eventual vulneración de ese derecho en relación con el marido de la demandante de amparo ya ha sido excluida del enjuiciamiento de este tribunal por falta de invocación en la vía judicial previa.

En relación con esta cuestión debemos recordar, en primer lugar, que la demandante de amparo no actúa en el presente proceso constitucional en representación legal de los menores B.R.K., e I.R.E. La demanda de

amparo fue presentada únicamente en su nombre, aunque su marido se personó como parte coadyuvante, en nombre propio y en el de sus dos hijos. Ambas partes comparten representación procesal y han formulado idénticas alegaciones.

En contra de lo alegado por el Ministerio Fiscal, la cuestión que se suscita no es, por tanto, si la demandante de amparo puede asumir la representación procesal de los menores B.R.K., e I.R.E., algo que en ningún caso la parte pretende, sino si esta está legitimada activamente para recurrir las resoluciones impugnadas invocando derechos que no son propios, sino de quienes se personaron como partes coadyuvantes. Tan solo en caso de llegar a una conclusión negativa respecto de esta cuestión, podríamos excluir de nuestro enjuiciamiento las alegaciones referidas a los derechos fundamentales de los menores B.R.K., e I.R.E., en tanto este tribunal ha admitido la intervención adhesiva a favor del demandante de amparo más allá del caso previsto en el art. 46.2 LOTC, pero ha subrayado que el coadyuvante del demandante no puede alterar el planteamiento ni el objeto del proceso, limitándose a alegar cuanto le convenga, sin restricción dialéctica alguna (por todas, STC 126/2011, de 18 de julio, FJ 7, y AATC 146/1996, de 10 de junio, FJ único, y 302/2003, de 29 de septiembre, FJ 2).

Centrada así la cuestión, debemos recordar que, de conformidad con lo previsto en los arts. 162.1 b) CE y 46.1 b) LOTC, la legitimación activa para recurrir en amparo resoluciones judiciales corresponde a toda persona natural o jurídica que, habiendo sido parte en el proceso judicial precedente, invoque un interés legítimo. Siguiendo la jurisprudencia de este tribunal, la existencia de tal interés halla su expresión normal en la titularidad del derecho fundamental invocado, de modo que, a efectos de comprobar si existe tal legitimación, basta con examinar si el demandante de amparo ostenta la titularidad del derecho cuyo amparo se pide (por todas, SSTC 13/2001, de 29 de enero, FJ 4; 233/2005, de 26 de septiembre, FJ 9, y 66/2022, de 2 de junio, FJ 3).

No obstante lo anterior, es reiterada doctrina de este tribunal que la noción de interés legítimo ha de interpretarse de forma amplia y flexible, concurriendo «en toda persona cuyo círculo jurídico pueda resultar afectado por la violación de un derecho fundamental, aunque la violación no se haya producido directamente en su contra» (por todas, STC 298/2006, de 23 de octubre, FJ 4). Tal interés no puede confundirse con «un interés genérico en la preservación de derechos, sino con un interés cualificado y específico», que debe ser valorado en atención al derecho fundamental que en cada caso se trate (por todas, SSTC 13/2001, de 29 de enero, FJ 4, y 66/2022, de 2 de junio, FJ 3). En aplicación de esta jurisprudencia, este tribunal ha reconocido la existencia de interés legítimo en determinadas situaciones de vinculación familiar, por ejemplo, de los guardadores de hecho respecto del menor de edad que se encuentra a su cargo (STC 221/2002, de 25 de noviembre, FJ 2), de los progenitores respecto de los derechos fundamentales de sus hijos menores de edad o con una discapacidad, aun cuando no estuvieren en ejercicio de la patria potestad (por todas, SSTC 174/2002, de 9 de octubre, FJ 4; 186/2013, de 4 de noviembre, FJ 2, y 148/2023, de 6 de noviembre, FJ 2) o del hijo respecto de los derechos fundamentales del progenitor sometido a su tutela (STC 38/2023, de 20 de abril, FJ 2).

En el caso presente, aunque la demandante de amparo no es titular de parte de los derechos que invoca, cumple con los requisitos exigidos por nuestra jurisprudencia para que se le reconozca legitimación activa para invocar tales derechos. Por un lado, la demandante de amparo fue parte en el proceso judicial en el que se dictaron las resoluciones judiciales impugnadas, siendo ella la promotora del procedimiento dirigido a constituir la adopción del menor B.R.K. Por otro lado, invoca los derechos fundamentales de quien es ya su hijo adoptivo, el menor I.R.E., así como del menor B.R.K., respecto del cual ha solicitado la constitución del vínculo adoptivo y con el que convive desde su nacimiento, sin que se aprecie conflicto de interés alguno entre la demandante y el menor B.R.K., como se desprende del hecho de que el padre de este se haya personado como parte coadyuvante en la presente causa, en su nombre y en nombre de los menores B.R.K., e I.R.E., presentando las mismas alegaciones que la demandante. En tales circunstancias, podemos concluir que la demandante de amparo tiene interés legítimo en defender, por la vía de este recurso de amparo, los derechos de los menores B.R.K., e I.R.E.

3. Delimitación de los derechos fundamentales concernidos por nuestro pronunciamiento.

El núcleo de la presente demanda de amparo reside en la posible vulneración de diversos derechos fundamentales de la recurrente y los menores B.R.K., e I.R.E., debido a la negativa de los tribunales españoles a autorizar la constitución del vínculo adoptivo entre la demandante y el menor B.R.K., y al distinto tratamiento recibido por idéntica solicitud en relación con el menor I.R.E. La diversa índole de los derechos invocados por la demandante de amparo y el insuficiente desarrollo de alguna de las quejas de amparo planteadas, hacen necesarias una serie de precisiones previas dirigidas a delimitar el objeto de nuestro pronunciamiento.

a) En relación con la queja referida a la lesión del derecho a la integridad moral de la demandante de amparo (art. 15 CE), es necesario subrayar que la demanda carece manifiestamente de un mínimo desarrollo argumental que permita a este tribunal pronunciarse sobre la misma. La recurrente se limita a enunciar tal lesión únicamente en el suplico de la demanda, sin aportar ningún argumento en el cuerpo de la misma que permita a este tribunal atisbar los motivos por los que se habría producido una lesión del citado derecho. Resulta así evidente que la demandante de amparo no ha cumplido con la carga que tiene de facilitar a este tribunal «las alegaciones fácticas y jurídicas

precisas a fin de dilucidar si ha mediado vulneración de los derechos fundamentales para cuya protección se interesa el otorgamiento del amparo constitucional» (entre otras, SSTC 155/2007, de 2 de julio, FJ 1, y 77/2008, de 7 de julio, FJ 4).

b) En lo que se refiere a la eventual lesión del derecho a no padecer indefensión (art. 24.1 CE), hay que resaltar que las alegaciones de la demandante se limitan a reiterar los motivos por los que entiende lesionado el derecho a la igualdad y a no ser discriminado (art. 14 CE) y el derecho a una resolución judicial motivada y fundada en Derecho (art. 24.1 CE), siendo esta queja claramente tributaria de esas lesiones; la última de las cuales constituye el núcleo central de la demanda de amparo presentada, tal y como se explicará en los siguientes fundamentos jurídicos.

