

**GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN Y ORDEN PÚBLICO INTERNACIONAL EN EL
ORDENAMIENTO JURÍDICO ITALIANO**
La última decisión de Pleno de la Corte de Casación y sus consecuencias

Vincenzo Barba

Professore Ordinario
Università degli Studi di Roma «La Sapienza»

TITLE: *Surrogacy and international public order in the Italian legal system. The last decision of the Supreme Court and its consequences*

RESUMEN: El artículo comenta la decisión de las Secciones Unidas de la Casación sobre el tema de la gestación por sustitución, tratando de identificar los puntos de fuerza y debilidad de esta decisión, ofreciendo una interpretación más general de este fenómeno en el sistema jurídico italiano. Es la ocasión para una reflexión tanto sobre el concepto de orden público internacional, como sobre el tema de la gestación por sustitución. El trabajo cuestiona la idea de que el interés superior del menor puede ser, como dice la Casación italiana, un contra-límite del orden público internacional, ya que ambos se complementan mutuamente y no se yuxtaponen. La idea de la Corte de Casación según la cual, en caso de gestación por sustitución, el reconocimiento de un título acreditativo de la filiación extranjero es siempre contrario al orden público internacional es cuestionada, ya que no convence su argumento de que no es posible ponderarla con el mejor interés del menor y, aún menos, la idea de que esta ponderación ha sido realizada, desde siempre, por el legislador. También se cuestiona la idea de que la gestación por sustitución es siempre y *a priori* contraria al orden público internacional, ya que es un fenómeno muy complejo, que requiere una evaluación muy cuidadosa de los intereses individuales, especialmente cuando se trata de una gestación por sustitución inspirada en la solidaridad gratuita.

ABSTRACT: *The essay comments on the decision of the United Sections of the Italian Cassation Court on the matter of surrogacy, trying to identify the strengths and weaknesses of this decision and offering a more general interpretation of this phenomenon in the Italian legal system. It is the occasion for a reflection both on the concept of interactional public order and on the surrogacy. The essay contests the idea that the best interest of the minor can be - as the Cassation says - a counter-limit of the international public order, since the last and the first must interpenetrate and not juxtapose. The idea of the Italian Cassation Court according to which the surrogacy is always contrary to the international public order is disputed and it is not possible a balance with the best interest of the minor, which would have been made by the legislator. The idea that surrogacy is always and a priori contrary to international public order is also disputed, more generally, since it is a very complex phenomenon that requires a very careful evaluation of individual interests, especially when it comes to of a gestation for replacement inspired by free solidarity.*

PALABRAS CLAVE: gestación por sustitución, subrogación, orden público internacional, interés superior del menor, reconocimiento de certificaciones registrales extranjeras, adopción.

KEYWORDS: *gestation by substitution, surrogacy, international public order, best interests of the minor, recognition of foreign act, adoption.*

SUMARIO: 1. LA SENTENCIA 12193/2019 DE LAS SECCIONES UNIDAS DE LA CORTE DE CASACIÓN ITALIANA Y SU POSIBLE PARADOJA. 2. LA CLÁUSULA GENERAL DE ORDEN PÚBLICO INTERNACIONAL. 2.1. *Normatividad y función axiológica del orden público*. 3. ORDEN PÚBLICO E INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR. 4. GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN Y RECONOCIMIENTO DEL TÍTULO EXTRANJERO. 5. BREVES NOTAS SOBRE LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN. BIBLIOGRAFÍA.

1. LA SENTENCIA 12193/2019 DE LAS SECCIONES UNIDAS DE LA CORTE DE CASACIÓN ITALIANA Y SU POSIBLE PARADOJA

Las Secciones Unidas de la Corte de Casación italiana¹, en la difícil sentencia bajo revisión que aquí se trata de analizar, abordan el muy delicado tema de la gestación por sustitución², e intentan analizarlo mediante un uso sabio de las cláusulas generales de orden público internacional y del interés superior del menor, con el pleno conocimiento de que esta decisión está destinada a obtener un impacto extraordinario y aplicaciones muy significativas³.

