

Gestación por sustitución y orden público

Santiago Álvarez González

Catedrático de Derecho Internacional Privado
Universidad de Santiago de Compostela

Abstract

El presente trabajo analiza las relaciones entre gestación por sustitución y orden público a la luz de sentencias dictadas en los últimos años por los tribunales de diversos países: Alemania, Francia, España, Italia y Suiza. Este análisis muestra que la existencia de presupuestos comunes no conduce a una comprensión común del orden público. Situaciones equivalentes reciben respuestas distintas. Ello se debe a concepciones distintas sobre el contenido del orden público, a concepciones distintas sobre el interés superior del niño, a interpretaciones distintas de la jurisprudencia del TEDH y a una toma de postura también distinta sobre las posibilidades de reconstrucción de la situación conforme a la ley del foro.

El autor concluye que este orden público vinculado en su alcance y comprensión a un ordenamiento jurídico estatal ya no ocupa un lugar predominante en la solución de los problemas planteados por la gestación por sustitución porque, entre otras razones, es imposible alcanzar una solución satisfactoria para dichos problemas a través de las reglas de un solo ordenamiento jurídico.

This paper deals with the role of public policy (ordre public) in light of international surrogacy cases. The author analyzes several judgments held by the supreme courts of Germany, Spain, France, Italy and Switzerland. This analysis shows that, even when faced by a series of common elements, the domestic ordre public remains different in each country. Equivalent situations receive different answers by law. This outcome is due to an also different idea about the ordre public scope, to a different view on the paramount interest of children, to a different understanding of the ECHR's jurisprudence and, last but not least, to the different possibilities of reconstruction of the family ties that each national law offers.

The author concludes that this ordre public exception, linked so far to each national law, will no longer have a preeminent place on the international surrogacy issues, among other reasons, because it is not possible to achieve a satisfactory solution to the wide range of problems around surrogacy from the point of view of a sole national law.

Title: Surrogacy and Public Policy (ordre public)

Keywords: Surrogacy, Public Policy (ordre public), ECHR's Jurisprudence, Domestic Case-Law.

Palabras clave: Gestación por sustitución, orden público, jurisprudencia del TEDH, jurisprudencia nacional.

Sumario

1. Introducción
2. El orden público y la gestación por sustitución en la práctica anterior a los pronunciamientos del TEDH en los asuntos Mennesson y Labassée
 - 2.1. Planteamiento.
 - 2.2. Sucinta descripción de la práctica judicial: Francia, Bélgica, Italia, España
3. Los casos Mennesson y Labassée: alcance
4. Las reacciones tras la postura adoptada por el TEDH
 - 4.1. La nueva jurisprudencia de la Cour de cassation
 - 4.2. La reacción de la Corte di cassazione italiana
 - 4.3. La Sentencia BGH de 10 de diciembre de 2014
 - 4.4. El Auto TS de 2 de febrero de 2015
 - 4.5. La Sentencia Tribunal federal suizo de 21 de mayo de 2015
5. Conclusiones
6. Tabla de decisiones judiciales citadas
7. Bibliografía citada

1. Introducción

1. Las reflexiones que siguen asumen el riesgo cierto de ser tachadas de parciales, interesadas, superficiales, triviales, o cualquier otro calificativo descalificador que el lector pueda imaginarse. Ello se debe a su objeto: el orden público en materia de gestación por sustitución. Un maridaje con tanto atractivo que invita a caer en la tentación de la consigna fácil, el análisis de brocha gorda, el posicionamiento más ideológico que jurídico o ambos muy entreverados¹. Los dos elementos, la gestación por sustitución y el orden público, son, en distinta medida, cotos feraces de contiendas sin apenas reglas. El primero por su idoneidad para crear bandos, «a favor» o «en contra». El segundo por su condición de categoría abierta que cada uno llena a su voluntad sin casi necesidad de dar explicaciones, que está en plena crisis de identidad y que cada vez es menos exclusivo y más compartido. Ello hace que en gran parte de las opiniones que en los últimos años se vierten por escrito sobre una y otro sobre los voluntarismos, las posiciones apriorísticas, y falte la argumentación.

2. Mi propósito es evitar cualquier tipo de simplificación maniquea. Es lo que he intentado en mis anteriores trabajos sobre la gestación por sustitución² y pretendo perseverar en la misma línea. Tengo que advertir de que una buena parte de las ideas que siguen no son nuevas, sino rescatadas de trabajos anteriores. Podrían serlo de haber cambiado mis opiniones o de haber sido refutadas por otras mejor fundadas o más autorizadas, algo que, a mi juicio, no ha ocurrido. Pero tampoco serán repetición o síntesis de lo ya dicho. La profecía de que el tema estaba llamado a ser un tópico fundamental del Derecho internacional privado (en adelante DIPr) de nuestro tiempo³ se está confirmando claramente. De forma constante aparecen nuevos datos, nuevos elementos, nuevos pronunciamientos judiciales, y no por casualidad el orden público está en el centro del debate. Estando casi concluida la redacción de este trabajo, he tenido conocimiento de la recientísima y poderosa *Sent. Corte di cassazione*, 30.09.2016, que he incluido en un primer análisis de urgencia⁴. No sería ninguna sorpresa que desde que se envíe a imprenta hasta que vea la luz pública otras decisiones enmienden o ratifiquen lo que aquí se dice. Ante el TEDH se siguen sustanciando casos que deseo, más que espero, puedan seguir arrojando certezas sobre el tema que abordó⁵.

¹ Paradigmáticos, con posiciones opuestas tanto frente al problema en general cuanto a la situación en Alemania, DUDEN (2015) y THOMALE (2015).

² Además de los citados en la bibliografía, «Nota a la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia (Sección 10.^a), de 23 de noviembre de 2011», *REDI*, 2012-1, pp. 213-216. «Notas a la Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 2 de Oviedo, de 9 de abril de 2012 y a la Sentencia TSJ de Madrid (Sala de lo Social, Sección 4.^a), de 18 de octubre de 2012», *REDI*, 2013-1, pp. 239-243; «Nota a la Sent. TS (Sala de lo Civil) Sentencia núm. 835/2013 de 6 febrero», *REDI*, 2014-2, pp. 273-277, y «Nota al Auto TS (Sala de lo Civil) de 2 de febrero de 2015», *REDI*, 2015-2, pp. 218-222.

³ STRUYCKEN (2010, pp. 357-372).

⁴ *Infra* núms. 31 y ss.

⁵ *Infra* núm. 23.

3. El título del trabajo exigiría, siguiendo una metodología ortodoxa, un cierto detenimiento en los conceptos de orden público y de gestación por sustitución. Sin embargo, ahorraré espacio a la trivialidad, pensando en el lector medianamente informado, y entraré directamente en el análisis de decisiones importantes que se han enfrentado a la valoración del *orden público* como potencial obstáculo al *reconocimiento* de la/una filiación derivada de gestación por sustitución plenamente válida en el extranjero. Serán, pues, unas reflexiones al amparo de la práctica; de lo que ha sucedido y de lo que está sucediendo. Mi intención no es reiterar mi postura sobre el si y/o el cuándo la filiación derivada de gestación por sustitución vulnera el orden público⁶, sino verificar en qué medida sigue siendo válida para explicar lo que realmente dictan los tribunales.

4. Adelanto ya que el panorama presenta una situación de tránsito, de metamorfosis. Por ello, distinguiré un antes y un después de las Sentencias del TEDH, 26.06.2014, asuntos 65192/11, *Mennesson c. Francia*, y 65941/11, *Labassée c. Francia*, que son esenciales en la conformación del orden público en la práctica judicial de los Estados de nuestro entorno⁷. El *antes*, por más familiar, lo despacharé sucintamente, para detenerme más en el *después* y ver si esta visión diacrónica permite aventurar con alguna certeza hacia dónde camina el binomio gestación por sustitución–orden público.

5. Me centraré también en los aspectos más controvertidos que vinculan orden público y filiación como objeto típico del reconocimiento, obviando las por otro lado interesantes manifestaciones de un orden público atenuado en todas aquellas situaciones en las que la controversia versa sobre aspectos colaterales, como puedan ser la solicitud de beneficios sociales⁸. Tampoco abordaré la dimensión del orden público vinculada a la UE y al principio de libre circulación de personas. Ya lo he hecho en otras ocasiones⁹ y lo cierto es que, salvo su utilización tópica –y torpe– por alguna de las sentencias que analizaré, los supuestos típicos se refieren a casos provenientes de terceros Estados (USA, Ucrania, India,

⁶ Por primera vez en ÁLVAREZ GONZÁLEZ (2010, pp. 361-362), y trabajos posteriores.

⁷ En el imaginario de los favorables sin más a la gestación por sustitución se alude también a la Sent. TEDH, 27.01.2015, asunto 25358/12, *Paradiso et Campanelli c. Italia*. A mi juicio se trata de un caso que no aporta ninguna especialidad al tema que nos ocupa. *Vid.* más ampliamente mi comentario en AEDIPr, 2016, pp. 1044-1048 y el elocuente comunicado de prensa del TEDH: «Questions and Answers on the Paradiso and Campanelli v. Italy judgment (27 January 2015)», donde se lee resaltado en negrita: «It is important to note that in this case the Court focused on the removal of the child and his placement under guardianship, and not on the issue of surrogacy». El documento puede verse en http://www.echr.coe.int/Documents/Press_Q_A_Paradiso_and_Campanelli_ENG.pdf. A pesar de ello, tanto el voto particular que acompaña a la sentencia como algunos comentarios sí ponen el acento en esta vinculación. Por ejemplo, FERACI, (2015, pp. 420-439) o, muy críticos, PUPPINCK, DE LA HOUGUE (2015, *passim*). El fallo fue llevado a la Gran Sala por parte de Italia. La audiencia pública tuvo lugar el 9 de diciembre de 2015.

⁸ Sobre esta dimensión ÁLVAREZ GONZÁLEZ (2014, pp. 71-72). Además, las recientes SSTS, 4^a, 25.10.2016 (JUR, 2016\273617) y 16.11.2016 (JUR 2016\270902), resolviendo sendos recursos para la unificación de doctrina acordó conceder beneficios vinculados a la maternidad a un padre biológico (gestación llevada a cabo en India) y a una madre de intención (gestación llevada a cabo en EEUU)..

⁹ Para el tema de la gestación por sustitución, ÁLVAREZ GONZÁLEZ (2016, núms. 16 a 20); DUDEN (2015, pp. 253-267). BOUZA VIDAL (2010, pp. 299-301) para todo el estatuto personal.

Rusia...), no de Reino Unido o Grecia, que son hasta ahora los sistemas que admiten claramente la gestación por sustitución.

2. El orden público y la gestación por sustitución en la práctica anterior a los pronunciamientos del TEDH en los asuntos Mennesson y Labassée

2.1. Planteamiento.

6. Como he señalado, las relaciones entre orden público y gestación por sustitución de los casos que vamos a analizar pivotan en torno al problema del «reconocimiento» del vínculo entre los nacidos y los padres de intención o comitentes. Aunque formalmente suelen ser conflictos que afloran en relación con el registro civil, y eso condiciona o determina el *iter* procedimental en cada caso, el trasfondo es la falta de reconocimiento de la filiación¹⁰; la negativa a reconocer la atribuida por la ley o por una decisión de autoridad en un país extranjero en el que la gestación por sustitución está admitida en otro en el que está prohibida, o no está contemplada o, sencillamente, sus consecuencias son contrarias a las de aquel país extranjero. El orden público en estos casos se constituye en un obstáculo potencial al reconocimiento. Puede que no sea el único¹¹, pero suele estar siempre presente, bien en primera persona, bien acompañado de o encubierto en una idea de fraude a la propia ley o a una de sus instituciones. Aunque ambos aspectos son técnicamente distintos, en numerosas ocasiones han aparecido indiferenciados¹², observándose un cierto tránsito del orden público al fraude, muy evidente en la jurisprudencia francesa, donde dicho tránsito ha motivado interesantes discusiones doctrinales¹³, y también en la italiana.

7. Ello no quiere decir que los problemas no puedan plantearse en términos de «ley aplicable». Y en este caso el orden público lo que haría sería valorar si los efectos de la aplicación de una ley extranjera por parte de una autoridad nacional vulnera o no dicho orden público. Un orden público que presumiblemente actuaría con más virulencia¹⁴. Pero la realidad es que esta dimensión no ha sido frecuente en la práctica y el supuesto tipo es el

¹⁰ Sobre el alcance de esta dicotomía registral-sustantiva ÁLVAREZ GONZÁLEZ (2013, pp. 79-82).

¹¹ El cumplimiento del resto de los presupuestos o condiciones del reconocimiento debería concurrir en cualquier supuesto. La *Sent. BGH, 10.12.2014* o la *Sent. Tribunal federal suizo, 21.05.2015*, a las que me referiré con posterioridad (infra núm. 36 y ss. y 46 y ss.) van en este sentido cuando, por ejemplo, verifican la competencia judicial internacional del tribunal de origen (punto 26 de la primera y 3.3 de la segunda), si bien la presencia y extensión del orden público eclipsan el resto de condiciones. Crítico con la postura sobre el control de competencia del juez de origen en estos dos casos THOMALE (2016-a, p. 179); irrelevante para HENRICH (2015, p. 231).

¹² Vid. ya esta distinción en ÁLVAREZ GONZÁLEZ (2010, pp. 362-364). QUIÑONES ESCÁMEZ (2009, pp. 29 y ss. o 35 y ss., entre otras).