En todo caso, procede recordar que, en línea con la jurisprudencia de este tribunal, la indefensión constitucionalmente relevante es aquella que, siendo imputable a actos u omisiones de los órganos jurisdiccionales, «impide a una parte el ejercicio del derecho de defensa, privando o limitando su capacidad de ejercitar bien su facultad de alegar y justificar sus derechos e intereses para que le sean reconocidos, bien de replicar dialécticamente las posiciones contrarias en el ejercicio del indispensable principio de contradicción [...], siempre que la indefensión tenga un carácter material, expresión con la que se quiere subrayar su relevancia o trascendencia, es decir, que produzca un efectivo y real menoscabo del derecho de defensa» (SSTC 52/1999, de 12 de abril, FJ 5, y 16/2011, de 28 de febrero, FJ 4, entre muchas otras). La demandante de amparo no identifica limitación alguna en el ejercicio de su derecho de defensa, ni tampoco detalla los motivos por los que se habría producido una indefensión constitucionalmente relevante.

c) En lo que se refiere a la alegada vulneración del derecho fundamental a la igualdad y a no ser discriminado (art. 14 CE), es preciso recordar que la demandante atribuye tal lesión al diverso tratamiento que recibieron sus solicitudes de constitución del vínculo adoptivo con los menores B.R.K., e I.R.E. Esta primera alegación ha de ser analizada desde la perspectiva de nuestra jurisprudencia relativa a la desigual aplicación del Derecho por los órganos jurisdiccionales, en tanto la recurrente pone de relieve que sus solicitudes de constitución del vínculo adoptivo con los menores B.R.K., e I.R.E., habrían recibido un tratamiento distinto por la jurisdicción ordinaria a pesar de la sustancial identidad de ambos casos.

En relación con esta queja, es preciso resaltar que la demandante de amparo no ha ofrecido un término de comparación válido que nos permita determinar si se ha producido una lesión del citado derecho. Según jurisprudencia constante de este tribunal, el derecho a la igualdad en la aplicación de la ley garantiza que los tribunales «resuelvan conforme a sus propios precedentes salvo que de forma reflexiva y como consecuencia de un diferente entendimiento del ordenamiento jurídico decidan cambiar de criterio» (por todas, STC 90/2023, de 11 de septiembre, FJ 6). Para poder apreciar la lesión del citado derecho nuestra jurisprudencia constante requiere, entre otros requisitos, que el tratamiento desigual en la aplicación del Derecho se atribuya al mismo órgano judicial, exigiéndose no solo la identidad de sala, sino también la de sección (SSTC 40/2015, de 2 de marzo, FJ 4; 120/2019, de 28 de octubre, FJ 3, y 90/2023, de 11 de septiembre, FJ 6, entre muchas otras). Este requisito no se cumple en el caso objeto de análisis, en tanto las resoluciones judiciales comparadas provienen de distintos órganos judiciales.

Asimismo, la demandante de amparo alega que los menores, B.R.K., e I.R.E., habrían sido objeto de una discriminación por razón de su nacimiento, en tanto si hubieran nacido al mismo tiempo o su adopción se hubiera instado en el mismo procedimiento, la diferencia de trato no se habría producido.

Este tribunal se ha pronunciado en reiteradas ocasiones sobre la prohibición de discriminación que el art. 14 CE contiene, señalando que «representa una explícita interdicción de determinadas diferencias históricamente muy arraigadas y que han situado, tanto por la acción de los poderes públicos como por la práctica social, a sectores de la población en posiciones, no solo desventajosas, sino contrarias a la dignidad de la persona que reconoce el art. 10.1 CE» (por todas, SSTC 63/2011, de 16 de mayo, FJ 3, y 172/2021, de 7 de octubre, FJ 3). El nacimiento constituye una de las categorías expresamente prohibidas de discriminación previstas en el art. 14 CE y, al hilo de la misma, este tribunal se ha pronunciado sobre distintas desigualdades de trato por razón del origen o la modalidad de la filiación (por todas, SSTC 171/2012, de 4 de octubre, FJ 4, y 105/2017, de 18 de septiembre, FJ 4).

Aunque, según nuestra jurisprudencia, la constatación de la vulneración de la prohibición de discriminación no requiere la aportación de término de comparación alguno (por todas, STC 154/2006, de 22 de mayo, FJ 6), en el caso presente, la demandante plantea su queja atribuyendo de manera específica la lesión del derecho a no ser discriminado por razón de nacimiento a una diferencia de trato que habría tenido su origen en las circunstancias temporales que rodearon el nacimiento de los menores B.R.K., e I.R.E., y el momento en que se instó su adopción. De entrada, el argumento de la demandante de amparo es puramente especulativo, al referirse a una hipotética solución diversa del asunto en caso de haber variado las circunstancias temporales relativas al nacimiento de los menores y/o al inicio del procedimiento de adopción. Por otra parte, se trata de una hipótesis vacía de contenido sustancial ya que ese elemento temporal no tuvo incidencia alguna en el razonamiento que llevó a la Audiencia Provincial de Madrid a modificar el criterio de la instancia y denegar la solicitud de adopción formulada por la demandante en relación con el menor B.R.K. Las circunstancias que rodearon el nacimiento de ambos menores fueron por lo demás idénticas, ya que ambos nacieron mediante gestación por sustitución. Siendo idénticas las circunstancias en que se produjo el nacimiento de los menores, no puede afirmarse que las mismas operasen como

factor determinante de la diferencia de trato entre ellos, de modo que no cabe hablar de la existencia de una discriminación por razón de nacimiento en los términos exclusivamente comparativos denunciados por la demandante.

d) Finalmente, en lo que se refiere a la alegada lesión del derecho a la intimidad personal y familiar (art. 18.1 CE), hemos afirmado que la filiación forma parte del ámbito propio y reservado de lo íntimo protegido por ese derecho y que la revelación o divulgación indebida de datos, reales o supuestos, sobre la filiación de una persona afecta no solo al derecho a la intimidad de esta, sino también de sus progenitores (SSTC 197/1991, de 17 de octubre, FJ 3, y 190/2013, de 18 de noviembre, FJ 2). No obstante, la parte no aduce que se haya producido una intromisión ilegítima en ese ámbito de lo íntimo mediante la divulgación indebida de datos referidos a la filiación del menor B.R.K., limitándose a cuestionar los pronunciamientos de las resoluciones impugnadas sobre la filiación paterna del menor. Las resoluciones judiciales impugnadas plantean un claro problema desde el punto de vista de la determinación de la filiación del menor B.R.K., pero no nos encontramos en el ámbito protegido por el derecho a la intimidad personal y familiar.

No obsta a esta conclusión que la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que es criterio de interpretación de las normas constitucionales relativas a las libertades y derechos fundamentales en virtud de lo previsto en el art. 10.2 CE (STC 11/2016, de 1 de febrero, FJ 3, entre muchas otras), haya integrado aspectos de la identidad del individuo en el contenido del derecho a la vida privada protegido por el art. 8.1 CEDH, exigiendo que las personas puedan determinar los elementos que integran su identidad como ser humano, lo que incluye su filiación, y examinando desde esa óptica la negativa de las autoridades de distintos Estados parte del Convenio europeo de derechos humanos a reconocer el vínculo de filiación legalmente constituido en otro Estado entre padres de intención y niños nacidos mediante gestación por sustitución (SSTEDH de 26 de junio de 2014, asuntos *Menesson c. Francia* y *Labassee c. Francia*; de 16 de julio de 2020, asunto *D.*, *c. Francia*, y de 6 de diciembre de 2022, asunto *K.K.*, y otros *c. Dinamarca*, entre otras). Tampoco que ese mismo tribunal haya analizado esos supuestos desde la óptica del derecho a la vida familiar, también reconocido en el art. 8.1 CEDH (SSTEDH de 26 de junio de 2014, asuntos *Menesson c. Francia* y *Labassee c. Francia*, y de 18 de mayo de 2021, asunto *Valdís Fjólfnisdóttir* y otros *c. Islandia*; y Decisión de inadmisión del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de 30 de mayo de 2023, asunto *Bonzano* y otros *c. Italia*, entre otras).