El resultado de la sentencia, de hecho, bastante obvio, es un cierre firme a la gestación por sustitución, considerada absolutamente contraria a los principios de orden público internacional e incapaz de poder salvarse mediante la ponderación con el posible interés superior del menor.

La regla del art. 12 de la Ley italiana 40/2004 (ley que regula la reproducción medicamente asistida), que condena la gestación por sustitución con una sanción penal particularmente grave, se considera expresión de un principio de orden público internacional tan importante que no puede superarse de ninguna manera, incluso si aparece en el horizonte el interés superior del menor.

Sobre la base de esta premisa, las Secciones Unidas de la Corte de Casación italiana excluyen, categóricamente, la posibilidad de que el título acreditativo extranjero, en el que resulta que el hijo nacido por una gestación por sustitución es hijo de los padres de intención (sean o no ninguno, uno o ambos también padres genéticos)⁴, pueda ser

¹ «Cass., Sez. Un., 8 de mayo de 2019, n. 12193», *La nuova giurisprudenza civile commentata* (2019), pp. 741-756, o se puede leer en este enlace: <http://www.articolo29.it/wp-content/uploads/2019/05/Cass-Civ-SS-UU-12193-2019-ARTICOLO29.pdf>.

² Esta fórmula es preferible a la, también utilizada por la Corte de Casación, de la maternidad subrogada, por el simple hecho de que en estos fenómenos nunca hay una subrogación de la maternidad. Dado que el lenguaje y, especialmente, el de los juristas nunca es ingenuo, sino que siempre es capaz de inducir elecciones, es mejor hablar de gestación por sustitución.

³ Ver, al menos, los comentarios ya hechos a esta sentencia: BIANCA (2019): 369 ss.; FERRANDO (2019): 677 ss.; DOGLIOTTI (2019): 667 ss.; SALANITRO (2019); PERLINGIERI G. (2019); RECINTO (2019). Más en general, GORGONI (2017): 230 ss.; STEFANELLI (2018): 93 ss.

⁴ En aras de la claridad, en lo siguiente utilizo la expresión «padres genéticos», para indicar el vínculo genético con el nacido, la expresión «padres biológicos» para indicar la madre que le da a luz, y la expresión «padres de intención» para indicar al sujeto que, aunque no ofrece material genético ni da a luz al nacido, tiene una relación con el hijo que es parte de su proyecto de crianza. Por lo tanto, distingo entre gestación por sustitución llamada «tradicional», en la que la madre sustituta se insemina artificialmente con los gametos masculinos de un miembro de la pareja de intención, y la gestación por sustitución llamada «gestacional», en la que la madre sustituta lleva a cabo un embarazo después de la implantación de un embrión en cuya formación ha sido una extraña. En ambos casos, la madre de gestación se considera una madre biológica, ya que completa el embarazo y da a luz al nacido. La madre

reconocido en Italia, al entender que este reconocimiento iría, siempre y, de todas formas, en contra del orden público internacional.

Según la decisión de las Secciones Unidas de la Corte de Casación, en el caso de gestación por sustitución, los únicos sujetos a los que se puede reconocer la paternidad son la madre biológica y los padres genéticos⁵, mientras que la paternidad no se puede atribuir, incluso si ésta resulta por un título acreditativo extranjero, a los padres de intención que no sean también padres genéticos.

Sin embargo, el Tribunal Supremo, aunque se exprese con tanta dureza con respecto a la gestación por sustitución, no puede pasar por alto los intereses concretos del nacido, especialmente en el caso en el que el menor ya haya establecido una relación familiar y de afecto con los padres de intención. En este sentido, afirma, adoptando una solución salomónica, pero insatisfactoria, que la paternidad se reconoce a favor del padre genético, mientras que el progenitor (padre o madre) de intención puede solicitar la adopción del hijo, en virtud del art. 44, párrafo 1, letra d) de la ley 184/1983 (esta ley regula la adopción de los menores y la disposición del artículo 44 la llamada adopción especial)⁶.