¹³ Vid. la discusión y opiniones de S. BOLLÉE, F. MONÉGUER, P. LAGARDE o P. MAYER, en BOLLÉE (2014, pp. 219 y 236 a 239); sobre el fraude en la *STS, 1ª, 06.02.2014* (infra núms. 12 y ss.) PRESNO LINERA y JIMÉNEZ BLANCO (2014, p. 30).

¹⁴ GÖSSL, (2015, p. 464, sobre el sistema alemán). Sobre la ley aplicable y el orden público en el caso resuelto por el BGH, HENRICH (2015, pp. 231 y 232 sobre a idea de un orden público fuerte).

del reconocimiento; para algunos el indefectible¹⁵, y aunque no lo es para mí¹⁶, será la dimensión esencial de mis reflexiones, sencillamente porque es la que abordan las decisiones que articulan mi discurso¹⁷. No debe perderse de vista, por otro lado, que incluso dentro de la perspectiva del reconocimiento un rechazo del mismo puede activar la vía de la reconstrucción o recomposición de la situación conforme a la ley aplicable¹⁸.

2.2. Sucinta descripción de la práctica judicial: Francia, Bélgica, Italia, España

8. Uno de los más relevantes momentos en el devenir del binomio que analizamos se produjo en Francia con tres sentencias de la *Cour de cassation de fecha 6 de abril de 2011* (núms. 369, 370 y 371), que pusieron fin al recorrido judicial interno de distintos supuestos en los que se pretendía la inscripción de la filiación de nacidos mediante gestación por sustitución en relación con los padres de intención. El ropaje jurídico no siempre fue el mismo: en un caso, solicitud de transcripción de actas extranjeras de estado civil¹⁹; en otro, reconocimiento de una subsiguiente adopción del nacido también llevada a cabo en el extranjero²⁰; en el tercero, el reconocimiento no estaba en primer plano (aunque sí en un segundo) al tratarse de la inscripción de un acta de notoriedad expedida por un juez francés sobre la posesión de estado de filiación²¹. Pero la respuesta sí fue la misma en los tres casos: se afirmó que existía una contrariedad con el orden público francés. La *indisponibilidad del estado civil de las personas* es un principio de orden público internacional francés indiscutible²². Dos de los casos llegaron al TEDH²³.

¹⁵ BOLLÉE (2014, p. 217); para BOUZA VIDAL (2010, pp. 286 y 302 y ss.) se trata más de un método idóneo a partir del binomio estatuto personal derechos humanos, que de un método exclusivo. Este tema metodológico lo aborda con claridad QUIÑONES ESCÁMEZ (2009, *passim*).

¹⁶ ÁLVAREZ GONZÁLEZ (2013, pp. 82-83). Para los supuestos en los que no medie resolución judicial (por ejemplo situaciones procedentes de Ucrania), HENRICH (2015, pp. 231 y ss.), con un razonamiento en términos de ley aplicable.

¹⁷ Otra dimensión de la ley aplicable es la que acompaña al «fraude a la ley», que también soslayo, o al control de la ley aplicada como condición de reconocimiento.

¹⁸ Muy gráficos, FULCHIRON Y BIDAUD-GARON, (2015, p. 7, entre otras), donde se coloca al método de la ley aplicable como alternativa al reconocimiento; igualmente L. D'AVOUT en BOLLÉE (2014, pp. 240-241).

¹⁹ El texto de esta decisión y de las otras dos del mismo día se puede consultar en la web oficial de la *Cour*: www.courdecassation.fr/. Alguno de sus precedentes ya había despertado la atención de los comentaristas a pesar de no haber entrado en el fondo del asunto: *Sent. Cour. cas. civ., 17.12.2008 (Rev.crit., 2009, pp. 320-331*, con nota de P. LAGARDE; *Journal du droit international*, 2009, pp. 577-586, con nota de S. BOLLEE). La *Sent. Cour d'Appel de París de 18.03.2010* estimó la acción del Ministerio Público y anuló la inscripción del nacimiento por considerar que la Sentencia de la Corte Suprema de California en la que se basaban los certificados de estado civil americanos era contraria al orden público internacional francés.

²⁰ *Sent. Cour cas. civ., núm. 369, 06.04.2011*, que ratifica la *Sent. Cour d' Appel de París, 26.02.2009*.

²¹ *Sent. Cour cas. civ., núm. 371, 06.04.2011*, que confirma la *Sent. Cour d'Appel de Douai, 14.09.2009* que había considerado que dicha posesión de estado estaba viciada como consecuencia del contrato ilícito de gestación por sustitución.

²² ANCEL (2012, pp. 1-2 y jurisprudencia citada). En las sentencias inferiores también se manejó el principio de «indisponibilidad sobre el cuerpo humano».

²³ *Infra* núms. 16 y ss.

9. Cumple señalar también que la agitación que estos casos suscitaron rescató del olvido una vieja sentencia, la *Sent. Cour cas. civ., 31.05.1991*²⁴, que había ya resuelto un supuesto como el segundo descrito, casando la *Sent Cour d'Appel de Paris 15.06.1990*. Esta última había considerado legítima la adopción tras la práctica de una gestación por sustitución tomándose la molestia de sentar expresa y muy argumentadamente que la maternidad subrogada no vulneraba el orden público francés²⁵. La *Cour de cassation*, por el contrario, consideró que se trataba de un *fraude a la institución de la adopción*, un proceso global atentatorio contra los principios de indisponibilidad del cuerpo humano y del estado civil, que son de orden público.

La idea de *fraude a la ley* francesa es la que sirvió de sostén a posteriores decisiones, como las *Sent. Cour de cassation (Civ. 1^{re}) 13.09.2013*²⁶ o la *Sent. Cour cassation (Civ. 1^{re}) 19.03.2014*²⁷.

10. El orden público también llamó a la puerta de los tribunales belgas para rechazar la transcripción en sus registros civiles del nacimiento de dos gemelas a favor de un matrimonio de varones casados en Bélgica. El nacimiento había tenido lugar en California. La *Sent. del Tribunal de Primera Instancia de Huy, 22.03.2010*, consideró que la inscripción sería contraria al orden público belga. No obstante, esta sentencia fue, parcialmente revocada por la de la *Corte de Apelación de Lieja, 1^a Ch., 06.09.2010*. Aunque se ratificó que los *contratos sobre seres humanos y sobre el cuerpo humano* eran contrarios al orden público internacional belga, aceptó el recurso respecto del padre genético teniendo en cuenta el supremo interés del niño²⁸. Es interesante destacar, a los efectos que nos ocupan, que el punto de partida fue la *aplicación de la ley belga*, según la cual el padre biológico sí podría mediante reconocimiento establecer la paternidad si la madre gestante no estaba casada. La misma solución, también con valoración del orden público belga, se recogió en la *Sent. Trib. de Apelación de Bruselas 31.07.2013*²⁹ y ocasionalmente en otras decisiones³⁰. Dos datos, el de la realidad biológica y el de las posibilidades que abre el Derecho sustantivo del foro que, como veremos, parecen haberse convertido en cruciales en el momento actual.

11. En Italia, el caso más recurrente venía siendo la *Sent. Trib. App. de Bari 19.02.2009*³¹. Los nacidos en el Reino Unido en 1997 y 2000, respectivamente, constaban en el registro

²⁴ *Rev.crit.*, 1991, pp. 716-717, y nota de C. RIOU-LABRUSSE, pp. 717-731

²⁵ *Rev.crit.*, 1991, pp. 713-716.

²⁶ Dos sentencias, las núms. 12-18315 y 12-30138, que cita el punto 34 de la sentencia *Mennesson* y que han sido consideradas claves en la condena a Francia por parte del TEDH (S. BOLLÉE, *Rev.crit.*, 2015, pp. 155-156).

²⁷ Núm. 13-50.005. (*Rev.crit.*, 2014, p. 619, con nota de S. BOLLÉE). Es destacable que la *Cour d'appel* había aceptado la inscripción, en los mismos términos que lo hará la nueva jurisprudencia francesa (infra núms. 24 y ss.).

²⁸ P. WAUTELET en *www.conflictoflaws.net*, de 27.04.2010 y de 02.11.2010.

²⁹ Uno de los precedentes de la *Sent. TEDH (Sección segunda) 08.07.2014*, D y otros contra Bélgica, disponible en [http://hudoc.echr.coe.int/eng/?i=001-146420#{"itemid":\["001-146420"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng/?i=001-146420#{).

³⁰ *Vid.* las citadas en los puntos 22 y 23 de la sentencia citada en la nota anterior.

³¹ *Vid.* CAMPIGLIO (2009, pp. 589-604).

italiano como hijos de la madre subrogada y el padre biológico. En 2007 se suscitó la rectificación de las actas del registro italiano para que constase como madre la madre de intención y el tribunal accedió considerando que la maternidad subrogada no era contraria al orden público internacional, que el orden público no actúa en abstracto, sino en el caso concreto, valorando los efectos derivados del rechazo de la demanda de rectificación en contraste con los derivados de su aceptación; y finalmente, aunque no menos importante, que en el supuesto concreto tres de los cuatro interesados eran extranjeros³². La operatividad *in concreto* del orden público y la mayor o menor proximidad del caso con el foro fueron dos elementos relevantes en este caso y lo son también en la actualidad.

Este precedente aún hoy emerge continuamente como un icono en la práctica italiana cuando se pretende hacer ver que la gestación por sustitución no afecta *per se* al orden público³³, más lo cierto es que el recurso al orden público como obstáculo al reconocimiento venía siendo habitual en las fechas anteriores a las sentencias del TEDH³⁴.

12. La referencia en España hemos de buscarla en la muy conocida *Sent. TS (Sala de lo Civil) núm. 835/2013, 06.02.2014*³⁵, penúltimo episodio³⁶ (hasta ahora) de la serie iniciada por la *Res. DGRN 18.02.2009*, que admitió la inscripción del nacimiento y filiación de dos menores nacidos en California mediante gestación por sustitución respecto de los comitentes varones casados entre sí³⁷. En verdad, más que la sentencia en sí fue la propia Resolución la fuente del debate, tanto en el plano social, como en el doctrinal y también en el judicial. Mas lo cierto es que el Tribunal Supremo confirmó la postura del Juzgado y la Audiencia, afirmando sin ambages la contrariedad con el orden público español de las inscripciones autorizadas por la DGRN.

Los aspectos de mera legalidad ordinaria (típicamente registrales, que por otro lado era lo que estaba en juego: la inscripción autorizada por la DGRN), dichos aspectos, digo, quedan totalmente oscurecidos por la discusión sobre la compatibilidad o incompatibilidad con el orden público español de la gestación por sustitución. Una discusión en los términos

³² Lectura entre líneas que hace de la sentencia CAMPIGLIO, (2009, p. 594).

³³ Incluso en los no infrecuentes procesos penales. Por ejemplo, *Sent. Trib. penal de Milán, 08.04.2014, Riv.*, 2015, pp. 384-394, p. 392. Se suele citar también entre los pronunciamientos aperturistas la *Sent. Trib. de Nápoles 01.07.2011* (el texto manejado puede verse en http://unipd-centrodirittiumani.it/public/docs/TribNapoli_010711.pdf). No obstante, creo que el ejemplo no es claro, pues el tribunal acaba reconduciendo un supuesto de gestación por sustitución a uno de mera fecundación heteróloga que indubitadamente no contraría el orden público italiano.

³⁴ CAMPIGLIO (2014, pp. 507-508); BERGAMINI (2015, p. 332, nota 56).

³⁵ RJ 2014\833, con mi nota en *REDI*, 2014-2, pp. 273-277; un análisis más completo (en parte coincidente con el mío y en parte no), lo proporcionan CALVO CARAVACA y CARRASCOSA GONZÁLEZ (2015, pp. 67 y ss.).

³⁶ El último lo constituye el *Auto TS, 1ª, 02.01.2015* (infra núms. 41 y ss.).

³⁷ Notas de A. QUIÑONES ESCÁMEZ, *REDI*, 2009, pp. 215-219 y P. OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, *AEDIPr*, t. IX, 2009, pp. 1249-1252; más ampliamente, QUIÑONES ESCÁMEZ (2009, pp. 4-15, entre otras) y HEREDIA CERVANTES, (2013, pp. 695-701). Esta Resolución fue revocada por la *SJPI núm. 15 de Valencia, 17.09.2010* (AC 2010\1707) y ésta, a su vez, ratificada por la *SAP Valencia, Sección 10.ª, 23.11.2011* (JUR 2011\42024; con mi nota en *REDI*, 2012-1, pp. 213-216).

absolutos a los que me refería en la introducción. Una discusión que no se ajusta al significado y operatividad de la excepción de orden público.

13. El Tribunal Supremo, por mayoría de cinco contra cuatro magistrados, consideró que sí había contrariedad con el orden público español. Y comenzó, de forma correcta, identificando los valores superiores y los derechos fundamentales que confluyen en un supuesto de gestación por sustitución. Es decir, el *contenido* del orden público directamente implicado:

«derecho al libre desarrollo de la personalidad, entendido como la autonomía de la persona para elegir libre y responsablemente, entre las diversas opciones vitales, la que sea más acorde con sus preferencias (art. 10.1 de la Constitución), derecho a contraer matrimonio (art. 32), derecho a la intimidad familiar (art. 18.1), protección de la familia, protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil (art. 39); [...] la protección de la infancia, que ha de gozar de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos (art. 39.4 de la Constitución) [...] el derecho a la integridad física y moral de las personas [que] tiene reconocimiento constitucional (art. 15), y el respeto a su dignidad [que] constituye uno de los fundamentos constitucionales del orden político y de la paz social (art., 10.1 de la Constitución)»

Pero ahí se quedó toda la corrección. El TS derivó como «consecuencia lógica» que «*las normas aplicables a la gestación por sustitución o maternidad subrogada, en concreto el art. 10 de la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida, integran el orden público internacional español*». Se trata esta de una afirmación carente de soporte en términos metodológicos y, a mi juicio, errónea en su conclusión³⁸. Señalado el contenido del orden público, su operatividad tiene que referirse al caso concreto. Solo en relación con ese caso concreto puede valorarse si las exigencias de los citados arts. 10.1, 18.1, 32, o 39 CE se ven o no comprometidas por la inscripción autorizada por la DGRN. Si la dignidad de la mujer gestante y de los niños –a los que de forma singular concede una vital importancia el TS- se veían comprometidos por la inscripción; si la importancia que concede al consentimiento de la madre se veía comprometida con la inscripción practicada, etc.³⁹.