En este sentido, debemos recordar que «el derecho a la vida privada y familiar reconocido en el art. 8.1 CEDH y el derecho a la intimidad personal y familiar reconocido en el art. 18.1 CE no son coextensos» y que, por tanto, nuestra doctrina no admite que «el deslinde del ámbito material de protección del derecho a la intimidad personal y familiar reconocido en el art. 18.1 CE, [...] “deba verificarse mediante la mimética recepción del contenido del derecho a la vida privada y familiar reconocido en el art. 8.1 CEDH”» (por todas, STC 66/2022, de 2 de junio, FJ 4; y ATC del Pleno 40/2017, de 28 de febrero, FJ 3). No obstante, el hecho de que nuestra Constitución no reconozca un derecho fundamental a la vida privada y familiar en los términos reconocidos por el art. 8 CEDH y el art. 7 de la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea, no supone en modo alguno que los elementos constitutivos de la identidad de la persona, vinculados al libre desarrollo de la personalidad y al respeto a la dignidad de que somos titulares los seres humanos, así como las relaciones afectivas, familiares y de convivencia, carezcan de protección dentro de nuestro ordenamiento constitucional, tal y como detallaremos en los siguientes fundamentos jurídicos.

4. El derecho a una resolución judicial motivada y fundada en Derecho: el canon reforzado de motivación (art. 24.1 CE).

Una vez realizadas las precisiones anteriores, procede abordar el núcleo central de la presente demanda de amparo, que no es otro que la eventual lesión del derecho a una resolución judicial motivada y fundada en Derecho (art. 24 CE), en relación con el reconocimiento de la filiación, concebido como uno de los aspectos esenciales que configuran la identidad de la persona (art. 10.1 CE), y con la protección de la familia y de los niños (art. 39 CE).

Es doctrina reiterada de este tribunal que el derecho a la tutela judicial efectiva, en esencia, no se agota en el derecho a acceder al proceso y a solicitar a los órganos judiciales la tutela de los derechos e intereses legítimos, sino que comprende, además, obtener una resolución que, salvo que concurra causa legal, resolverá el fondo del asunto mediante el dictado de una resolución congruente con los pedimentos de las partes, motivada y fundada en Derecho, no incurso en arbitrariedad, irrazonabilidad o error fáctico patente. Procede recordar respecto de esta última vertiente del genérico derecho a la tutela judicial efectiva que el derecho a obtener una resolución fundada en Derecho, favorable o adversa, es garantía frente a la arbitrariedad e irrazonabilidad de los poderes públicos, y que ello implica, en primer lugar, que la resolución ha de estar motivada, es decir, contener los elementos y razones de juicio que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos que fundamentan la decisión. A tal efecto, es preciso señalar, «que no pueden considerarse razonadas ni motivadas aquellas resoluciones judiciales que, a primera vista y sin necesidad de mayor esfuerzo intelectual y argumental, se comprueba que parten de premisas inexistentes o patentemente erróneas o siguen un desarrollo argumental que incurre en quiebras lógicas de tal

magnitud que las conclusiones alcanzadas no pueden considerarse basadas en ninguna de las razones aducidas (SSTC 164/2002, de 17 de septiembre, FJ 4; 214/1999, de 29 de noviembre, FJ 4; 228/2005, de 12 de septiembre, FJ 3; 59/2006, de 27 de febrero, FJ 3; 109/2006, de 3 de abril, FJ 5, y 215/2006, de 3 de julio, FJ 3, entre otras)» (STC 132/2007, de 4 de junio, FJ 4).

Como hemos manifestado también en numerosas ocasiones, cuando lo que está en juego son los valores superiores del ordenamiento constitucional o los derechos fundamentales sustantivos, el canon de motivación de las resoluciones judiciales que se deriva del art. 24.1 CE no se reduce a la mera expresión de las razones que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos esenciales fundamentadores de la decisión sin incurrir en arbitrariedad, irrazonabilidad o error patente. El estándar de las exigencias derivadas del deber de motivación es más riguroso en estos casos, de modo que nuestra jurisprudencia exige motivaciones concordantes con los supuestos en los que la Constitución permite la afectación del valor o derecho en liza (entre muchas otras, SSTC 81/2018, de 16 de julio, FJ 3; 9/2020, de 28 de enero, FJ 6, y 113/2021, de 31 de mayo). Dado que la demandante de amparo identifica varios principios y valores constitucionales como aquellos que podrían haberse visto afectados por la medida, procede deslindarlos antes de enjuiciar el caso concreto.

5. Motivación reforzada (art. 24.1 CE) en la determinación de la filiación, en la protección de la familia y del interés superior de las personas menores de edad.

a) La demandante de amparo identifica la dignidad de la persona como uno de los valores superiores del ordenamiento constitucional que se habría visto afectado por las resoluciones impugnadas (art. 10.1 CE). En relación con esta alegación debemos recordar que este tribunal ha reconocido el vínculo existente entre el libre desarrollo de la personalidad y el respeto a la dignidad de que somos titulares los seres humanos (art. 10.1 CE) y la determinación de los elementos constitutivos de la identidad de una persona (por todas, SSTC 99/2019, de 18 de julio, FJ 4, y 130/2022, de 24 de octubre, FJ 4).

Hemos subrayado así que «establecer la propia identidad no es un acto más de la persona, sino una decisión vital, en el sentido que coloca al sujeto en posición de poder desenvolver su propia personalidad. Cualquiera que se vea obligado a vivir a la luz del Derecho conforme a una identidad distinta de la que le es propia sobrelleva un lastre que le condiciona de un modo muy notable en cuanto a la capacidad para conformar su personalidad característica y respecto a la posibilidad efectiva de entablar relaciones con otras personas» (STC 99/2019, de 18 de julio, FJ 4).

Nuestra jurisprudencia ha identificado distintos atributos esenciales que configuran la identidad propia de cada persona, véase, la voz y el nombre (STC 117/1994, de 25 de abril, FJ 3), el nombre y los apellidos (SSTC 167/2013, de 7 de octubre, FJ 5, y 178/2020, de 14 de diciembre, FJ 2), el sexo (STC 99/2019, de 18 de julio, FJ 4), la expresión de género (STC 67/2022, de 2 de junio, FJ 3) y la edad (STC 130/2022, de 24 de octubre, FJ 4). En la STC 138/2005, de 26 de mayo, FJ 4, este tribunal reconoció también el vínculo entre el derecho del hijo a conocer su identidad y la obligación que el art. 39.2 CE impone a los poderes públicos de posibilitar la investigación de la paternidad, entendida como paternidad biológica.