El Tribunal Supremo expresa este principio de derecho: «el reconocimiento de efectividad de un título extranjero acreditativo de la relación de filiación entre el nacido en el extranjero mediante la gestación por sustitución y los padres de intención, ciudadanos italianos, encuentra un obstáculo en la prohibición de subrogación de maternidad prevista en el art. 12, sexto párrafo, de la ley n. 40 de 2004, que puede calificarse como principio de orden público, puesto para la salvaguarda de valores fundamentales e identificativos del sistema jurídico, como la dignidad humana de la mujer y la adopción. La protección de estos valores, que no se consideran

de gestación también es madre genética en el caso de la gestación por sustitución tradicional, mientras que no lo será en el caso de la gestación por sustitución gestacional. Esto significa que los sujetos respecto a los cuales es predecible una relación de paternidad jurídicamente relevante, según la ley italiana, son diferentes en cada caso. En el supuesto de gestación por sustitución tradicional, el niño es: a) hijo biológico y genético de la madre sustituta; b) hijo genético del sujeto con cuyos gametos masculinos se formó el embrión. En el caso de gestación por sustitución gestacional, el hijo nacido es: a) hijo biológico de la madre sustituta; b) hijo genético de la mujer con cuyos gametos femeninos se formó el embrión implantado en la madre sustituta; c) hijo genético del hombre con cuyos gametos masculinos se formó el embrión implantado en la madre de gestación.

⁵ Aunque es una hipótesis poco común, no puede excluirse. Considere el caso en el que la mujer lleva a cabo el embarazo cuyo embrión está formado por gametos femeninos de otra mujer. El hijo, en este caso, es genéticamente de la madre que dio los gametos, y biológico de la madre que le dio a luz.

⁶ Sobre la inadecuación de esta solución, ver las consideraciones de FARNÓS AMORÓS (2015): 48, «El no reconocimiento de eficacia inmediata a estos acuerdos y el recurso, en su lugar, a una acción de paternidad seguida de la adopción comporta que durante un tiempo los menores sigan sin una filiación determinada, con todos los riesgos que ello implica».

irrazonablemente prevalentes comparados con el interés superior del menor, y cuya ponderación ha sido realizada directamente por el legislador, no excluye la posibilidad de conferir importancia a la relación de paternidad mediante el uso de otros instrumentos legales, como la adopción en casos particulares, previstos por el art. 44, primer párrafo, letra d) de la ley n. 184 de 1983»⁷.

Sin embargo, no se puede decir que la decisión del caso concreto sea totalmente satisfactoria por una pluralidad de razones relacionadas con el resultado final y algunos pasajes delicados del razonamiento jurídico subyacente.

Todo ello sin que se pueda dejar de tener en cuenta que esta sentencia, que también aspira a poner un cierre preciso con respecto a la gestación por sustitución, no sólo no logra marginar -como la Corte de Casación habría querido- el fenómeno, dejando abierto, por el contrario, un espacio de relevancia importante, sino que termina, incluso, creando una clara disparidad entre las parejas homo-afectivas, por un lado, y las hetero-afectivas, por el otro.

Así, en el caso de parejas homo-afectivas que recurren a la gestación por sustitución, la paternidad del nacido sólo se puede atribuir a quien es padre genético y, por lo tanto, al hombre o mujer que dio sus gametos para la formación del embrión. El otro componente de la pareja homo-afectiva no puede ser reconocido como padre del niño nacido por gestación por sustitución, incluso si éste resulta de un título extranjero (certificación registral o acto jurisdiccional). El padre que no tiene ninguna conexión genética con el nacido, es decir el padre de intención, pero que sí tiene una relación familiar con el padre genético del menor (puede ser su cónyuge, pareja de unión civil, o pareja de hecho), sólo puede devenir padre si solicita la adopción del menor a través del art. 44, párrafo 1, letra d) de la Ley 183/1984.

A este respecto, al contrario de lo que han dicho algunos⁸, me gustaría excluir la posibilidad de que se pueda plantear la hipótesis de una discriminación entre parejas homo-afectivas masculinas y femeninas, ya que, en el caso de la gestación por sustitución, es decir cuando la gestación la realiza una mujer que no es parte de la pareja, la solución será la misma en ambos casos, reconociéndose la paternidad sólo al padre genético.