14. La simplificación que el TS realiza en torno a la relevancia del art. 10 Ley 14/2006, de Técnicas de reproducción humana asistida, le hace caer en una fiscalización abstracta de la situación conformada por la ley extranjera: si esta sentencia marcara doctrina, tal doctrina consistiría en que todo lo que no sea afirmar el vínculo de filiación materna respecto de la madre gestante sería contrario al orden público español. Lo apodíctico del fallo recuerda en cierto modo a las sentencias de la *Cour de cassation*. Y, aun sin prejuzgar el resultado, el orden público opera de otra forma.

³⁸ ÁLVAREZ GONZÁLEZ (2010, p. 362, nota 67).

³⁹ Muy detallado, DUDEN (2015, pp. 132 y ss.; p. 145 para la ley aplicable y 216-217 –con idéntico tratamiento- para el reconocimiento).

15. El voto particular tuvo la virtud de recordarlo: incide en que ha de tratarse de una valoración caso por caso; denuncia que el fallo no realiza un verdadero análisis de la vulneración de los derechos fundamentales y los valores superiores aducidos por la mayoría de la Sala y evidencia que se está utilizando el orden público de una forma preventiva; además, le da al consentimiento de la madre una relevancia que la sentencia pasa por alto. Todo ello es correcto. Y por eso llama más la atención que los magistrados discrepantes sucumbieran también a la tentación de tomar partido apriorístico y adaptar los argumentos a ese partido. Consideraron no relevantes o despreciables aspectos del procedimiento seguido en California que, a mi juicio, son cruciales: las vicisitudes de la gestación, el tipo de gestación, los consentimientos de la madre gestante, la mercantilización del proceso, y otros muchos aspectos, *que sí son relevantes* para decidir si el reconocimiento y la inscripción concreta es o no contraria al orden público. Se amparó el voto particular, cómo no, en el *interés del menor*, sin matices. Como si se tratase del Bálsamo de Fierabrás en el que aceite, vino, sal y romero se sustituyen por el interés superior del niño para salvar cualquier vicio que pudiera impedir el reconocimiento. Abrazaron artificialmente el *derecho a procrear*, la similitud entre la gestación por sustitución y la adopción o la *libre circulación de personas* dentro de la UE en un heterogéneo amontonamiento argumental, típico de quien no está dispuesto a argumentar. En definitiva, la sentencia del TS nos ofrece dos posturas enfrentadas en términos voluntaristas. En los temidos términos de brocha gorda a que me referí al comienzo⁴⁰.

3. Los casos *Menesson y Labassée: alcance*

16. Y en esto llegó el TEDH. No de improviso. Se le esperaba haciendo cábalas sobre cuál sería su postura. Los recursos anunciados en los casos *Menesson y Labassée* habían generado unas expectativas que discurrían entre hasta dónde llegaría el interés de los niños, por un lado, y hasta dónde el legítimo margen de apreciación de Francia sobre la regulación de la gestación por sustitución, por otro. Además la ausencia de buena fe en la actitud de los padres de intención parecía jugar en su contra. Ausencia de buena fe o de legítimas expectativas de reconocimiento por mor del conocimiento real de que las operaciones llevadas a cabo en los Estados Unidos de Norteamérica se explicaban, precisamente, porque eran jurídicamente rechazadas en Francia. Se ha dicho, con acierto, que en los casos de gestación por sustitución el recurso a los derechos humanos puede conducir tanto al reconocimiento de la filiación determinada en el extranjero cuanto a su rechazo, dependiendo del balance que se haga de los derechos implicados⁴¹.

17. En estos términos la alegación de una vulneración del «derecho al respeto a la vida privada y familiar» consagrado por el art. 8 del CEDH no tenía plenas garantías de éxito. Existía un precedente, la *Sent. TEDH 28.06.2007 (76240/01) Wagner and J.M.W.L v.*

⁴⁰ Una visión más amplia de la práctica en España, ÁLVAREZ GONZÁLEZ (2014, pp. 66-73).

⁴¹ VETTOREL, (2015, p. 526).

*Luxembourg*⁴², en el que se había condenado a Luxemburgo por haber vulnerado dicho artículo al no haber reconocido una adopción plena constituida en Perú por una madre soltera. Pero se trataba de un precedente valorado e interpretado de forma dispar por la doctrina, sin acuerdo sobre la importancia que en su fallo había tenido la *buena fe y las legítimas expectativas* de una de las requirentes⁴³ y, al menos, alejado de los casos de turismo reproductivo más frecuentes en materia de gestación por sustitución⁴⁴. La Sra. Wagner había adoptado a su hija confiando en una cierta práctica de las autoridades luxemburguesas que toleraba este tipo de adopciones aún siendo contrarias al Derecho interno. Esta legítima expectativa de reconocimiento era totalmente ajena a los casos de gestación por sustitución.

18. El TEDH condenó a Francia en los dos casos. El precedente *Wagner* formó parte de su argumentación, pero no fue decisivo.

Para medir si Francia había respetado el derecho al respeto de la vida privada y familiar del art. 8 CEDH, el TEDH hizo un análisis exhaustivo de todos los aspectos de la vida diaria que se veían afectados por la ausencia de inscripción de los nacidos en el registro civil francés, así como de las consecuencias potenciales en materia de nacionalidad o de posibles derechos hereditarios de los nacidos. En este escrutinio distinguió –y este fue un movimiento clave– los aspectos ligados al derecho del respeto a la *vida familiar* (de todos los recurrentes) y los ligados al derecho a la *vida privada* (solo en relación con los hijos). Y mientras que en el primer caso estimó que ciertamente había injerencia, pero se trataba de una *injerencia justificada*, en el segundo consideró que había igualmente injerencia pero esta vez *no justificada por no ser necesaria*, con la consiguiente vulneración del CEDH. Dicho con otras palabras, por lo que atañe a nuestra reflexión, *el recurso al orden público francés no se justifica o, en todo caso, conduciría a una situación de conculcación de un derecho humano*.

19. El TEDH aceptó la legitimidad la previsión legal de la ley francesa contraria al reconocimiento de la filiación (*rectius*, la denegación de su inscripción en el Registro civil) en casos como los analizados, así como los objetivos legítimos de tal previsión legal; pero *niega su carácter necesario* en una sociedad democrática, en lo que atañe a la *existencia o identidad de la persona*, aspectos en los que se integra de forma esencial su filiación. Reconoce, como en tantos otros aspectos controvertidos, que cuando no hay consenso entre los Estados del Consejo de Europa, como en el caso de la gestación por sustitución, el margen de apreciación de cada Estado es amplio, pero ese margen se reduce cuando se refiere a aspectos esenciales de la *identidad de las personas*, como integrante del «derecho al respeto de su vida privada».

⁴² También *Sent. TEDH, 03.05.2011, Negrepontis Giannisis v. Grecia*.

⁴³ Opiniones diversas que se expresaron en el seno del Grupo Europeo de Derecho Internacional Privado (www.gedip-egpil.eu/reunionstravail/gedip-reunions-17t-fr.html). KINSCH, (2010, pp. 272-273); KINSCH, (2011, pp. 42 y ss.).

⁴⁴ DIONISI-PEYRUSSE, (2012, p. 165).

20. Las sentencias no eludieron el test de la previsión o expectativa legítima ligada a la idea de fraude, presente en la jurisprudencia *Wagner*, pero lo limitaron a la dimensión del derecho de toda persona al respeto de su vida *familiar*⁴⁵, que no considera vulnerado. A los padres no se les ha vulnerado ningún derecho: la familia es un concepto de hecho y Francia no había impedido en ningún momento la convivencia pacífica. A los hijos sí. El rechazo de la inscripción de las actas de estado civil por parte de la *Cour de cassation* no supone injerencia en la vida familiar de los requirentes, pues refleja un equilibrio justo entre sus intereses y los del Estado francés; pero sí existe vulneración del respeto a la *vida privada* de los menores, que tienen derecho a establecer los detalles de su identidad como persona. Obviamente, en el caso de los hijos ningún test de previsibilidad, fraude o expectativa legítima podría aplicarse. No se pone en tela de juicio el orden público internacional francés en sí mismo considerado, sino si de su operatividad en el caso concreto resulta un equilibrio justo entre los intereses de la sociedad en que todos se ajusten a las normas democráticamente adoptadas (el orden público entre ellas) y el de los requirentes a su vida personal y familiar, donde el interés superior de los niños es prevalente.

21. La toma de posición del TEDH es contundente y trascendente. Desde la perspectiva de la vida privada de los nacidos y de cómo el Tribunal construye la vinculación entre *vida privada-identidad-filiación*, apenas queda margen para los Estados en los supuestos más típicos, aquellos en los que existe un vínculo biológico entre uno de los padres de intención y el nacido o nacidos. En ningún momento se llega a hablar de un derecho a una *identidad única*, pero casi⁴⁶. En ningún momento se habla de la erradicación del orden público como obstáculo al reconocimiento, pero casi⁴⁷. La interpretación del TEDH vendría a superponerse casi totalmente sobre los sistemas de DIPr de cada Estado.

22. Casi. En realidad la práctica posterior a estas sentencias demuestra que el debate no ha concluido. Y no lo ha hecho porque la doctrina del TEDH es tributaria (o al menos así se ha leído de forma generalizada y probablemente correcta) de dos factores que concurrían en los casos analizados, pero que no tienen por qué concurrir en otros: por un lado, el hecho de que en ambos casos existía un vínculo genético real entre alguno de los padres de intención y los nacidos⁴⁸; por otro, que el sistema francés se regía en estos casos por la máxima *fraus omnia corrumpit*, según la cual, no solo no podría reconocerse efecto alguno al acto fraudulento, sino que tales o similares efectos no podrían aceptarse mediante el

⁴⁵ Núms. 58 y ss. de la sentencia *Mennesson*. *Vid.*, al respecto, ÁLVAREZ GONZÁLEZ (2010, p. 363); y ÁLVAREZ GONZÁLEZ (2013, p. 89).

⁴⁶ Así lo interpreta P. JIMÉNEZ BLANCO, en su nota a estas dos sentencias, *REDI*, 2015-3-Pr, pp. 238-241, p. 239; también en PRESNO LINERA y JIMÉNEZ BLANCO, (2014, p. 40).

⁴⁷ P. JIMÉNEZ BLANCO habla de posible neutralización de la doctrina de la citada *STS*, 1ª, 06.02.2014 (*REDI*, 2015-3-Pr, p. 240).

⁴⁸ La interpretación generalizada de la doctrina del TEDH considera este dato fundamental (núm. 100 de la sentencia *Mennesson* y 79 de *Labassée*; por todos HENRICH, (2015, p. 230); para CALVO CARAVACA y CARRASCOSA GONZÁLEZ (2015, p. 95 o 99) el alcance de dicha doctrina favorable al reconocimiento alcanzaría también los padres de intención no vinculados genéticamente con los nacidos; en la misma línea, aunque conscientes de que se trataría de una interpretación extensiva de lo dicho por el TEDH, PRESNO LINERA y JIMÉNEZ BLANCO (2014, pp. 41-41).

recurso a otras vías u otros instrumentos proporcionados por el sistema⁴⁹. En otras palabras, que no solo se denegaría el reconocimiento de la filiación derivada de gestación por sustitución llevada a cabo en el extranjero, sino que tampoco podrían recurrir los interesados a otras vías (reconocimiento voluntario de paternidad, adopción, posesión de estado...) para hacer valer esa filiación.

23. En el momento de comenzar a redactar estas líneas pendían ante el TEDH tres nuevos casos contra Francia, llamados a tener relevancia sobre el tema: *Laborie and Others v. France* (núm. 44024/13): gestación por sustitución en Ucrania por pareja heterosexual; *Foulon v. France* (núm. 9063/14): gestación por sustitución en India por padre de intención varón; *Bouvet v. France* (núm. 10410/14): gestación por sustitución en India de padre de intención varón que forma pareja (PACS) con otro varón⁵⁰. El orden público (aquí también envuelto en la idea de fraude) había estado presente en los tres procesos y, en ocasiones, con una contundencia no infrecuente en los tribunales franceses que, por ejemplo, hace afirmar a la *Cour de cassation* que:

«... en presencia de este fraude, no pueden ser invocados ni el interés superior del niño que garantiza el artículo 3, § 1, de la Convención internacional sobre los derechos del niño, ni el respeto de la vida privada y familiar en el sentido del artículo 8 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales»⁵¹.

En su *Sent. TEDH*, 21.07.2016, *Foulon et Bouvet c. France*, el TEDH no dudó en extender su jurisprudencia *Mennesson* y *Labassée* a los casos *Foulon* y *Bouvet*, que había decidido acumular y resolver conjuntamente. La respuesta fue especialmente sucinta y sin aportar ninguna novedad reseñable.