Desde la perspectiva de nuestro ordenamiento constitucional, la determinación de la filiación no solo permite al individuo establecer su propia identidad y desarrollar libremente su personalidad (art. 10.1 CE), sino que sirve también al fin de garantizar la efectividad de la obligación que incumbe a los poderes públicos de asegurar la protección integral de los hijos (art. 39.2 CE), así como de la obligación que incumbe a los padres de prestar asistencia de todo orden a sus hijos durante su minoría de edad y en los demás casos que legalmente proceda (art. 39.3 CE); en tanto se orienta a constituir, entre los sujetos afectados, un vínculo jurídico comprensivo de derechos y obligaciones recíprocos, integrante de la denominada relación paterno-filial.

b) En relación con la alegación de que las resoluciones judiciales impugnadas no habrían tenido en cuenta sus circunstancias familiares, ni respetado el mandato de protección de la familia contenido en el art. 39.1 CE, conviene comenzar precisando que, según nuestra jurisprudencia, ningún precepto constitucional reconoce un derecho fundamental a adoptar. Tal y como ha subrayado este tribunal, siguiendo la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, «la adopción es “dar una familia a un niño, y no un niño a una familia” y el Estado debe asegurarse de que las personas elegidas como adoptantes sean las que puedan ofrecerle, desde todos los puntos de vista, las condiciones de acogida más favorables» (SSTC 198/2012, de 6 de noviembre, FJ 12, y 93/2013, de 23 de abril, FJ 12).

Según se desprende de las propias resoluciones judiciales impugnadas, la demandante de amparo lleva conviviendo con el menor B.R.K., desde su nacimiento y ha desarrollado vínculos afectivos, educacionales y de cuidado, equivalentes a los que se derivan del vínculo de parentalidad. Nos encontramos así ante relaciones de tipo paternofamiliar no consolidadas jurídicamente, sobre cuya protección, al amparo del art. 39.1 CE, no nos habíamos pronunciado con anterioridad.

Este tribunal ha subrayado que el concepto constitucional de familia que el art. 39.1 CE ordena proteger no solo incluye a las familias que tienen su origen en el matrimonio. Como corresponde a una sociedad plural, ese concepto de familia protege también a aquellas basadas en relaciones de afectividad de hecho y, por tanto, a las parejas de hecho (por todas, SSTC 222/1992, de 11 de diciembre, FFJJ 4 y 5, y 116/1999, de 17 de junio, FJ 14).

Asimismo, hemos subrayado que la noción constitucional de familia incluye relaciones con o sin descendencia (por todas, STC 222/1992, de 11 de diciembre, FJ 4) y que las relaciones paterno-filiales que el art. 39.1 CE protege no son solo las naturales derivadas de la procreación, sino también las adoptivas, en tanto hemos entendido que es un hecho comúnmente aceptado que los hijos adoptivos se integran y constituyen una familia, aunque sus padres legales no se correspondan con los biológicos (por todas, STC 116/1999, de 17 de junio, FJ 14).

Por lo demás, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha reconocido la existencia de vínculos familiares protegibles al amparo del derecho a la vida familiar del art. 8.1 CEDH en ciertos supuestos en los que existía una relación paternofilial de hecho entre un menor de edad y quien se comportaba como su progenitor, aun en ausencia de vínculo biológico o jurídico (STEDH de 28 de junio de 2007, asunto Wagner y J.M.W.L., c. Luxemburgo, § 117; de 26 de junio de 2014, asunto Mennesson c. Francia, § 45; de 26 de junio de 2014, asunto Labassee c. Francia, § 50, entre otras).

c) La demandante de amparo alega también que las resoluciones impugnadas no habrían tenido en cuenta el interés superior del menor B.R.K. (art. 39 CE). En relación con esta materia, procede recordar que numerosos pronunciamientos de este tribunal subrayan que «el interés superior del menor es la consideración primordial a la que deben atender todas las medidas concernientes a los menores que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos», según lo previsto en el art. 3.1 de la Convención sobre los derechos del niño. Ese tratado internacional, ratificado por España mediante instrumento de 30 de noviembre de 1990, destaca entre los acuerdos internacionales a los que hace referencia el art. 39.4 CE, además de constituir canon hermenéutico de las normas relativas a derechos fundamentales y libertades que nuestra Constitución reconoce ex art. 10.2 CE (por todas, STC 64/2019, de 9 de mayo, FJ 4; 131/2023, de 23 de octubre, FJ 3, y 148/2023, de 6 de noviembre, FJ 4).

Según nuestra jurisprudencia, corresponde a los tribunales ordinarios la decisión de cuál sea en cada caso el interés superior del menor, «aunque es de nuestra incumbencia examinar si la motivación ofrecida por los mismos para adoptar cuantas medidas conciernen a los menores, está sustentada en su mayor beneficio y así comprobar que no se han lesionado sus derechos fundamentales» (por todas, SSTC 178/2020, de 14 de diciembre, FJ 3, y 113/2021, de 31 de mayo, FJ 2). Una vez más hemos de subrayar que el canon de razonabilidad constitucional deviene más exigente en supuestos en que se invoca el interés superior del menor (SSTC 141/2000, de 29 de mayo, FJ 5; 217/2009, de 14 de diciembre, FJ 5; 127/2013, de 3 de junio, FJ 6, y 138/2014, de 8 de septiembre, FJ 2, entre otras).

6. Aplicación al caso de la doctrina constitucional expuesta.

En el caso presente, se somete a nuestro enjuiciamiento la decisión de la Audiencia Provincial de Madrid de denegar la constitución del vínculo adoptivo entre un menor nacido mediante gestación por sustitución en Ucrania y la esposa del padre del menor. No nos encontramos, por tanto, ante un supuesto de denegación de inscripción en el registro civil español del nacimiento y filiación de un menor basado en certificaciones de un registro extranjero, ni tampoco ante una denegación de inscripción de relaciones de filiación declaradas por un tribunal extranjero. El menor B.R.K., figura inscrito en el registro civil español como hijo de don D.J.R.G., esposo de la demandante en amparo, y doña K.K., la gestante. La demandante de amparo promovió la creación del vínculo adoptivo con el menor B.R.K., utilizando la vía privilegiada que prevé el art. 176.2.2 del Código civil para el cónyuge o la persona unida por análoga relación de afectividad al progenitor del adoptando.

Como se explica con detalle en los antecedentes de hecho, el Juzgado de Primera Instancia núm. 28 de Madrid acordó constituir el vínculo adoptivo entre la demandante de amparo y el menor tras valorar el informe pericial social elaborado por la trabajadora social adscrita al juzgado, que destacaba la estabilidad del núcleo familiar formado por la demandante de amparo y su marido, así como su capacidad para cubrir las necesidades afectivas y educacionales del menor, y verificar que se cumplían los requisitos exigidos por el art. 175, en relación con el art. 176.2.2, del Código civil, para la adopción, inclusive las preceptivas manifestaciones de voluntad para la constitución del vínculo de adopción por todos los interesados.

En su razonamiento, el juzgado recordaba que el art. 10.1 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, prevé la nulidad de pleno Derecho de todo contrato de gestación por sustitución. Esa previsión legal impide la inscripción en el registro civil español de una filiación basada en ese tipo de contrato por ser contraria al orden público internacional español. No obstante, continuaba el juzgado, a fin de evitar la situación de desprotección de los menores nacidos mediante gestación por sustitución y reconocer los lazos familiares forjados con los padres de intención, cabe regularizar la situación familiar mediante la reclamación de la paternidad respecto del padre biológico y de figuras tales como la adopción o el acogimiento. Dado que, en el caso analizado, se instaba la adopción del menor B.R.K., y se cumplían todas las exigencias legales para acordarla, el juzgado entendía que procedía acceder a lo pedido a fin de evitar las incertidumbres jurídicas en la vida del menor que se derivarían de la denegación.