Tampoco se puede afirmar que exista una gestación por sustitución en el caso de una pareja de mujeres homo-afectivas, en la que una de las dos lleva a cabo el embarazo

⁷ Es una traducción casi literal del texto de la sentencia de la Corte de Casación.

⁸ En este sentido parece orientado DOGLIOTTI (2019): 675.

con un embrión formado con los óvulos de la otra. En este caso, de hecho, no existe una gestación por sustitución, porque la mujer lleva a cabo el embarazo no por otras personas, sino por sí misma y de su pareja también⁹ y, sobre todo, porque la mujer que da a luz al hijo no tiene ninguna intención de abdicar de su función parental, sino, exactamente lo contrario, tiene la firme intención de establecer una relación afectiva con el nacido y de ser su madre.

Excluyendo, por lo tanto, una diferencia en el posible tratamiento entre las parejas homosexuales masculinas y las parejas homosexuales femeninas¹⁰, parecería plausible afirmar que la decisión en cuestión plantea un cierre definitivo con respecto a la gestación por sustitución.

De hecho, la Corte de Casación no sólo piensa que ha puesto definitivamente el fenómeno al margen del sistema jurídico italiano, sino también que ha logrado desalentar el recurso a esta técnica de procreación médicamente asistida, ya que sería incapaz de garantizar a la pareja la plena realización de su proyecto de paternidad.

¿*Quid iuris* si recurre a la gestación por sustitución una pareja heterosexual, en la que la mujer no puede, o incluso no quiere, por razones triviales, llevar a cabo el embarazo?

Piénsese en el caso de una pareja heterosexual que emplea la técnica de maternidad subrogada para llevar a cabo la gestación de un embrión formado con los gametos de la

⁹ Esto no sería suficiente para decir que hay una gestación por sustitución. De lo contrario tendríamos que pensar que siempre hay gestación por sustitución en la pareja heterosexual en la que la mujer lleva a cabo el embarazo no sólo por sí misma, sino también por su marido.

¹⁰ Cabe mencionar una sentencia muy reciente del Tribunal Constitucional italiano (Corte Cost., 23 de octubre de 2019, n. 221, en *Leggi d'Italia*) sobre el tema de las técnicas de reproducción humana asistida. La ley italiana (Ley 19 de febrero de 2004, nº 40) permite el uso de estas técnicas sólo a «parejas de sexos diferentes, casadas o de hecho, en edad potencialmente fértil, ambos vivos» (art. 5), y en caso de «esterilidad o infertilidad documentada» (art. 4). Dos tribunales italianos (Pordenone y Bolzano) pidieron que el Tribunal Constitucional evaluara la legitimidad constitucional de la ley, en la parte en que limita el acceso a estas técnicas a las parejas heterosexuales, excluyendo, de hecho, las parejas homosexuales (obviamente, de mujeres). El Tribunal Constitucional italiano rechaza la solicitud, suponiendo que «la admisión a las técnicas de reproducción de parejas homosexuales llevaría a la derrota directa de las dos ideas rectoras subyacentes al sistema esbozado por el legislador en 2004 (parejas heterosexuales y esterilidad o infertilidad)». Más allá del resultado, que me deja insatisfecho, ya que creo que habría sido conveniente permitir, como hizo el legislador español, el acceso a las mujeres a las técnicas de reproducción asistida, hay algunas afirmaciones en esta sentencia que me parecen preocupantes. En particular, es preocupante que el Tribunal Constitucional italiano siga considerando a la familia heterosexual como el único modelo de familia constitucionalmente protegido, afirmando que las parejas homosexuales constituyen sólo una formación social (como si fueran una cosa diferente de la familia), y que siga afirmando que la elección del legislador de considerar a la familia heterosexual como la más adecuada para criar a los hijos es una elección racional y razonable.

pareja (llamada, como antes se dijo, gestación por sustitución gestacional¹¹). Supónganse que la gestación tenga lugar en un país donde está permitido y que en ese país se obtenga un acto, un auto o una sentencia que declare que el nacido es hijo de los dos miembros de la pareja.