4. Las reacciones tras la postura adoptada por el TEDH

4.1. La nueva jurisprudencia de la *Cour de cassation*

24. Resulta interesante ver cómo la *Cour de cassation* se enfrenta a supuestos de gestación por sustitución tras la condena de Francia en los asuntos *Mennesson* y *Labassée*. Lo hace, con moderación y casi, diría, con resignación. Ciertamente la *Cour* no se había prodigado en grandes construcciones cuando consideró que las inscripciones eran contrarias al orden público francés, y tampoco lo hace ahora, cuando casa o ratifica las decisiones de tribunales inferiores que habían rechazado o aceptado dichas inscripciones.

⁴⁹ En este sentido, las sentencias citadas supra notas 26 y 27 y nota crítica en cuanto a los efectos del fraude de S. BOLLÉE, *Rev.crit.*, 2014, p. 619 y ss. párrafos A-6 y a-9.

⁵⁰ Fuente: <http://www.echr.coe.int> (consultada el 29 de septiembre de 2016). Sobre la *Sent. TEDH*, 27.01.2015, *Paradiso y Campanelli contra Italia*, vid. lo dicho supra nota 7.

⁵¹ *Sent. Cour de Cassation* 13.09.2013, reproducida en *Foulon v. France*, y ya en el punto 34 de la sentencia *Mennesson*.

El laconismo de la *Sent. Cour de cassation* núm.619 03.07.2015 (14-21.323)⁵² es muy significativo: casa la sentencia inferior que había rechazado la inscripción de nacimiento en Rusia de un niño que constaba como hijo por reconocimiento de un francés y de una mujer rusa, aparentemente, madre subrogada. La Cour, sin mencionar para nada el orden público, resuelve:

«Teniendo en cuenta que para rechazar la inscripción la sentencia sostiene que hay un cuerpo de pruebas tal que demuestran la existencia de un proceso fraudulento, con un contrato de gestación por sustitución celebrado entre...

Que al fallar de este modo, sin haber constatado que el acta [de nacimiento] era irregular, falsificada y que los hechos en ella declarados no se correspondían con la realidad, el tribunal ha vulnerado los textos citados» [art. 47 CC francés, art. 7 del Decreto 62-921 de 3 de agosto 1962 y... art. 8 CEDH]⁵³

La ley positiva francesa no ha cambiado desde la jurisprudencia de 2013. Pero el art. 8 del CEDH es decisivo. Nada se dice del orden público y nada sobre la gestación por sustitución. La estimación del recurso traduce una cierta idea de resignación.

25. Por su parte, la *Sent. Cour de cassation* núm.620 03.07.2015 (15-50.002)⁵⁴, igual de lacónica, da un pequeño paso más al establecer que:

«Sin embargo, habiéndose comprobado que el acta de nacimiento no fue ni irregular, ni falsificada, y que los hechos en ella reflejados se corresponde con la realidad, el Tribunal de Apelación llegó a la correcta conclusión de que el contrato de gestación por sustitución celebrado entre el Sr. Y y la Sra. A... no era ningún obstáculo para la inscripción del acta de nacimiento...»

La situación era similar a la anterior: acta de nacimiento en Rusia de padre francés y madre rusa, con la peculiaridad de que la solicitud de inscripción ya había sido aceptada por la *Sent. Cour d'appel de Rennes*, 16.12.2014 y el recurso lo interponía el ministerio fiscal. La novedad es que lo que en el anterior resultaba implícito, aquí parece explícitamente: la existencia de un contrato de gestación por sustitución no es obstáculo a la inscripción.

26. Ciertamente, en la interpretación generalizada de estos dos casos se aprecia más un rechazo a la idea de fraude a la ley francesa que a la de orden público. El fraude, por recurrir a la gestación por sustitución prohibida por el ordenamiento francés, (ya) no es

⁵² https://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/assemblee_pleniere_22/619_3_32230.html.

⁵³ «Tout acte de l'état civil des Français et des étrangers fait en pays étranger et rédigé dans les formes usitées dans ce pays fait foi, sauf si d'autres actes ou pièces détenus, des données extérieures ou des éléments tirés de l'acte lui-même établissent, le cas échéant après toutes vérifications utiles, que cet acte est irrégulier, falsifié ou que les faits qui y sont déclarés ne correspondent pas à la réalité. » (art. 47 CCF); «Les actes de l'état civil dressés en pays étranger qui concernent des français sont transcrits soit d'office, soit sur la demande des intéressés, sur les registres de l'état civil de l'année courante tenus par les agents diplomatiques ou les consuls territorialement compétents ; cette transcription est mentionnée sommairement dans les fichiers tenus au ministère des affaires étrangères et dans les postes diplomatiques et consulaires» (art. 7 del **Décret núm. 62-921 du 3 août 1962 modifiant certaines règles relatives aux actes de l'état civil**, en lo que a nosotros interesa).

⁵⁴ https://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/assemblee_pleniere_22/620_3_32232.html

suficiente para denegar la inscripción de quien efectivamente son padre y madre biológicos para la ley francesa. Aunque ello no responda más que a una parte de los intereses en juego, y deje tantas incógnitas por resolver como las que resuelve⁵⁵. Sobre todo, la suerte de la relación entre la madre biológica y el o los hijos y entre estos y la madre de intención.

4.2. La reacción de la *Corte di cassazione italiana*

27. Aunque la citada *Sent. Trib. App. de Bari 19.02.2009* había rechazado el orden público como obstáculo al reconocimiento, otros precedentes y los más cercanos, los del caso *Paradiso*, ponían el énfasis en tal obstáculo⁵⁶. En este contexto, la doctrina de los casos *Menesson* y *Labassée* resultaba especialmente relevante para valorar la evolución de la operatividad del orden público italiano en la primera ocasión importante en que la *Corte di cassazione* se enfrentó con un problema de reconocimiento de la filiación derivada de gestación por sustitución. La *Sent. Corte di cassazione, 26.09.2014*⁵⁷, sin embargo, volvió a echar mano del orden público para rechazar el reconocimiento del pretendido vínculo de filiación derivado de un supuesto de gestación por sustitución llevado a cabo en Ucrania.

28. La *Corte* tuvo en cuenta expresamente la doctrina del TEDH pero para considerarla no trasladable al caso considerado. Como he señalado, en *Menesson* y *Labassée* el TEDH se movió entre el respeto por las soluciones francesas, en un ámbito en el que el margen de apreciación de los Estados había de ser necesariamente amplio, y la condena en relación con la identidad y la vida privada. Había un vínculo biológico entre los padres y los hijos que el ordenamiento jurídico francés ni reconocía ni permitía que se estableciera por otros medios. ¿*Quid* cuando estos dos datos –o alguno de ellos– están ausentes? Se trata de una cuestión que desde el primer momento fue identificada como *potencialmente* ajena a los efectos de *Menesson* y *Labassée*; como una cuestión abierta⁵⁸. Y la *Corte di cassazione* la zanja en sentido negativo al reconocimiento: no existía vínculo genético entre los padres de intención y el nacido, y reconocer la filiación en este caso vulnera el orden público italiano.

29. El contenido positivo del orden público que se manejó fue la contrariedad del reconocimiento con la dignidad de la madre y la vulneración de la institución italiana de la adopción. El segundo de los aspectos ya había estado presente en la práctica judicial

⁵⁵ *Vid.* la densa y muy ilustrativa nota de la redacción en *Rev.crit.*, 2015, p. 885 (que he consultado en formato electrónico).

⁵⁶ *Supra* nota 34. Además en concreto la *Sent. Tribunal de Apelación de Campobasso 03.04.2013*, citada en la sentencia *Paradiso*.

⁵⁷ *Riv.dir.int.priv.proc.*, 2015, pp. 428-434; en francés puede leerse un extracto comentado en PRETELLI, (2015, pp. 559-578).

⁵⁸ Así lo puso de manifiesto la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado «The Parentage / Surrogacy Project: an updating note», (Prel. Doc. No 3 A of February 2015), pp. 5-6 (The questions which remain following the ECtHR decisions). Accesible en <https://assets.hcch.net/docs/82d31f31-294f-47fe-9166-4d9315031737.pdf>

francesa⁵⁹ y es un elemento interesante pues no forma parte del núcleo duro de los derechos fundamentales a los que cada vez más frecuentemente se trata de restringir el contenido del orden público. Sin duda, las peculiaridades del caso no fueron ajenas: los padres de intención tenían un historial con diversas denegaciones de su idoneidad para la adopción. En lo que atañe a la vulneración de la dignidad de la madre, se desprende del fallo que el carácter comercial de la gestación por sustitución fue determinante. A contrario, parece colegirse que una maternidad de sustitución altruista no atentaría contra tal dignidad. También lo fue, como he adelantado, el hecho de que no existía vinculación biológica entre los padres de intención y el/los nacidos. La *Corte di cassazione* opera también con otros tópicos para apuntalar su negativa al reconocimiento: la existencia de sanción penal en Italia⁶⁰, o el hecho de que el propio contrato de gestación por sustitución ni siquiera se acomodaba a las exigencias del Derecho de Ucrania⁶¹. El extravagante «razonamiento europeo» también estuvo presente (en el recurso se hacía mención a la violación del art. 16 de la Ley de 31 de mayo de 1995, n. 218, del art. 3 de la Convención sobre los Derechos del niño y del art. 23 del Reglamento 2201/2003), aunque sin relevancia alguna.

30. En cuanto al juego del *interés superior del niño*, la sentencia acoge una visión dogmática y apriorística que lo hace coincidir con su concreción en el *Derecho italiano*, por lo que no desempeñó el papel protagonista que suele tener en estos casos y que meses después fue puesto en primer plano por el TEDH en *Paradiso*, cuando estableció que «el recurso al orden público no puede suponer una carta blanca para justificar cualquier medida, puesto que la obligación de tomar en consideración el interés superior del niño incumbe al Estado con independencia de la naturaleza del vínculo de filiación, genético u otro»⁶². Obviamente, el pronunciamiento del Tribunal de Estrasburgo es posterior al de la *Corte di cassazione* y malamente pudo ésta tenerlo en cuenta, pero sí estuvo presente en la sentencia que analizamos a continuación. En todo caso, la *Corte* opera, frente a los argumentos de los padres de intención, con un concepto de *orden público clásico* en el que no solo los derechos fundamentales común e internacionalmente aceptados integran su contenido, sino que éste también está conformado por los *valores superiores del ordenamiento italiano*. Si no se puede confundir con las normas imperativas italianas, sí pueden extraerse dichos valores de algunas de esas normas imperativas⁶³.

31. La *Sent. Corte di cassazione*, 26.09.2014, que como acabamos de ver reacciona contra una interpretación maximalista de la doctrina del TEDH, contrasta firmemente con la más reciente *Sent. Corte di cassazione*, 30.09.2016⁶⁴. A la espera de los comentarios de la que creo

⁵⁹ Supra núm. 9.

⁶⁰ Con numerosos casos vinculados a la gestación por sustitución: CAMPIGLIO, (2014, p. 506, notas 70 a 73).

⁶¹ Que hace hablar a PRETELLI, (2015, núm. 22), de «doble violación» (de la ley ucraniana y de la italiana).

⁶² Punto 80 de la sentencia. La traducción es propia.

⁶³ Aprueba el razonamiento THOMALE, (2016-b, p. 496).

⁶⁴ Accesible en http://www.cortedicassazione.it/cassazione-resources/resources/cms/documents/19599_10_2016.pdf. El documento original aparece fechado el 21 de

que está llamada a ser una sentencia fundamental para el DIPr italiano, esta decisión está claramente orientada a *reducir al máximo el orden público italiano* y a facilitar el reconocimiento de los vínculos de filiación legalmente existentes en el extranjero. El supuesto de hecho puede parecer que no atañe al objeto de nuestro análisis, la gestación por sustitución, pero ello es solo aparente: una mujer italiana contrae matrimonio en España con una española, aporta su óvulo que es fecundado por los gametos masculinos de un tercero anónimo y es su mujer la que lleva a cabo el embarazo. El matrimonio se divorcia posteriormente quedando el hijo bajo la custodia compartida de ambas. Es la solicitud de inscripción del nacimiento y la filiación en Italia la que provoca el inicial rechazo y el posterior periplo judicial en el que las solicitantes obtienen respuesta judicial positiva que es recurrida por el procurador de la República y por el Ministerio del interior italiano. La *Corte de cassazione* rechaza los recursos con una sentencia propia de cualquier meritorio trabajo doctrinal sobre la materia, por la variedad de argumentos y la toma nítida de postura, no solo para resolver el caso concreto, sino con pretensiones de generalidad. El objeto fundamental de los razonamientos es el orden público internacional italiano.

32. Es cierto que la diferencia con los supuestos de gestación por sustitución no solo es apreciable en la somera descripción efectuada, sino que resulta expresamente resaltada por la propia *Corte de cassazione*⁶⁵, quizá para tratar de quitarse de encima un lastre, el de su citada *Sent.*, 26.09.2014, del que finalmente se libera apelando a dos diferencias: la inexistencia de vínculo genético en el caso de la gestación por sustitución llevada a cabo en Ucrania y el hecho (presunto) de que tampoco para Ucrania había vínculo de filiación en aquel caso concreto. Sin embargo, pienso que este esfuerzo de diferenciación casa mal con el enorme arsenal argumental que la *Corte* utiliza, mucho más generalizable.