Asumiendo un posicionamiento diametralmente opuesto, la Audiencia Provincial de Madrid llegaba a la solución contraria. Tras aceptar los hechos probados en la instancia, entre los que se hallaba que don D.J.R.G., era

el padre biológico del menor B.R.K., el tribunal reproducía el contenido del art. 10.1 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, señalando que el citado precepto priva de toda eficacia jurídica a los contratos de gestación por sustitución, al tiempo que prevé el régimen de filiación del niño nacido de estos contratos: la filiación materna vendrá determinada por el parto, quedando a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico.

El tribunal de apelación continuaba indicando que los contratos de gestación por sustitución son contrarios al sistema de derechos y libertades reconocidos por nuestra Constitución y por los principales tratados internacionales de derechos humanos ratificados por España, en tanto atentan contra la dignidad de la mujer, al tratar su cuerpo y sus funciones reproductivas como si fueran una materia prima.

Tras una extensa cita de la jurisprudencia del Tribunal Supremo y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la materia, el tribunal descendía al supuesto de hecho concreto, subrayando que el menor adoptando había nacido de un contrato de gestación por sustitución y que el único documento en el que don D.J.R.G., fundaba su paternidad biológica era la inscripción en el registro civil consular de la Embajada de España en Kiev, donde aparece como padre del menor. Constatando la posibilidad de fraude en la atribución de esa paternidad derivada del contrato de gestación por sustitución, la Audiencia Provincial de Madrid negaba todo valor jurídico a la filiación paterna establecida, señalando que quedaban «expeditas respecto del presunto padre las vías oportunas para la determinación de la relación biológica». Asimismo, entendía que procedía denegar la adopción pretendida hasta que se hubiera acreditado la paternidad biológica conforme al ordenamiento español.

Finalmente, el tribunal hacía una única mención al interés superior del menor afectado, afirmando que «la denegación de la adopción, en nada afecta al interés del menor dado que continúa viviendo con el padre biológico y su esposa, quienes, al parecer, según refieren en su escrito de demanda, cuentan con indudables habilidades personales y medios materiales para dispensar al menor las atenciones que precisa».

Nuestra valoración del razonamiento que llevó a la Audiencia Provincial de Madrid a revocar la resolución de la instancia, denegando la creación del vínculo adoptivo entre la demandante de amparo y el menor B.R.K., debe partir de una primera observación. Este tribunal es consciente de que, en contextos como el analizado en el presente caso, en el que el nacimiento del menor ha tenido su origen en una gestación por sustitución desarrollada en el extranjero, la determinación de la filiación del menor en favor de quien suscribió ese contrato para satisfacer su deseo de ser padre o madre puede ir en contra de valores y derechos constitucionalmente reconocidos. No obstante, la resolución judicial impugnada incurrió en quiebras lógicas en su razonamiento que impiden las conclusiones alcanzadas y, por otro lado, no justificó suficientemente la solución alcanzada a la luz de los intereses del menor concernido y de los valores constitucionales en liza.

La Audiencia Provincial de Madrid debía pronunciarse, en el caso presente, sobre la adopción del menor B.R.K., por la demandante en amparo, que era cónyuge de quien consta inscrito en el registro civil español como padre del menor. Lejos de ceñirse al objeto del proceso, verificando si se daban los requisitos legales cuyo cumplimiento exige el art. 175, en relación con el art. 176.2.2 del Código civil, para la adopción en supuestos como el analizado, el tribunal puso en tela de juicio la relación de filiación del menor B.R.K., con don D.J.R.G., sobre la base de «la posibilidad de fraude en la atribución de la paternidad» a la que aludía el Ministerio Fiscal en su recurso, deduciendo a partir de ese presunto fraude que no se daba uno de los requisitos esenciales para acceder a la adopción en el caso analizado, véase, que quien la solicitaba fuera la esposa del padre del menor adoptando.

El tribunal de apelación obviaba así que, conforme al art. 113 del Código civil, la filiación se acredita, entre otras vías, por la inscripción en el registro civil y que los datos inscritos gozan de presunción de exactitud e integridad (arts. 16 y 19 de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del registro civil). Los asientos registrales de filiación pueden ser rectificadas cuando exista una discordancia entre lo inscrito y la realidad extrarregistral, bien conforme a lo previsto en la Ley del registro civil, bien en ejercicio de las acciones de impugnación de la filiación previstas en los arts. 136 y ss. del Código civil. Sin embargo, en el caso objeto de análisis, no se había ejercitado acción alguna dirigida a impugnar la filiación paterna, que constaba y consta inscrita en el registro civil, de modo que al verter dudas sobre la misma y derivar de esas dudas la denegación de la adopción, la Audiencia Provincial de Madrid incurrió en una motivación manifiestamente irrazonable.

Adicionalmente, es preciso reseñar que la parca valoración del tribunal de apelación en relación con la adecuación de la decisión adoptada al interés superior del menor B.R.K., no satisface el canon de motivación especialmente reforzado que impone nuestra jurisprudencia en los casos en que la esfera personal y familiar de un menor se ve afectada. La resolución judicial enjuiciada se limitó a subrayar, en manifiesta contradicción con sus afirmaciones referidas al fraude en la determinación de la filiación paterna, que el interés superior del menor se veía preservado porque continuaría viviendo con la demandante de amparo y don D.J.R.G., su padre biológico. Esa afirmación atendía parcialmente a la realización de uno de los valores y derechos en liza, en tanto permitía al menor B.R.K., seguir disfrutando de facto de los vínculos familiares que le unían a la demandante de amparo, a don D.J.R.G., y al hijo menor de ambos. Sin embargo, esa afirmación no tenía en cuenta la inseguridad jurídica que rodeaba esos lazos y el impacto de la misma en la construcción de la identidad del menor B.R.K.

Debemos apreciar, en consecuencia, que las resoluciones impugnadas vulneraron el derecho fundamental que consagra el art. 24.1 CE, pues su fundamentación no puede considerarse respetuosa de las exigencias

constitucionales de motivación por la insuficiencia de la argumentación que las sustenta, carente del rigor lógico reclamable a una resolución judicial, máxime estando en juego la construcción de la identidad del menor B.R.K. (art. 10.1 CE), así como la protección de los lazos familiares creados con la recurrente (art. 39 CE).

7. Alcance del amparo otorgado.

Debemos indicar, por último, que a fin de evitar la prolongación de la situación de inseguridad jurídica a la que se ha visto sometido el menor B.R.K., debemos limitarnos a anular las resoluciones judiciales impugnadas, quedando firme la dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 28 de Madrid, que acordó constituir el vínculo adoptivo entre la demandante de amparo y el menor B.R.K., tras realizar una ponderación constitucionalmente adecuada de los intereses en litigio y verificar el cumplimiento de los requisitos legalmente exigidos para la adopción.

FALLO

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, por la autoridad que le confiere la Constitución de la Nación española, ha decidido estimar parcialmente el recurso de amparo promovido por doña M.T.E.M., y, en su virtud:

1.º Inadmitir la queja relativa a la vulneración del derecho a la igualdad de don D.J.R.G. (art. 14 CE), por falta de invocación tempestiva [art. 44.1 c) LOTC].

2.º Declarar que se ha vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva de la demandante de amparo (art. 24.1 CE).