33. En primer lugar y como fundamento del resto de su argumentación, la *Corte reduce el contenido del orden público a los principios fundamentales derivados de la Constitución, de los tratados y de la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea y del Convenio Europeo de Derechos Humanos*. Una reducción de la que deriva que todo aquello que pudiera entrar en la Constitución (con independencia de cómo el legislador ordinario la haya desarrollado y entendido) no sería contrario al orden público. De hecho, llega a señalar que la verificación de la eventual contrariedad con el orden público «se trata de un juicio (o de un test) similar al de constitucionalidad, pero preventivo y virtual» en el que tan solo puede estimarse la existencia de contradicción cuando el juez valore que el legislador italiano nunca podría dictar una norma similar a la extranjera (en este momento la *Corte* argumenta en términos de ley aplicable)⁶⁶.

junio de 2016, si bien en la página oficial de la *Corte de cassazione* aparece el 30 de septiembre de 2016 que es la fecha de depósito en la cancellería.

⁶⁵ Puntos 10.2 y 13 de la sentencia.

⁶⁶ Puntos 7 y 10.1 de la sentencia, que concluye con la articulación formal de la idea descrita en el texto.

34. En segundo término, la *Corte* pasa a analizar el «interés del menor», también sobre la base de la normativa internacional de derechos humanos y la Constitución⁶⁷. Dicho interés se identifica con «el derecho a conservar el estatus de hijo reconocido por un acto válidamente formado en otro país de la Unión Europea». En apoyo de esta manifestación se traen a colación el art. 8 de la Convención de Nueva York sobre derechos del niño, así como una amplia presencia de la jurisprudencia del TEDH (donde sobresale el recurso a la sentencia *Menesson*) y del TJUE (con apelación a la STJ, 14.10.2008, C-353/06, *Grunkin*, y a la STJ, 02.10.2003, C-148/02, *Garcia Avello*) y una apelación especial a la *Sent. BGH*, 10.12.2014, que veremos a continuación⁶⁸. Esta aproximación llega a su máxima expresión cuando la *Corte* proclama la existencia de un «derecho fundamental a la conservación del estatus legítimamente adquirido en el extranjero»⁶⁹, con la coda de «en el caso concreto en otro país de la UE»⁷⁰. A esta afirmación esencial se le suman otras como la que sostiene que «la regla según la cual es madre aquella que ha parido» no es un principio constitucional, por lo que no es posible derivar de ella un principio de orden público⁷¹; o la que reclama – ya desde el punto de vista de las madres- «la fundamental y general libertad de la persona de autodeterminarse y de formar una familia»⁷².

35. Se trata, como se puede apreciar, de un fallo que optimiza todos los argumentos favorables al reconocimiento, incidiendo en una reducción al mínimo de las razones de orden público que pudieran ser contrarias al mismo. Se le puede achacar que no distingue con claridad los distintos planos, y su fuerza relativa, procediendo a un cierto amontonamiento indiscriminado por ejemplo, del europeo (libertad de circulación de personas), el comparado (mezcla de decisiones suizas, francesas o alemanas) o el de la CEDH. Pero la contundencia es evidente... también para los supuestos de gestación por sustitución. El intento de separarse de éstos me parece forzado e innecesario. Bastaría con separarse de aquellos en los que no existe un vínculo genético entre nacido y padres de intención, y aún así, el «derecho fundamental a la conservación de un estatus legítimamente adquirido en el extranjero» sería suficiente para eludir la ausencia de dicho vínculo.

4.3. La Sentencia BGH de 10 de diciembre de 2014

36. Uno de los apoyos argumentales de la *Sent. Corte di cassazione*, 30.09.2016 fue, como he señalado, la *Sent. BGH*, 10.12.2014 (XII ZB 463/13)⁷³, que resuelve la solicitud de

⁶⁷ Punto 8.

⁶⁸ Punto 8.2.

⁶⁹ Puntos 8.3 y 10.3.

⁷⁰ Punto 8.4 *in fine*.

⁷¹ Punto 11.1 *in fine*.

⁷² Punto 12 *in fine*.

⁷³ <http://www.bundesgerichtshof.de> (en alemán). Un exhaustivo comentario con muchos más matices (e información) de la que ahí se da es el de GÖSSL (2015, pp. 457-461, para el orden público). La sentencia es un potente argumento para CALVO CARAVACA y CARRASCOSA GONZÁLEZ (2015, pp. 77-79, entre otras) para la crítica de la *STS*, 1ª, 06.02.2014.

reconocimiento de la sentencia californiana por la que se declara la filiación de un niño nacido mediante gestación por sustitución respecto de una pareja registrada de dos varones alemanes residentes en Alemania. Y lo hizo en forma positiva, con análisis expreso y pormenorizado de las razones de orden público que podrían estar en contra y con una presencia real de los derechos humanos en general y del CEDH en especial. El resumen que encabeza la versión oficial de la sentencia señala que:

«a) Una decisión judicial extranjera, que contiene la declaración de la filiación, puede tener acceso al reconocimiento, al contrario que el mero registro de la relación parental. [...] b) Al considerar si la decisión es contraria al orden público, deben tenerse en cuenta los derechos humanos garantizados por el Convenio Europeo de Derechos Humanos [...] c) El mero hecho de que una sentencia extranjera atribuya la filiación del hijo a los padres de intención en el caso de maternidad subrogada no supone ninguna violación del orden público, cuando uno de los padres de intención –al contrario que la madre gestante– está vinculado genéticamente con el niño. [...] d) Nada distinto puede derivarse del hecho de que la paternidad también se asigne a la pareja registrada junto al padre genético».

37. A pesar de este prometedor avance, la doctrina de los casos *Menesson* y *Labassée* no ocupó un lugar especialmente destacado en el razonamiento del fallo, sino que adornó otras consideraciones más vinculadas a la ley alemana y a las posibilidades que la ley alemana ofrecía para abordar globalmente situaciones como la planteada. En el punto 40 de la sentencia aparece la importancia del CEDH y la jurisprudencia del TEDH para la determinación del contenido y alcance de los derechos humanos que forman parte del orden público. Y poco después (punto 42) una mención sintética a los casos *Menesson* y *Labassée*. Resulta difícil discernir cuál habría sido la respuesta del BGH en ausencia de estos casos, pero una contemplación objetiva de la sentencia me permite aventurar que no habría cambiado.

38. El BGH, en mayor medida que sus homólogos europeos, contaba con una práctica de los tribunales inferiores muy variada y rica en matices. Con diferentes supuestos de hecho (dentro de la global gestación por sustitución) que encontraban también diferentes soluciones. Y aunque la prohibición de la maternidad subrogada en el Derecho sustantivo alemán tendía a considerar que existía violación del orden público cuando se pretendía reconocer una llevada a cabo en el extranjero⁷⁴, lo cierto es que las opiniones doctrinales eran mucho más variadas y matizadas⁷⁵.

El BGH corrige esta tendencia de la práctica jurídica mediante una argumentación llena de matices pero que en definitiva rechaza que el reconocimiento solicitado pudiera vulnerar el orden público alemán.

39. Esta última consideración es, quizá, el punto más interesante de la sentencia y quizá también el más discutible, no por lo que dice, sino por lo que podría derivarse de lo que no

⁷⁴ *Vid.* jurisprudencia citada por DUDEN, (2015, p. 133, nota 2).

⁷⁵ *Ibid.*, pp. 133-134, nota 3.

dice. El BGH realiza un escrutinio in concreto del orden público apoyándose en las circunstancias específicas de la situación y diferenciando diversos aspectos. Una analítica en la que comienza por diferenciar la situación del padre biológico y la de su conviviente así como la de la madre subrogada. Respecto del primero, ninguna contrariedad con el orden público ve en el reconocimiento de la situación dado que en Derecho alemán sería posible el reconocimiento voluntario de paternidad respecto del padre biológico; respecto de la madre gestante, que no tenía vínculo genético con el nacido, su consentimiento ex ante y ex post aproximaba la situación a la de la adopción del Derecho alemán, no pudiendo afirmar ninguna vulneración de su dignidad como ser humano; en relación con la filiación respecto del conviviente, de nuevo el BGH echó mano del Derecho alemán: el propio Tribunal Constitucional alemán había consagrado la adopción del hijo del conviviente registrado; respecto de ambos, el derecho a crear y mantener una familia tal cual se evidencia en el Derecho alemán a través de su regulación de la adopción, la transexualidad o la donación de esperma, también abonaría la tesis de la ausencia de contrariedad con el orden público; por último, cómo no, el interés superior del niño, a la luz de las circunstancias, conducía a la misma solución. Y en las circunstancias de marras se manejaron argumentos de muy distinta naturaleza y con también diverso peso argumental: de un lado, fue fundamental que existiese una vinculación genética con uno de los padres de intención y ninguna con la madre subrogada; de otro, el derecho del niño a conocer sus orígenes tuvo una presencia residual; por último, un típico argumento de DIPr emergió como integrante de ese interés superior: la necesidad de evitar situaciones claudicantes.

40. Me he permitido resaltar la importancia del Derecho alemán (la regulación positiva simple y llana) por lo nítido del razonamiento: no podemos considerar contrario al orden público alemán algo que conduce a un estado de cosas jurídico que podría alcanzarse a través de mecanismos reconocidos por la propia ley alemana. Vimos con anterioridad esta idea reflejada ya en la práctica judicial belga⁷⁶. Pero el argumento contrario no es inverosímil. De hecho, es el que está detrás de la resolución del Tribunal Supremo español que analizaré a continuación. El BGH admite el reconocimiento y rechaza el orden público, sin hacer pagar el peaje de la reconstrucción de la situación jurídica mediante las vías del Derecho alemán. Reconstrucción que, además, y este sí es un típico argumento de DIPr, implicaría la formación de títulos distintos en Alemania y en California, donde el título de filiación sería diferente⁷⁷. Ahora bien, la cierta comodidad del razonamiento lo hace necesariamente parcial: ¿quid de los supuestos que no se ajustan al perfil del caso resuelto? ¿quid de los supuestos en los que el Derecho sustantivo alemán no se muestra tan comprensivo?⁷⁸

4.4. El Auto del TS de 2 de febrero de 2015

⁷⁶ Supra núm. 10.

⁷⁷ Este tópico es perfectamente reconducible al derecho a la propia identidad como ya vimos en propuesta de PRESNO LINERA y P. JIMÉNEZ BLANCO (*supra* nota 46).

⁷⁸ Sobre estos y otros temas que la sentencia deja abiertos, HENRICH (2015, pp. 230 y ss.); GÖSSL, (2015, pp. 462-465).

41. Como en el anterior epígrafe adelanté, también el Tribunal Supremo español tuvo ocasión de volver sobre el tema tras los casos *Menesson* y *Labassée*. Además se enfrentó *directamente* a la relevancia de la doctrina del TEDH, pues fue precisamente ésta la que determinó el incidente de nulidad promovido contra su citada *STS, 1ª, 06.02.2014*. Y no es baladí este hecho: el Auto del TS no aborda un caso distinto a los ya resueltos, con matices en el supuesto de hecho que pudieran justificar también matices en la respuesta. Se trata de que revise su fallo en relación con *el mismo* caso en el que consagró tan categórica visión del orden público español⁷⁹. Los recurrentes consideraban que la aparición subsecuente de las dos sentencias del TEDH justificaba la revisión... y la revocación del fallo⁸⁰. Al contrario que en la *Sent. BGH, 10.12.2014* y la *Sent. Corte di cassazione, 26.09.2014*, el interés añadido de este caso radica en que se trata de una confrontación directa entre lo dicho por el TS y lo dicho por el TEDH.

42. Los recurrentes no estaban ayunos ni de razones, ni de un nutrido grupo de corifeos, entre los que la propia DGRN parecía tomar partido. En efecto, apenas dos semanas después de las sentencias *Menesson* y *Labasée*, el órgano directivo emitió una Consulta⁸¹ cuyo contenido, en esencia, era revivir la Instrucción DGRN, 05.10.2010, por la que se establecía un procedimiento y unas condiciones posibilistas de la inscripción en el Registro civil de la filiación derivada de gestación por sustitución⁸². Aunque la DGRN habla del «mantenimiento de la vigencia y aplicabilidad plena de la Circular», el efecto pretendido sin duda era y es la reviviscencia, pues la contundencia con que la jurisdicción había consagrado la contrariedad de la gestación por sustitución por el orden público español dejaba poco o ningún margen a los encargados del Registro civil. La Consulta utiliza un doble orden de razones. En primer lugar, acude a una a mi juicio artificiosa utilización del texto de la propia STS; medias verdades y medias mentiras que transmiten la impresión de voluntarismo y amontonamiento de ideas no siempre comprensibles. El resultado buscado es tratar de acreditar que la *STS, 1ª, 06.02.2014* no afecta a la Circular-Instrucción. Si reparamos en este planteamiento de la DGRN, cabalmente concebido, está asumiendo que los recurrentes no tenían opción, porque para ellos, sin duda, sí valía la sentencia. El discurso es que no afecta a la Instrucción DGRN, 05.10.2010, pero obviamente sí al caso enjuiciado. No obstante, en un segundo término, y esto es lo que más nos interesa, la DGRN apela a la doctrina del TEDH. Una apelación inteligente, que comienza reconociendo las diferencias entre la situación del ordenamiento francés y la del ordenamiento español. Diferencia, que también inteligentemente no se explicita, pero que esencialmente radica en la mencionada imposibilidad de establecimiento de la filiación por

⁷⁹ Supra núms. 12 y ss.

⁸⁰ También P. JIMÉNEZ BLANCO, *REDI*, 2015-3-Pr, p. 240.

⁸¹ Dirección General de los Registros y del Notariado: Consulta de 11 de julio de 2014, de la Dirección General de los Registros y del Notariado. Inscripciones gestación por sustitución, texto completo consultado en *LA LEY Derecho de familia*, 3 de Junio de 2015.

⁸² Vid. críticamente ÁLVAREZ GONZÁLEZ (2010, pp. 356-361); más favorable, HEREDIA CERVANTES (2013, pp. 701 y ss.).

cualquier medio que el sistema galo consagra⁸³, frente a las posibilidades que sí proporciona el español. La DGRN liquida el matiz señalando que

«modificar ahora la interpretación de este Centro Directivo entendiendo que la Instrucción de 5 de octubre de 2010 ha quedado afectada en su vigencia por la reiterada Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014, además de no compadecerse con una cabal interpretación de su doctrina, supondría alejar la práctica registral española, en una materia tan sensible desde el punto de vista de la seguridad jurídica, de la línea hermenéutica que emana de los citados pronunciamientos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos».

Es una conclusión posible. Pero no necesaria. Y el esfuerzo por seguir trayendo a colación de una forma, cuando menos ambigua⁸⁴, la doctrina del TEDH, no caló en el Tribunal Supremo. Ciertamente no era tal la intención de la Consulta, que partía, precisamente, de la propia doctrina del TS como aplicable al caso concreto resuelto por el TS. Pero, al igual que la citada *Sent. Corte di cassazione, 30.09.2016* (que reniega de los casos de gestación por sustitución) la panoplia argumental de la DGRN es, ciertamente, generalizable. Dicho con otras palabras, formalmente pretende no afectar a la STS, pero sustancialmente, en términos de argumentación, lo hace.

43. Sin embargo, el Auto que rubrica el presente epígrafe no considera que la línea hermenéutica que emana de los citados pronunciamientos del TEDH afecte a su concepción del orden público tal cual se estableció en la *STS, 1ª, 06.02.2014*.

La línea argumental del TS era previsible y se acoge a una de las dudas relevantes o puntos abiertos que dejaba el TEDH. Según el TS la esencia de la vulneración del art. 8 CEDH en los casos *Menesson* y *Labassée* no se encontraba en el rechazo al reconocimiento de los efectos de la filiación, sino en la absoluta imposibilidad de que la filiación natural de los niños pudiese establecerse en Francia a través de otros medios en virtud del citado principio *fraus omnia corrumpit*.

Por el contrario, en España no se excluye la posibilidad de determinación de la paternidad biológica. El TS apela a la literalidad del art. 10.3º de la Ley 14/2016⁸⁵, niega la analogía con los casos resueltos por el TEDH y afirma que la sentencia que pretende anularse respeta el derecho a la vida privada de los menores y a la determinación de su identidad: los menores pueden determinar el vínculo de filiación respecto de su padre biológico y el cónyuge de éste podría, en su caso, adoptarlos. Además, añade el TS, la situación de incertidumbre que se genera en España no es equiparable al caso francés, que mereció la condena del TEDH.

⁸³ Supra núm. 24.

⁸⁴ Resulta hasta enternecedor ver cómo la DGRN alude a los «recurrentes» o a las «parejas», cuando, como vimos, la situación del padre o madre de intención sin vínculo genético es uno de los temas que deja abiertos el TEDH (supra núm. 18 y ss.).

⁸⁵ «Queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales».

44. Se trata de consideraciones en absoluto arbitrarias. Ciertamente, se fundamentan en un determinado concepto de interés superior del niño: *no es necesario reconocer porque el Derecho español posibilita recomponer*. Notemos, no obstante, que en este Auto –no como ocurrió en la sentencia impugnada– el TS resuelve el caso concreto; y tiene la «suerte» de que sí existe un vínculo de filiación entre los nacidos y uno o ambos⁸⁶ padres de intención.

45. Por supuesto, el Auto, cómo no, tiene su voto particular. A pesar de los esfuerzos de la mayoría por reconducir el fallo a un análisis técnico, los magistrados disidentes son los mismos que en la sentencia contra la que se interpuso el recurso de nulidad. Y curiosamente, contrariamente a lo ocurrido con el voto particular a la sentencia, el voto particular al Auto optó por simplificar, generalizar y maximizar la doctrina del TEDH exigiendo el reconocimiento. Según el voto particular, de lo que se trata es de resolver los problemas de los niños nacidos mediante gestación por sustitución y en función de su supremo interés y el derecho a su identidad debería haberse estimado el recurso. Sin más.

4.5. La Sent. Tribunal federal suizo de 21 de mayo de 2015⁸⁷

46. El panorama de adhesiones contrapuestas que en la introducción describía tiene un fiel reflejo en la *Sent. Tribunal federal suizo, 21.05.2015* tan aplaudida, como lo fue la que revocó, la *Sent. VG St. Gallen, 18.08.2014*⁸⁸. Esta última había aceptado la inscripción en el registro civil de la filiación derivada de un supuesto de gestación por sustitución llevado a cabo en California por una pareja registrada de dos varones suizos, uno de los cuales era padre biológico. La inscripción no solo se limitó al nacimiento y filiación respecto de los dos varones, sino que, por orden del tribunal, incluyó la identidad de la madre biológica así como que la madre genética habría sido una donante anónima. Informaciones que no se ajustan a las formalidades de la legislación registral suiza y que, *tras rechazar su contrariedad con el orden público*, consideró que estaban amparadas por el derecho a conocer los propios orígenes como manifestación del derecho a la vida y a la libertad personal (art. 10 de la Constitución suiza) y el derecho al respeto de la vida familiar y privada (art. 13 de la misma). Se trata de una adaptación material del Derecho registral suizo a las circunstancias del caso, en el que tanto la normativa californiana como la suiza prevén, con diverso alcance, la conservación de documentación en torno a las circunstancias del nacimiento⁸⁹.

47. El Tribunal federal, sin embargo, falló en otro sentido. En su *Sent., 21.05.2015* atendió el recurso de la Oficina federal de justicia que planteaba que solo debía reconocerse la filiación respecto del padre biológico y no respecto del padre de intención. Aunque el Tribunal parte de la tradicional interpretación restrictiva del orden público suizo, hay datos

⁸⁶ Se trataba de gemelos y cada uno podría ser hijo de padre diferente.

⁸⁷ El texto manejado, en alemán, puede encontrarse en <http://www.bger.ch/>.

⁸⁸ *Vid.* THOMALE, (2016-a, pp. 177-181) y GÖSSL, (2015, pp. 273-277), respectivamente.

⁸⁹ Hechos y valoración los he obtenido en este caso del comentario de GÖSSL (2014, pp. 274-275), que considera trasladables *mutatis mutandis* al sistema alemán bajo la cobertura de un «Annäherungsgrundsatz».

que no puede desconocer. Entre otros, la propia prohibición constitucional de la gestación por sustitución (art. 119.2.d de la Constitución suiza⁹⁰).

La argumentación fue contundente. En lo que a nosotros más nos interesa, cómo pudieran afectar las sentencias del TEDH a la prohibición constitucional y legal de la gestación por sustitución, el Tribunal federal fue claro: de la jurisprudencia del TEDH deriva que es inadmisibles rechazar por razones de orden público el reconocimiento de la filiación entre el nacido y su padre genético. Sin embargo, utilizar el orden público para denegar el reconocimiento de la filiación afirmada por la decisión californiana respecto del padre de intención no vinculado genéticamente con el niño es perfectamente ajustado al CEDH⁹¹. Sentadas estas premisas, la sentencia sigue razonando sobre las consecuencias de rechazar el reconocimiento (*rectius*, del rechazo parcial) desde el punto de vista del menor: ningún problema con su nacionalidad suiza, ni con su filiación, ni con su derecho a ser inscrito en el Registro civil suizo, ni con su derecho a la vida personal y familiar (seguirá manteniendo relaciones familiares con su padre genético y el compañero de su padre, a pesar de que el Derecho suizo no permita que éste último pueda adoptarlo⁹²), etc. No hay, en palabras del TF, ninguna situación de inseguridad jurídica como las que podían derivar de los casos *Menesson* y *Labassée*. El Tribunal federal recalca también que el mero hecho de que se deniegue parcialmente el reconocimiento de la decisión extranjera respecto de uno de los solicitantes no implica que la madre biológica pase a ser madre para el Derecho suizo. No lo será. Y nada de ello afecta a las obligaciones internacionales de Suiza en virtud del Convenio de Naciones Unidas sobre los derechos del niño⁹³. Por último, una advertencia: no se prejuzgan otros supuestos, como, por ejemplo, aquellos en que la madre subrogada es también madre genética o en los que ninguno de los padres de intención tiene un vínculo genético con el o los nacidos.

48. La sentencia, obviamente, cuenta con la adhesión de quienes critican la solución otorgada por el BGH en el caso paralelo comentado⁹⁴.

⁹⁰ «La Confederación elaborará la normativa sobre la utilización del patrimonio genético y embrionario humano; de esta manera velará por asegurar la protección de la dignidad humana, de la personalidad y de la familia y se guiará especialmente según los siguientes principios: [...]d. se prohíbe la donación de embriones, así como las todas las formas de maternidad de sustitución»

⁹¹ Puntos 6.2 y 6.3 de la sentencia.

⁹² En el momento de redactar estas reflexiones existe una Ley de modificación del Código civil suizo en materia de adopción, de 17 de junio de 2016, que contempla la posibilidad de adopción por parte del conviviente. La ley estaba sujeta a referéndum facultativo, cuyo plazo concluía el 6 de octubre, y su entrada en vigor se deja a la determinación del Bundesrat (texto y datos accesibles en <https://www.admin.ch/opc/de/federal-gazette/2016/4925.pdf>).

⁹³ Puntos 6.4.3 y 6.4.4 de la sentencia

⁹⁴ THOMALE, (2016-b), p. 180).

5. Conclusiones

49. Tras los desarrollos que anteceden difícilmente se puede concluir con un estado de la cuestión en torno al binomio que se analiza. Es incluso difícil aventurar un estado de la cuestión reducido a un ordenamiento jurídico en concreto. No se puede cerrar el tema ni para Francia, ni para Alemania, ni para Italia, ni para España... Uno de los atractivos de la verificación comparada que hemos hecho es, precisamente, que aunque existen suficientes elementos para poder justificar la potencial existencia de patrones comunes, la diversidad de soluciones tiene que significar algo. Porque el *problema básico* es *común*: enfrentarse a una gestación por sustitución llevada a cabo en el extranjero que pretende desplegar sus efectos en un Estado en el que o no se admite, o está prohibida, o no tiene efectos de filiación en absoluto, o los tiene muy mermados. Porque los *supuestos* que se presentan ante las autoridades de estos ordenamientos contrarios a la gestación por sustitución son también *comunes*: gestación por sustitución procedente de California u otro Estado de los Estados Unidos de América, o de Rusia, o de Ucrania, o de India... Porque los *criterios de medida*, y esto es realmente relevante, son igualmente *comunes*: ordenamientos jurídicos del foro hostiles al reconocimiento de efectos, presididos por una concepción similar de los derechos fundamentales de la persona, y sometidos a la fiscalización superior del TEDH (amén del marco europeo, que como dije, he soslayado en este trabajo). Y porque las *alternativas* también se demuestra que son *comunes*: como opción primaria, reconocer la filiación tal cual se determinó en el Estado de origen, o no reconocerla, o reconocerla en parte; y, en función de la opción primaria, reconstruir la situación familiar (cuando el reconocimiento no se produce o es parcial) o no reconstruirla. Y, curiosamente, frente a todos estos patrones comunes se opta por *soluciones distintas*.

50. Estas diferencias encuentran cierta explicación en las distintas concepciones que se manejan, tanto del contenido del orden público, cuando de su operatividad. En efecto, por un lado, nos encontramos con visiones absolutamente restrictivas sobre el contenido del orden público que vendrían a reducirlo a los derechos humanos involucrados sin apenas consideración de cuál es la concepción que de los mismos ha elegido el legislador. La *Sent. Corte di cassazione, 30.09.2016* es paradigmática. Como he comentado, el hecho de que no se refiera estrictamente a un supuesto de gestación por sustitución no la hace menos relevante. El peligro de esta concepción es, en cierto modo, colocar al intérprete en la posición de legislador; orillar la relevancia de opciones y decisiones legislativas que pudieran también formar parte integrante de ese contenido del orden público. Por otro lado, existe un orden público con un contenido más amplio, en el que decisiones fundamentales de cada ordenamiento tienen cabida, más allá de los derechos humanos. Recordemos que en una de las últimas sentencias del TJUE sobre el significado de tan camaleónico concepto se afirmó con claridad esta doble dimensión al hablar de una «violación manifiesta, habida cuenta del interés superior del menor, de una *norma jurídica considerada esencial en el ordenamiento jurídico de un Estado miembro* o de un *derecho reconocido*

como *fundamental* en ese ordenamiento jurídico»⁹⁵. Si el orden público es algo más que derechos fundamentales no puede soslayarse ese algo más.

51. En el mismo entrecomillado que he reproducido aparece otro elemento clave en el análisis de los supuestos y en las diferencias detectadas: el superior interés del niño o del menor. Como con el concepto mismo de orden público, el de superior interés del niño como catalizador del primero es obviamente objeto de manejo dispar por la práctica analizada y también por los comentaristas de dicha práctica. Al igual que ocurre con el orden público, también es difícil poner de acuerdo a quienes pretenden encoger o estirar un principio, el de superior interés del niño, que ciertamente admite múltiples manifestaciones. También aquí el «esa es tu opinión» puede frustrar cualquier discusión académica. No puede afirmarse a priori que los ordenamientos que prohíben o son contrarios a la gestación por sustitución promueven en menor medida el interés del niño que los que la reconocen o fomentan. No puede afirmarse sin más que los ordenamientos jurídicos español, francés, alemán, suizo o italiano (por solo referirme a la práctica analizada) tengan una concepción menos favorable al interés del niño que los de Ucrania, Rusia, India, Reino Unido o Estados Unidos de Norteamérica: no. Aunque tampoco es ese el único nivel en el que se plantea el problema, se me dirá. El problema se plantea *ex post facto* y tiene una dimensión añadida: el niño (ya) existe. No se trata de una contemplación teórica del interés superior del niño como directriz necesaria de las normas, sino de una práctica intervención del interés superior *de este niño* a la hora de tomar decisiones sobre el reconocimiento o no de una situación jurídica o, si se quiere, un estatus adquirido en el extranjero al amparo de unas reglas que no se ajustan a «nuestra» concepción de dicho interés.