3.º Restablecerla en su derecho y, en consecuencia, declarar la nulidad del auto núm. 279/2019 de la Sección Vigésimocuarta de la Audiencia Provincial de Madrid, de 30 de mayo de 2019, recaído en el rollo de apelación núm. 578-2018, así como de la providencia de 28 de junio de 2019 del mismo tribunal que inadmitió a trámite el incidente de nulidad de actuaciones planteado contra el citado auto; y declarar la firmeza del auto núm. 15/2018 del Juzgado de Primera Instancia núm. 28 de Madrid, de 15 de enero de 2018, recaído en el procedimiento de adopción núm. 451-2017.

4.º Desestimar el recurso de amparo en todo lo demás.

Publíquese esta sentencia en el «Boletín Oficial del Estado».

Dada en Madrid, a veintisiete de febrero de dos mil veinticuatro. Cándido Conde-Pumpido Tourón. Inmaculada Montalbán Huertas. Ricardo Enríquez Sancho. María Luisa Balaguer Callejón. Ramón Sáez Valcárcel. Concepción Espejel Jorquera. María Luisa Segoviano Astaburuaga. César Tolosa Tribiño. Juan Carlos Campo Moreno. Laura Díez Bueso. Firmado y rubricado.

VOTO PARTICULAR Que formula la magistrada DOÑA MARÍA LUISA BALAGUER CALLEJÓN a la sentencia dictada en el recurso de amparo núm. 5067-2019.

Con el mayor respeto al criterio reflejado en la sentencia me parece necesario, en ejercicio de la facultad prevista en el art. 90.2 LOTC, formular este voto para dejar constancia y hacer públicos los argumentos que expuse en las deliberaciones del Pleno en el que se estimó el recurso de amparo núm. 5067-2019.

El Pleno del Tribunal adopta en su sentencia un enfoque basado en el examen del derecho a la tutela judicial efectiva, en su vertiente del derecho a una resolución judicial motivada y fundada en Derecho (art. 24 CE), en relación con el reconocimiento de la filiación, concebido como uno de los aspectos esenciales que configuran la identidad de la persona (art. 10.1 CE), y con la protección de la familia y de los niños (art. 39 CE). Pero esta aproximación, planteada por la recurrente en amparo, que fue madre comitente en el proceso de gestación subrogada del que resulta el nacimiento del niño cuya adopción pretende, invisibiliza el problema estructural que existe en el ordenamiento español respecto del fenómeno de la gestación por sustitución o para otros, realizado en el extranjero por mujeres no protegidas por las garantías básicas de nuestro sistema constitucional. Esta aproximación, que sí estaba presente en el pronunciamiento de la Audiencia Provincial anulado por la sentencia de amparo, no debió quedar fuera del razonamiento del Tribunal Constitucional, porque es esencial para comprender el argumento subyacente a la irrazonable resolución judicial que, por esa razón, es considerada contraria al art. 24.1 CE.

En el asunto que resuelve la sentencia del Pleno están presentes los derechos del menor y de la madre comitente (adoptiva), pero están ausentes los derechos de las que no tienen voz ante los tribunales españoles, mujeres cuyos derechos, al menos en sede constitucional, debieron ser considerados.

1. En un mundo globalizado el hecho de que, aisladamente, un Estado declare nulos los contratos de gestación por sustitución, como sucede en España con el art. 10 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, no evita que la legislación de otro Estado permita esta modalidad contractual de reproducción humana y, salvo que así se prevea expresamente, cosa que no sucede en el marco de nuestro ordenamiento jurídico, no impide tampoco que las personas se desplacen a esos terceros Estados para contratar allí y traer después a la persona recién nacida a España, con la pretensión de hacer valer en nuestro territorio el vínculo familiar válido en otro contexto normativo.

La solución a este problema de vacío normativo debería expresamente ser regulada por el legislador. Así lo reclama también el propio Tribunal Supremo en la STS 835/2013, de 6 de febrero de 2014, FJ 6, paradigmática en lo que hace al tema de la gestación subrogada. Resulta contrario a la seguridad jurídica del art. 9.3 CE que el mismo legislador que prohíbe una práctica en España no prevea restricción suficiente para las prácticas equivalentes realizadas fuera de nuestro país, porque ello legaliza de facto, por inacción y por la vía de la necesaria protección de los menores, lo que se considera ilegal en nuestro sistema.

Pero, no pudiendo entenderse que la laguna normativa haya quedado adecuadamente cubierta por las sucesivas instrucciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado (Instrucción de 5 de octubre de 2010 e Instrucción de 18 de febrero de 2019), los jueces y tribunales se ven obligados a dar solución a los supuestos de hecho que llegan a su conocimiento y, en muchas ocasiones, lo hacen sobre una base argumental insuficiente, contradictoria o, como en el caso que ahora nos ocupa, carente de rigor lógico. Dado que no es función de este Tribunal Constitucional sustituir al legislador, al menos la sentencia resolutoria del presente recurso de amparo pudo ofrecer pautas interpretativas en clave de derechos fundamentales y con perspectiva de género, de modo que los órganos de la jurisdicción ordinaria tuvieran a su alcance un argumentario adecuado para resolver los conflictos planteados por el reconocimiento de situaciones, actos o resoluciones judiciales extranjeras en nuestro sistema jurídico.

2. Los órganos jurisdiccionales, a la hora de reconocer el vínculo familiar entre progenitores de intención o comitentes y la persona nacida de un proceso de gestación de una mujer subrogante, han de aplicar la regla del art. 12.3 del Código civil, que preceptúa que, en ningún caso, tendrá aplicación la ley extranjera que resulte contraria al orden público. Teniendo en cuenta la naturaleza de concepto jurídico indeterminado de la noción de orden público, el margen de creación es amplio en el contexto descrito de insuficiencia legal. Y, en la construcción de dicha idea de orden público, debería primar no una visión moral o ética de las relaciones familiares, sino una visión de derechos fundamentales en la que estén presentes los derechos del niño o la niña nacidos y los derechos de su madre que, tal y como establece el art. 10.2 de la Ley 14/2006, es la que determina el parto. Los derechos de los comitentes actuarán siempre de forma subordinada a los del menor con el que pretenden definir el vínculo, porque el derecho de este a tener una familia y no ser separado de sus padres (art. 9 de la Convención de derechos del niño), es una obligación del Estado, que debe velar por que el sistema de adopción o de protección se articule sobre la consideración primordial de la preservación del interés superior del menor (art. 21).

En suma, la garantía de orden público debe articularse en torno a dos ideas fundamentales: una adecuada comprensión de lo que es el interés superior del menor, que no suponga el reconocimiento automático de los efectos de un contrato que es nulo de pleno derecho en España; y una correcta evaluación de las condiciones en las que el contrato ha sido firmado en el país de origen, y que debe implicar un control de fondo de las resoluciones extranjeras cuyo reconocimiento se solicita, al que no debe ser ajeno el enfoque de género y la garantía de los derechos de la madre gestante.

3. El interés superior del menor, en el contexto que vengo describiendo, no ha de entenderse como el interés único o predominante de una toma de decisión judicial en todo supuesto en que intervenga un menor. Ni siquiera hay que entender el interés superior del menor desde una perspectiva individual y aislada, que es una idea, a mi juicio, errónea que podría deducirse de alguna jurisprudencia constitucional previa y que se podría haber clarificado en la sentencia a la que acompaña este voto.