52. Y aquí vuelve a ser tremendamente difícil hallar un punto de encuentro aunque, en todo caso, sí creo que puede partirse de un mínimo: de conformidad con la jurisprudencia del TEDH, la ausencia de admisión de la filiación derivada de los supuestos de gestación por sustitución cuando exista un *vínculo biológico* contraría necesariamente ese interés en su dimensión del derecho al respeto de la vida personal y familiar que, a su vez, integra el derecho a la propia identidad... Nótese que he usado la palabra neutra *admisión*. El cómo, a través del reconocimiento de la filiación establecida en el extranjero o a través de una vía de Derecho interno es algo que no deriva directamente de dicha jurisprudencia: coto feraz, como decía al principio, para la confrontación entre interpretaciones «estrictas» y «extensivas». Margen para unas y otras existe. No, a mi juicio, para *transformar* la posición del TEDH y hacerle decir lo que no dice.

53. La del TEDH es una posición firme y flexible al mismo tiempo. Con unos límites más o menos claros y unos mecanismos de articulación abierta de dichos límites, que se deja a los Estados. Y digo más o menos claros porque estamos en un ámbito en el que los viejos ruidos ya no sirven para hablar. Podemos incluso discutir qué significa vínculo biológico o filiación biológica o realidad biológica. Se trata de los términos que emplea el TEDH tanto

⁹⁵ STJ, 19.11.2015, C-455/15 PPU.

en la versión francesa como en la inglesa; pero también hace alusión a «progenitor» (en la versión francesa). En definitiva, que aunque en los casos de filiación paterna haya poco que discutir, en los casos en los que la madre de intención haya aportado su material genético la especulación se reabre: ¿quién es la madre «biológica» cuya determinación de la filiación se constituye en un indefectible para el respeto a la vida personal y familiar del nacido? Ya hemos visto cómo aspectos que no están en el núcleo duro del problema han tenido su trascendencia en la práctica analizada: si la madre de sustitución está casada o no (caso alemán y uno de los casos belgas que citamos), o si la madre de sustitución había o no aportado material genético (caso suizo)...

54. En este panorama complejo no me atrevo a ir más allá de esa jurisprudencia del TEDH, tal cual la entiendo, y de reivindicar, volver a reivindicar⁹⁶, el rechazo de cualquier posición apriorística y global sobre gestación por sustitución y orden público. No solo por la cuestión técnica de verificación en concreto de cada caso. Admito teóricamente que pueda haber situaciones típicas de rechazo absoluto, pero no en los casos de gestación por sustitución. Como ante cualquier tema, el orden público podrá operar en unos casos y no en otros. Por ello, el rechazo de cualquier posición apriorística vale tanto para negar que en abstracto la filiación derivada de gestación por sustitución vulnera el orden público español como para negar que el interés superior del niño cauteriza en todos los casos la operatividad de dicho orden público. La reviviscencia de la Instrucción DGRN, 05.10.2010 con su peculiar olvido de la ausencia de contrariedad con el orden público como condición de reconocimiento no va, por exceso, en esta dirección.

55. Más allá de aquellos límites, no veo de mayor calidad la solución abierta del BGH alemán, de reconocer tal cual la filiación bilateral respecto de los dos convivientes, que la intermedia del Tribunal federal suizo, de reconocer tan solo la filiación de quien posee un vínculo biológico. Me parece menos razonada o, mejor, mal razonada, la del TS español. Pero ninguna creo que «vulnera» frontalmente las exigencias del TEDH; al menos las de las sentencias *Mennesson* y *Labassée*. La española, sin duda, no las optimiza. Además, hace una interpretación restrictiva del art. 10 de la Ley 14/2016, muy al uso de la doctrina interna española y totalmente ajena a la realidad: como ya manifesté en otro momento, no veo razón alguna para restringir la determinación de la filiación paterna al ejercicio de *acciones* de paternidad, rechazando, por ejemplo, el reconocimiento voluntario de paternidad⁹⁷. Por supuesto, reconozco que la literalidad del art. 10.3 de la Ley 14/2006 da cobertura a ese sinsentido. Porque creo que es un sinsentido: en los supuestos de gestación por sustitución con aportación de material genético del padre, la realidad de la vinculación biológica está, sin duda, mucho más acreditada que en la mayoría del resto de reconocimientos de paternidad «ordinarios». Aceptar esto, y con ello, la posibilidad de la determinación de la filiación paterna a través de un simple reconocimiento vendría a acercarnos a las soluciones francesas posteriores a la condena de Francia en *Mennesson* y *Labassée*: se admite el reconocimiento efectuado por el padre biológico (eso sí, junto a la maternidad de la madre

⁹⁶ Desde un primer momento, ÁLVAREZ GONZÁLEZ (2010, pp. 361-362).

⁹⁷ ÁLVAREZ GONZÁLEZ (2014, p. 65, nota 12).

gestante); o a la sentencia del Tribunal federal suizo. De nuevo, la reviviscencia de la Instrucción DGRN, 05.10.2010 con su peculiar exigencia de «*resolución judicial* dictada por Tribunal competente en la que se determine la filiación del nacido» tampoco va, esta vez por defecto, en esta dirección.

56. Situados en este escenario, en el que el orden público puede, aunque no necesariamente debe, erigirse en obstáculo al reconocimiento, quedaría por determinar la suerte de los interesados en aquellos casos en los que se rechaza totalmente dicho reconocimiento o en los que se produce un reconocimiento parcial. Se trata de la «reconstrucción», si es que ello es posible. Y en este terreno las posibilidades dependen, por un lado, de la concreta situación y, por otro, de las reales posibilidades de reconstrucción que ofrezca la ley del foro. De la concreta situación porque, de nuevo, lo concreto prima. Las concretas circunstancias de cada caso abrirán o cerrarán puertas: si se trata de una solicitud individual (un solo padre o una sola madre de intención) o está involucrada una pareja, del mismo sexo o de distinto sexo, casada o no casada y, en todos los supuestos, si existe o no existe un vínculo biológico con el nacido o nacidos⁹⁸. Cada caso, enfrentado ahora con un problema de ley aplicable, podrá tener una respuesta distinta y, en teoría, el orden público, como hemos visto más atrás haciéndonos eco de otras opiniones, podría llegar a ser incluso más virulento que en el momento del reconocimiento. Y digo en teoría, porque lo más probable es que en la práctica casi todo se reconduzca a las posibilidades que ofrezca el propio *Derecho sustantivo* del foro. Derecho sustantivo frente al que el orden público, simplemente, deja de existir. Los supuestos típicos parecen ir en esa dirección: los niños están en el foro (donde llegan a tener su residencia habitual) y los padres de intención normalmente tienen su residencia habitual y son nacionales del foro. Las situaciones pueden llegar a ser complicadas y los resultados de la reconstrucción (en su caso) diversos: piénsese en un supuesto en el que uno de los padres de intención tiene una vinculación biológica con el nacido, estando ambos casados. La respuesta que se me antoja mínima en el momento actual de nuestro sistema podría ser *reconocer* la filiación paterna y proceder a una eventual adopción por parte del cónyuge. Si no existe vínculo biológico con ninguno de los padres de intención defender el reconocimiento como vía necesaria es más dudoso, sean ambos dos varones, dos mujeres o una mujer sola o un varón solo. Y la posible «reconstrucción» es también más compleja, aunque podemos pensar en que los mecanismos propios a la protección de menores podrían facilitar vías de recomposición, *también según las circunstancias*. En *Paradiso* el TEDH condenó a Italia no por no reconocer los vínculos de la gestación por sustitución extranjera respecto de los padres de intención italianos (que no tenían vínculo biológico alguno con él), sino por retirar al niño de su compañía y cuidados. En el supuesto, los padres de intención habían obtenido el reconocimiento de la idoneidad para la adopción en 2006. Es posible que la situación fuese legítimamente distinta, por ejemplo, en el caso que dio origen a la *Sent. Corte di cassazione*, 26.09.2014, precedida de unos antecedentes en los que los padres de intención habían sido hasta tres veces rechazados idóneos para la adopción. Sin más datos que los proporcionados por las sentencias, es muy posible que el superior interés del niño no estuviera en formar

⁹⁸ ÁLVAREZ GONZÁLEZ (2013, p. 78).

una familia con quienes tenían «grandes dificultades en la elaboración de una sana relación adoptiva» derivadas «no tanto y no solo de la mediocredad de fundamentos culturales, sino, sobre todo, de su cerrazón emotiva e intelectual»⁹⁹. Se usó la idea de fraude a la adopción, más ¿no podría usarse la de contrariedad con el orden público italiano leído a la luz del interés superior del niño? La respuesta está en el caso concreto.

57. Y porque la respuesta está en el caso concreto, todo lo dicho no empece la posibilidad de un reconocimiento o una recomposición en ausencia de vínculo biológico entre padres de intención y nacidos. La existencia de ese vínculo descarta recurrir al orden público para negar la filiación que se corresponde con la realidad biológica (no la de intención, recordemos). Pero ello no significa que el orden público se haya de constituir en obstáculo al reconocimiento (o a la recomposición) en el resto de los casos. De nuevo me permitiré traer a colación un viejo (y creo que ilustrativo ejemplo): padre y madre californianos recurrieron a la gestación por sustitución cuando residían en su país de origen; se trasladaron posteriormente a España por motivos de trabajo y adquirieron la nacionalidad española durante la menor edad del hijo o hijos nacidos por dicha técnica; una vez españoles, incoan ante el Registro Civil un expediente sobre inscripción de nacimiento y opción a la nacionalidad española del hijo o hijos por estar sujetos a la patria potestad de un español¹⁰⁰. Añadamos ahora que ni padre ni madre tienen un vínculo biológico con el hijo o hijos. Se me puede objetar que se trata aquí de recibir una situación nacida puramente nacional, que la vinculación con España no es la misma, que si orden público de proximidad, que si tal, que si cual... y sin duda es una objeción seria¹⁰¹ que ha sido destacada en alguno de los supuestos analizados¹⁰². Pero también podría argumentarse que los intereses implicados son poco proclives a ese discurso: la dignidad de la madre gestante, la dignidad de los hijos, el supremo interés de los niños¹⁰³. Obviamente, entre este supuesto y otro en el que el orden público pudiera suponer un obstáculo evidente, habrá toda una constelación de supuestos intermedios. La respuesta estará en el caso concreto.

58. Por último, me gustaría hacer una especie de enmienda que no es a la totalidad pero que considero pertinente, junto con dos alternativas. Es realmente difícil remar a contracorriente cuando el tema que nos ocupa está absolutamente presidido por el interés superior del niño. El «orden público» y el «interés superior del niño» (o del menor, según las versiones) constituyen una pareja habitual tanto en la normativa de origen interno como convencional y europea. Mas lo cierto es que si enfocamos el tema desde la estricta perspectiva del vínculo de filiación (tanto a través del reconocimiento cuando de la reconstrucción) creo que se trata de un elemento distorsionador. Pensemos en el caso de la

⁹⁹ PRETELLI (2015, núm. 3).

¹⁰⁰ ÁLVAREZ GONZÁLEZ (2010, p. 358).

¹⁰¹ QUIÑONES ESCÁMEZ (2009, p. 16 o 23, entre otras muchas) que ve en esta mayor o menor proximidad una de las claves del reconocimiento.

¹⁰² Como hemos dicho, se consideró relevante en la resolución de la *Sent. Trib. App. de Bari, 19.02.2009* (supra nota 32).

¹⁰³ FERNÁNDEZ ROZAS y SÁNCHEZ LORENZO (2016, p. 168).

citada *Sent. Trib. App. de Bari, 19.02.2009*, dictada cuando los niños tenía la 12 y 9 años, respectivamente. ¿Puede realmente defenderse que la solución habría de ser distinta en cada caso si tuviesen 20 y 17? Si se tratase solamente de la filiación de un nacido mediante gestación por sustitución de 25 años, ¿seguiría siendo tan importante el interés superior del niño?

60. Si se quiere introducir un elemento sustantivo, ahí está el *favor filii*, que no tiene en cuenta la edad, porque hijos los hay de todas las edades, y que tiene manifestaciones claramente orientadas hacia el establecimiento de la filiación en detrimento de su no establecimiento. El nuevo art. 9.4 del Código civil es un ejemplo. Ciertamente, el *favor filii* dista de tener la fuerza y la contundencia del supremo interés del niño. Es más contingente y, si se me permite, más discutible en los términos de *favor filiationis* que ahora manejamos.

61. También puede valorarse la idea de continuidad; de la identidad única, que algunos de los autores aquí citados esgrimen como *derecho* y que la *Corte de cassazione* italiana elevó a la categoría de «*derecho fundamental* a la conservación del estatus legítimamente adquirido en el extranjero». Como en el caso del *favor filii*, hay efectivamente que reconocer su importancia. En la *Sent. BGH, 10.12.2014* aparece nítidamente bajo la idea de evitar situaciones claudicantes. Es un objetivo consustancial al DIPr en el que los derechos humanos son sin duda un catalizador importante¹⁰⁴, pero también con una fortaleza relativa pues, al fin, no podemos hacer hipótesis de la cuestión cuando hablamos de orden público y gestación por sustitución. Es eso precisamente lo que nos preguntamos: si aceptamos la filiación establecida o reconocida por la ley extranjera favorable.

62. Como postrera conclusión, postrera y pobre, quizá pueda afirmarse que el orden público no es o ya no será la principal preocupación para supuestos como los analizados. Sigue poseyendo un atractivo icónico la discusión sobre la contrariedad o no con el orden público de las filiaciones (en plural) derivadas de la gestación por sustitución. Pero la idea de reconstrucción total o parcial de los vínculos familiares cuando el reconocimiento ha fallado total o parcialmente es igual de potente y gana espacio en los discursos sobre qué hacer con estos padres y estos hijos.

Hay una reflexión que me ratifica en la anterior afirmación. A pesar de los patrones comunes a los que me referí al comienzo de estas conclusiones, lo cierto es que el orden público sigue funcionando en términos locales, nacionales. Y no tengo ningún tipo de duda sobre la radical imposibilidad de conjugar satisfactoriamente todos los intereses que confluyen en los casos de gestación por sustitución desde el exclusivo punto de vista de un solo ordenamiento jurídico; desde el/un exclusivo punto de vista local, nacional.

¹⁰⁴ BOUZA VIDAL (2010, pp. 285 o 301 y 302 y ss., entre otras).

6. Tabla de jurisprudencia

Tribunal Europeo de Derechos Humanos

<i>Decisión/Fecha</i>	<i>Partes</i>
Sent. 28.06.2007 (76240/01)	Wagner and J.M.W.L c. Luxemburgo
Sent. 03.05.2011	Negreponitis Giannisis c. Grecia.
Sent. 26.06.2014, asunto 65192/11	Menesson c. Francia.
Sent. 26.06.2014, asunto 65941/11	Labassée c. Francia
Sent. 08.07.2014	D y otros c. Bélgica
Sent. 27.01.2015	Paradiso y Campanelli c. Italia
Sent. 21.07.2016, asuntos acumulados 9063/14 y 10410/14	Foulon y Bouvet c. Francia
Demanda núm. 44024/13 (pendiente)	Laborie y otros c. Francia

Tribunal de Justicia de la Unión Europea

<i>Decisión/Fecha</i>	<i>Asunto</i>	<i>Partes</i>
Sent. 02.10.2003	C-148/02	Carlos Garcia Avello contra Estado belga
Sent. 14.10.2008	C-353/06	Stefan Grunkin y Dorothee Regina Paul
Sent. 19.11.2015	C-455/15 PPU	P contra Q

Tribunales españoles

<i>Decisión/Fecha</i>	<i>Fuente</i>	<i>Ponente</i>
SJPI núm. 15 Valencia, 17.09.2010	AC 2010\1707	Illmo. Sr. D Esteban Taberbero Moreno
SAP Valencia (Sección 10.ª), 23.11.2011	AC 2011\1561	Illmo. Sr. D Carlos Esparza Olcina
SJ Social núm. 2 Oviedo, 09.04.2012	AS 2012\924	Illma. Sra. Cristina García Fernández
STSJ Madrid (Sala de lo Social, Sección 4.ª), 18.10.2012	AS 2012\2503	Illmo. Sr. D Miguel Angel Luelmo Millán
STS, 1ª, 06.02.2014	RJ 2014\833	Excmo. Sr. Rafael Saraza Jimena
Auto TS, 1ª, 02.02.2015	RJ 2015\141	Excmo. Sr. Rafael Saraza Jimena
STS, 4ª, 25.10.2016	JUR 2016\273617	Excmo. Sr. Antonio Vicente Sempere Navarro
STS, 4ª, 16.11.2016	JUR 2016\270902	Excma. Sra. Mª Luisa Segoviano Astaburuaga

Tribunales extranjeros

<i>País</i>	<i>Tribunal</i>	<i>Fecha</i>
Alemania	Sent. BGH	10.12.2014
Bélgica	Sent. Trib. de Primera Instancia de Huy	22.03.2010.
Bélgica	Sent. Trib. de Apelación de Lieja, 1 ^a Ch.	06.09.2010
Bélgica	Sent. Trib. de Apelación de Bruselas	31.07.2013
Francia	Sent. Cour d'Appel de París	15.06.1990
Francia	Sent. Cas. Civ.	31.05.1991
Francia	Sent. Cas. Civ.	17.12.2008
Francia	Sent. Cour d'Appel de París	26.02.2009
Francia	Sent. Cour d'Appel de Douai	14.09.2009
Francia	Sent. Cour d'Appel de París	18.03.2010
Francia	Sent. Cas. Civ	06.04.2011
Francia	Sent. Cas. Civ.	06.04.2011
Francia	Sent. Cas. Civ.	06.04.2011
Francia	Sent. Cas. Civ.	13.09.2013
Francia	Sent. Cas. Civ.	19.03.2014
Francia	Sent. Cour d'appel de Rennes	16.12.2014
Francia	Sent. Cas. Civ	03.07.2015
Francia	Sent. Cas. Civ	03.07.2015
Italia	Sent. Trib. App. de Bari	19.02.2009
Italia	Sent. Trib. de Nápoles	01.07.2011
Italia	Sent. Tribunal de Apelación de Campobasso	03.04.2013
Italia	Sent. Trib. penal de Milán	08.04.2014
Italia	<i>Sent. Corte di cassazione</i>	26.09.2014
Italia	<i>Sent. Corte di cassazione</i>	30.09.2016
Suiza	<i>Sent. VG St. Gallen</i>	18.08.2014
Suiza	<i>Sent. Tribunal federal</i>	21.05.2015

7. Bibliografía citada

Santiago ÁLVAREZ GONZÁLEZ (2010), «Efectos en España de la gestación por sustitución llevada a cabo en el extranjero», *AEDIPr*, t. X, 2010, pp. 339-377.

Santiago ÁLVAREZ GONZÁLEZ (2013), «Reconocimiento de la filiación derivada de gestación por sustitución», *Entre Bruselas y La Haya. Estudios sobre la unificación internacional y regional del Derecho internacional privado. Liber Amicorum Alegría Borrás*, Madrid, 2013, pp. 77-90.

Santiago ÁLVAREZ GONZÁLEZ (2014), «Surrogacy: balance de cuatro años de práctica judicial y administrativa», *La unificación convencional y regional del Derecho internacional privado*, Cristina Pellisé, ed., Marcial Pons, Madrid, 2014, pp. 61-74.

Santiago ÁLVAREZ GONZÁLEZ (2016), «Gestación por sustitución o la crisis de la autonomía del legislador de DIPr (y quizá también del legislador de Derecho civil)», *Boletim da Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra*, Vol. XCII, 2016, Tomo I, pp. 227-262.

Bertrand ANCEL (2012), «L'épreuve de vérité. Propos de surface sur la transcription des actes de naissance des enfants issus d'une gestation pour autrui délocalisée», *Le droit entre tradition et modernité. Mélanges à la mémoire de Patrick Courbe*, París, 2012, pp. 1-9.

Elisabetta BERGAMINI (2015), «Problemi di diritto internazionale privato collegati alla riforma dello status di figlio e questioni aperte», *Rivista de diritto internazionale privato e processuale*, 2015, pp. 315-348.

Sylvain BOLLEE (2014), «La gestation pour autrui en droit international privé», *Travaux du Comité français de droit international privé*, 2012-2014, pp. 215-232 (comunicación) y pp. 233-248 (debates).

Nuria BOUZA VIDAL (2010), «La globalización como factor de cambio del Derecho internacional privado», *Estados y organizaciones internacionales ante las nuevas crisis globales*, J. Martín y Pérez de Nanclares (Coordinador), AEPDIRI, Iustel, Univ. de La Rioja, Madrid, 2010, pp. 283-306.

Alfonso Luis CALVO CARAVACA y Javier CARRASCOSA GONZÁLEZ (2015), «Gestación por sustitución y Derecho internacional privado. Más allá del Tribunal Supremo y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», *CDT*, 2015, vol. 7, núm. 2, pp. 45-113.

Cristina CAMPIGLIO (2009), «Lo stato di figlio nato da contratto internazionale di maternità», *Rivista de diritto internazionale privato e processuale*, 2009, pp. 589-604.

Cristina CAMPIGLIO (2014), «Norme italiane sulla procreazione assistita e parametri internazionali: il ruolo creativo della giurisprudenza», *Rivista de diritto internazionale privato e processuale*, 2014, pp. 481-516.

Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado «The Parentage / Surrogacy Project: an updating note», (Prel. Doc. No 3 A of February 2015).

Amélie DIONISI-PEYRUSSE (2012), «La conformité à l'article 8 de la CEDH des refus de reconnaissance des situations familiales créées a l'étranger au nom de l'ordre public international», *Le droit entre tradition et modernité. Mélanges à la mémoire de Patrick Courbe*, Paris, 2012, pp. 157-177.

Konrad DUDEN (2015), *Leihmutterschaft im Internationalen Privat- und Verfahrensrecht*, Mohr Siebeck, Tübinga, 2015.

Ornella FERACI (2015), «Maternità surrogata conclusa all'estero e Convenzione Europea dei Diritti dell'uomo: riflessioni a margine della sentenza Paradiso e Capanelli c. Italia», *CDT*, Vol. 7, núm. 2, 2015, pp. 420-439.

José Carlos FERNÁNDEZ ROZAS y Sixto SÁNCHEZ LORENZO (2016), *Derecho internacional privado*, 9ª ed., Thomson Reuters, Cizur Menor, 2016.

Hugues FULCHIRON y Christine BIDAUD-GARON (2015), «Reconnaissance ou reconstruction? À propos de la filiation des enfants nés par GPA, au lendemain des arrêts Labassée, Mennesson et Campanelli-Paradiso, de la Cour européenne des droits de l'homme», *Rev.crit.*, 2015, pp. 1-42.

Susanne Lilian GÖSSL (2014), «Materiellprivatrechtliche Angleichung der personenstandsrechtlichen Eintragung bei hinkenden Statusverhältnissen», *IPRax*, 2015, pp. 273-277.

Susanne Lilian GÖSSL (2015), «The Recognition of a "Judgment of Paternity" in a Case of Cross-Border Surrogacy under German Law. Commentary to BGH, 10 December 2014, AZ. XII ZB 463/13», *CDT*, Vol. 7, núm. 2, 2015, pp. 448-465.

Dieter HENRICH (2015), «Leihmütterkinder: Wessen Kinder?», *IPRax*, 2015, pp. 229-233.

Iván HEREDIA CERVANTES (2013), «La Dirección General de los Registros y del Notariado ante la gestación por sustitución», *ADC*, tomo LXVI, 2013, fasc. II, pp. 687-715.

Patrick KINSCH (2010), «Recognition in the Forum of a Status Acquired Abroad- Private International Law Rules and European Human Rights Law», *Convergence and Divergence in Private International Law, Liber Amicorum Kurt Siehr*, La Haya y Zurich, 2010, pp. 259-275.

Patrick KINSCH (2011), «Private International Law Topics Before the European Court of Human Rights. Selected Judgments and Decisions (2010-2011)», *YPIL*, 2011, pp. 37-49.

Miguel Ángel PRESNO LINERA y Pilar JIMÉNEZ BLANCO (2014), «Libertad, igualdad, ¿maternidad? La gestación por sustitución y su tratamiento en la jurisprudencia española y europea», *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 51, 2014, pp. 9-44.

Ilaria PRETELLI (2015), «Les défis posés au droit international privé par la reproduction technologiquement assistée. À propos de deux décisions italiennes en matière de maternité de substitution», *Rev.crit.*, 2015, pp. 559-578.

Gregor PUPPINCK y Claire DE LA HOUGUE (2015), «Paradiso and Campanelli v Italy: The ECHR Validates the Sale of a Child Through Surrogacy», *Revue Lamy Droit Civil*, núm. 126, p. 41-45 (traducción del original en francés que he consultado en https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2605819).

Anna QUIÑONES ESCÁMEZ (2009), «Doble filiación paterna de gemelos nacidos en el extranjero mediante maternidad subrogada En torno a la RDGRN de 18 de febrero de 2009», *InDret*, 2009/3, pp. 1-42.

Antoon Victor Maria. STRUYCKEN (2010), «Surrogacy, a New Way to Become a Mother? A New PIL Issue», *Convergence and Divergence in Private International Law, Liber Amicorum Kurt Siehr*, La Haya y Zurich, 2010, pp. 357-372.

TEDH (2015), «Questions and Answers on the Paradiso and Campanelli v. Italy judgment (27 January 2015)», en (http://www.echr.coe.int/Documents/Press_Q_A_Paradiso_and_Campanelli_ENG.pdf).
Chris THOMALE (2015), *Mietmuttertschaft. Eine international-privatrechtliche Kritik*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2015.

Chris THOMALE (2016-a), «Anerkennung kalifornischer Leihmutterchaftsdekrete in der Schweiz», *IPRax*, 2016, pp. 177-181.

Chris THOMALE (2016-b), «Anerkennung ukrainischer leihmutterchaftsbasierter Geburtsurkunden in Italien», *IPRax*, 2016, pp. 493-498.

Arianna VETTOREL (2015), «International Surrogacy Arrangements: Recent Developments and Ongoing Problems», *Rivista de diritto internazionale privato e processuale*, 2015, pp. 523-540.