La jurisprudencia de este tribunal ha subrayado de forma reiterada que los poderes públicos tienen la obligación de proteger el interés superior de los niños en cualesquiera actuaciones que hayan de afectarles de manera directa o indirecta y que ese interés superior es «la consideración primordial a la que deben atender todas las medidas concernientes a los menores “que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos”, según el art. 3.1 de la Convención sobre los derechos del niño» (por todas, SSTC 64/2019, de 9 de mayo, FJ 4, y 131/2023, de 23 de octubre, FJ 3). En esa jurisprudencia que se cita, el Tribunal Constitucional llama a evaluar el interés superior del niño teniendo en cuenta los intereses del menor concreto afectado por la medida sometida a juicio; pero este entendimiento ignora que el Comité de los Derechos del Niño define el contenido del «interés superior del niño» de una forma más extensa.

En su Observación general núm. 14 (OG14), sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial, de 29 de mayo de 2013, el Comité subraya que el interés superior abarca tres dimensiones (derecho sustantivo, principio jurídico interpretativo fundamental y norma de procedimiento) y que, como derecho sustantivo, el interés superior a tener en cuenta no es solo el de un niño en concreto, tal y como este tribunal subraya de forma insistente en su jurisprudencia, sino también el interés superior de los niños considerados como grupo o

en general; siendo ese interés superior «una» consideración primordial y no «la» consideración primordial a que se atenderá en la adopción de las medidas que afecten a los niños. El Comité admite así que el interés superior de un niño considerado individualmente puede entrar en conflicto con otros intereses o derechos, por ejemplo, los de otros niños, el público en general o sus madres (biológicas o no), y proporciona pautas para la resolución de esos conflictos.

Además, en sus observaciones sobre Ucrania, país de origen de la madre gestante en el caso que nos ocupa, el Comité de los Derechos del Niño insiste en la necesidad de evitar que la desregulación de la gestación por sustitución pueda dar carta de naturaleza a la venta de niños o a la práctica de adopciones ilegales, así como en la necesidad de garantizar el derecho de los niños nacidos por reproducción asistida a conocer sus orígenes (Observaciones finales sobre los informes periódicos quinto y sexto combinados de Ucrania, de 27 de octubre de 2022, CRC/C/UKR/CO/5-6, § 21).

La consideración sobre un eventual conflicto entre el interés del niño y el interés de la infancia, entendida como el conjunto de los niños y las niñas, es fundamental cuando nos referimos a un sistema de gestación por sustitución globalizado y esencialmente mercantilizado, en el que la legalización del modelo, por vía normativa o por vía jurisprudencial, puede poner en riesgo a niños y niñas gestados y nacidos en países del sur global. La OG14 señala, en relación con los posibles conflictos entre el interés superior de un niño y de la infancia, que «tienen que resolverse caso por caso, sopesando cuidadosamente los intereses de todas las partes y encontrando un compromiso adecuado» (§ 39), así como que «lo mismo debe hacerse si entran en conflicto con el interés superior del niño los derechos de otras personas» (§ 39).

En línea con esta reflexión, la Opinión consultiva del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 10 de abril de 2019 subraya que, en los casos de negativa de las autoridades de los Estados parte a reconocer el vínculo de filiación legalmente constituido en el extranjero entre un menor nacido mediante gestación por sustitución y quienes acudieron a esa práctica para tener un hijo, la valoración del interés superior del menor no puede limitarse a considerar la fragilidad de esos lazos y su relevancia en la construcción de la identidad social del menor, sino que también es preciso considerar la protección de los niños contra los riesgos de abuso que implican los acuerdos de gestación por sustitución, así como su derecho a conocer sus orígenes biológicos (§ 41).

Más contundentes han sido los pronunciamientos en este sentido de nuestro Tribunal Supremo (en particular en la STS 277/2022, de 31 de marzo) y de la Relatora Especial de las Naciones Unidas sobre la venta y la explotación sexual de niños. En el estudio temático de esta última sobre la gestación por sustitución y la venta de niños, de 15 de enero de 2018, A/HRC/37/60, se concretaban los riesgos de abuso que implican la gestación por sustitución señalando que esta práctica equivale a la venta de niños, prohibida por el artículo 2 a) del Protocolo facultativo de la Convención de los derechos del niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, en aquellos casos en «que la madre de alquiler o un tercero reciban “remuneración o cualquier otra retribución” a cambio de trasladar al niño» (§ 42), y que esas prácticas pueden además desembocar en una adopción ilegal (ibid., § 8).

Haciéndose eco de estas conclusiones, nuestro Tribunal Supremo ha subrayado en su jurisprudencia que no puede aceptarse que el único modo de satisfacer el interés superior de los niños nacidos mediante gestación por sustitución sea reconocer el vínculo de filiación válidamente constituido en el extranjero en favor de quienes acudieron a esa práctica para convertirse en padres, por entender que estos se encuentran en mejor situación que la gestante para proporcionar al menor los cuidados y protección que necesitan para su bienestar. Entiende nuestro Tribunal Supremo que «la aceptación de tales argumentos debería llevar a admitir la determinación de la filiación a favor de personas de países desarrollados, en buena situación económica, que hubieran conseguido les fuera entregado un niño procedente de familias desestructuradas o de entornos problemáticos de zonas depauperadas, cualquiera que hubiera sido el medio por el que lo hubieran conseguido, puesto que el interés superior del menor justificaría su integración en una familia en buena posición y que estuviera interesada en él» (STS 835/2013, de 6 de febrero de 2014, FJ 5). Para nuestro Tribunal Supremo, otros elementos han de ser tenidos en cuenta a la hora de valorar ese interés superior, en concreto, que los contratos de gestación por sustitución pueden lesionar gravemente la dignidad e integridad moral de los niños, al convertirlos en objeto de un contrato que la gestante se obliga a entregar a los comitentes, pueden lesionar su integridad física si no se controla la idoneidad de los comitentes y pueden limitar su derecho a conocer sus orígenes biológicos (STS 277/2022, de 31 de marzo, FJ 3).

La sentencia aprobada por el Pleno del Tribunal considera que la Audiencia Provincial de Madrid no valoró adecuadamente el interés superior del menor B.R.K., ya que no tuvo en cuenta el impacto de la denegación de la adopción respecto de la demandante de amparo en la construcción de la identidad social del menor, ni la fragilidad de los lazos que unían a los dos protagonistas de este caso desde el punto de vista jurídico. Y en este razonamiento se identifica la huella de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Sin embargo, en la determinación de la filiación de los niños nacidos mediante gestación por sustitución, entiendo que otros elementos han de ser tenidos en cuenta a la hora de evaluar el interés superior del menor; véase, la mercantilización del fruto de la gestación y la cosificación de los niños que tales prácticas suponen, la posible lesión de la integridad personal de los menores en que puede derivar la desregulación de estas prácticas, así como la necesidad de salvaguardar el derecho de los niños a conocer su origen biológico. Esos elementos desaparecen de la ecuación que conduce al

fallo en este caso, presentándose así una visión sesgada e incompleta de lo que constituye el interés superior del niño.

4. El Pleno invisibiliza el hecho de que la solicitud de adopción se basa en el reconocimiento de paternidad del esposo de la recurrente, que es considerado como progenitor del menor sin que conste comprobación alguna de la paternidad biológica y sin que exista dato alguno en el expediente que permita evaluar el ajuste del contrato de gestación a nuestro sistema constitucional. El reconocimiento de paternidad fue inscrito en el registro consular de España en Ucrania y, a partir de ahí, el padre, el varón comitente, tiene reconocidos derechos y obligaciones sobre su hijo derivados de un reconocimiento de paternidad (arts. 113 y 120 del Código civil y arts. 16 y 19 de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil) legalmente desarrollado para proteger al menor en supuestos distintos de los que tienen su origen en un contrato de gestación subrogada. Pero, en supuestos como el que aquí nos ocupa, ese reconocimiento de paternidad debería someterse a las exigencias del orden público desde el análisis de los derechos fundamentales y de la perspectiva de género.

Estoy de acuerdo con la sentencia en que no puede dejarse viva la presunción de paternidad basada en el reconocimiento del varón, y no extraerse de esa presunción que tiene su reflejo en el registro civil sobre la capacidad de la esposa del padre para adoptar a los hijos de este. Una decisión así, que es la que adopta el órgano judicial, no hace sino colocar en situación de subordinación a la madre comitente sobre el padre comitente. Una muestra más de cómo, en el caso de parejas heterosexuales, las relaciones familiares derivadas de la gestación por sustitución son absolutamente asimétricas y refuerzan la discriminación estructural de las mujeres. Pero tampoco se debe ignorar el origen de la situación que da lugar al reconocimiento de paternidad, y que estamos ante un supuesto de gestación por sustitución, resolviendo sobre la base de los mismos argumentos que hubieran servido para conceder el amparo en cualquier supuesto de motivación arbitraria, irrazonable o incurso en error patente. Esa ignorancia refuerza la invisibilización de la violencia y discriminación por razón de sexo que subyace en la maternidad subrogada.

La gestación por sustitución no altruista, que es la mayoritariamente presente en todo el mundo, independientemente de que la madre reciba una contraprestación económica o no (porque falta altruismo siempre que hay intermediarios que se benefician económicamente de la transacción), mercantiliza la maternidad y el fruto de esta, cosificando a las gestantes y a los niños, y limitando el principio-derecho de dignidad humana (art. 10.1 CE), el derecho a la libre determinación sobre la propia vida (art. 10.1 CE en relación con el art. 18 CEDH), y la prohibición de discriminación por razón de sexo. El Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer de Naciones Unidas (CEDAW) se refiere a la necesidad de proteger a las mujeres gestantes frente a la explotación, la coerción, la discriminación y el tráfico de personas (Observaciones finales sobre el noveno informe periódico de Ucrania, de 1 de noviembre de 2022, CEDAW/C/UKR/CO/9, § 46). En la misma línea el Convenio para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la biología y la medicina (hecho en Oviedo el 4 de abril de 1997 y ratificado por España el 23 de julio de 1999), que establece en su art. 21 que «[e]l cuerpo humano y sus partes, como tales, no deberán ser objeto de lucro», previsión que encuentra traducción en el art. 10 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, de la que se deriva una clara prohibición del contrato. Y esa limitación en la facultad de disposición sobre el propio cuerpo o sus partes, que podría leerse como una limitación de la autonomía de las mujeres sobre su propio cuerpo y la decisión de ser o no madres, en realidad aquí tiene la finalidad de garantizar que tal autonomía no se vea mediatizada por condiciones económicas que vicien el consentimiento y la voluntad de la mujer en una situación de particular precariedad social o económica, de un modo contrario a la garantía y plena eficacia de su dignidad personal y el libre desarrollo de su personalidad.

Es preciso considerar contrario a la dignidad humana, ex art. 10.1 CE, el contrato que tenga por objeto o prestación un embarazo por sustitución, cuando se trate de un acuerdo que mute la naturaleza de la mujer de sujeto de derechos a objeto de tránsito mercantil, limitando su libertad personal, y esto sucede siempre que el embarazo deba someterse a determinadas condiciones físicas de desempeño, que no sea posible revocar el consentimiento, que haya una contraprestación económica del tipo que sea para la mujer gestante o para quienes intervienen en el procedimiento como intermediarios sirviéndose de la capacidad reproductiva de la mujer, y que el fruto del proceso de gestación, la persona nacida, no tenga la posibilidad, en el futuro, de indagar sobre sus orígenes biológicos. Dicho en otros términos, va contra los derechos de las mujeres al libre desarrollo de su personalidad un teórico libre consentimiento prestado para aceptar una gestación para otros, que desaparece en el mismo instante en que se pronuncia el sí inicial y en adelante. Si la mujer pierde la autonomía y el control sobre el proceso, si el consentimiento no es constante y permanente hasta el momento del alumbramiento, y en casi ningún sistema lo es (excepción hecha del modelo portugués de gestación subrogada), entonces no es posible tener por válido el contrato, ni cabe alterar la regla de nulidad derivada del art. 10 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, ni cabe considerar que el pacto se somete a un orden público asentado sobre el reconocimiento de los derechos fundamentales.

El Tribunal Supremo mantiene una línea jurisprudencial clara en este mismo sentido, interviniendo de forma activa en el control del acuerdo mercantil que da pie al proceso de gestación de una madre que, fuera del territorio nacional, gesta para quienes desean que la persona que nace al final de ese proceso sea reconocida como su hijo o hija (STS 277/2022, previamente citada).

5. En síntesis, el supuesto que resuelve la sentencia del Pleno pone de manifiesto que el sistema de fuentes español en este ámbito es defectuoso y conlleva una inseguridad jurídica notable, lo que debería mover al legislador a actuar de forma eficaz e inmediata teniendo presentes los límites constitucionales a los que me he referido en este voto.

Mientras eso sucede, la intervención judicial es imprescindible y la interpretación del insuficiente marco normativo debe pivotar en torno a los cuatro elementos esenciales a los que he hecho referencia: 1) el interés superior del menor, individualmente considerado; 2) el interés superior de los menores a verse protegidos de actuaciones atentatorias de su dignidad como colectivo; 3) la garantía del principio de dignidad humana que debe proyectarse tanto sobre el menor como sobre su madre biológica; y 4) la garantía de los derechos de esa madre biológica, de modo que pueda llegarse a la conclusión de que los mismos no fueron conculcados en el curso de la totalidad del proceso de gestación.

El cumplimiento del orden público en el ordenamiento jurídico exige la conformidad con un mundo de valores y comportamientos que, cristalizados en normas jurídicas, dan congruencia al ordenamiento. Y esa congruencia exige analizar los graves problemas derivados de la gestación por sustitución no solo desde el punto de vista del niño o la niña nacida de una madre subrogada, sino también desde la óptica de la plena garantía de los derechos humanos de esta última.

No se trata de proyectar aquí creencias morales, ni de confundir el concepto de orden social con el de orden público. Se trata de preservar los derechos humanos, en este caso, de los niños y las niñas y de las mujeres. La exigencia del cumplimiento del orden público, como criterio determinante para la homologación de una resolución judicial extranjera, o para establecer un límite en el ejercicio de los derechos fundamentales, ha de extraerse necesariamente del ordenamiento, so pretexto de incurrir en subjetivismo judicial o arbitrariedad. Y, en este caso, hubiera sido oportuno que el Tribunal Constitucional estableciese los argumentos básicos para extraer del ordenamiento constitucional la definición del orden público en los supuestos de control de la gestación por sustitución materializada fuera de nuestras fronteras, intentando un equilibrio de los valores constitucionales en juego.

Y, en este sentido, emito mi voto particular.

Madrid, a veintisiete de febrero de dos mil veinticuatro. María Luisa Balaguer Callejón. Firmado y rubricado.