En tal caso, siguiendo el razonamiento de la sentencia de las Secciones Unidas de la Corte de Casación italiana, el título acreditativo de esta filiación, que reconoce a los dos miembros de la pareja como padres, podría ser reconocido en Italia, incluso si hay una gestación por sustitución. Dado que los dos miembros de la pareja son ambos padres genéticos del nacido, según el principio de derecho afirmado por la Corte de Casación, ellos pueden ser reconocidos como padres y la certificación registral extranjera tendrá pleno reconocimiento.

Y esto independientemente del contrato de gestación por sustitución, de las razones concretas que llevaron a la pareja a recurrir a esta técnica, de la disciplina del contrato de gestación por sustitución, de los motivos y condiciones que se aseguraron a la madre que llevó a cabo el embarazo; en resumen, independientemente de todo.

Esto podría conducir a la terrible paradoja de que, incluso en presencia de una gestación por sustitución a la que se recurra por razones triviales (porque la mujer de la pareja no quiere soportar la gestación, considerándola un esfuerzo excesivo o, peor aún, una experiencia que hay que evitar para cuidar su propio cuerpo), explotando vergonzosamente la mujer que va a llevar a cabo el embarazo (porque está en un Estado que explota a las mujeres, o porque está en una situación de extrema necesidad, o porque está en una condición de dependencia de la pareja cliente), el ordenamiento jurídico italiano debe reconocer la eficacia del título acreditativo de la filiación; y esto se debe, según el criterio de la Corte de Casación, a que ambos son padres genéticos del hijo.

Por lo tanto, llegamos a la paradoja de que, en este caso, la gestación por sustitución permite el resultado que la Corte de Casación italiana pensó que había marginado definitivamente.

Esta paradoja, creo que sugiere una revisión del caso concreto, también para verificar si no es oportuno hacer más distinciones e hilar más fino, comprobando, además, si siempre es conforme con la legalidad constitucional italiano-europea la idea de que

¹¹ Ver nota nº 4.

donde hay gestación por sustitución¹², siempre hay contrariedad al orden público internacional.

2. LA CLÁUSULA GENERAL DE ORDEN PÚBLICO INTERNACIONAL

La negación de cualquier relevancia al fenómeno de la gestación por sustitución se lleva a cabo a través de la referencia a la cláusula general del orden público¹³, de modo que la sentencia en cuestión asume una importancia significativa también a este respecto.

Desde un punto de vista teórico, a pesar de algunas opiniones contrarias, me parece que en materia de orden público esta decisión está en línea de estricta continuidad con las anteriores¹⁴ y que, en términos puramente abstractos y, por lo que concierne al concepto de orden público internacional, merece ser, tendencialmente, compartida.

Aunque la Corte no lo diga expresamente, es incuestionable que el «orden público» se considera una cláusula general¹⁵, es decir, un fragmento de una norma jurídica, caracterizada por una cierta vaguedad intencional, que depende del hecho de que su contenido se refiera a valoraciones externas.

La expresión «cláusula general» evoca, de hecho, aquella técnica legislativa por medio de la cual se inserta dentro de una norma jurídica (y, por lo tanto, la circunstancia de que es sólo un fragmento de norma¹⁶), un criterio de evaluación elástico (ej. orden

¹² CAIELLI, PEZZINI y SCHILLACI (2019): 3 ss.

¹³ Para referencias doctrinales y de jurisprudencia, v. BARBA (2018-1): 403 ss.; BARBA (2018-2): 2 ss.; PERLINGIERI y ZARRA (2019): 3 ss.; ÁLVAREZ GONZÁLEZ (2000); ÁLVAREZ GONZÁLEZ (2015); ÁLVAREZ GONZÁLEZ (2019). Se especifica que en este trabajo se omite toda referencia a la doctrina sobre el tema del orden público internacional, para la cual se hace referencia a los trabajos mencionados inmediatamente antes. Las referencias a la jurisprudencia se limitan a las mínimas esenciales, mientras que para un análisis en profundidad se vuelve a hacer referencia a los trabajos citados anteriormente.

¹⁴ Entre las más significativas, también para comprender la evolución del concepto en nuestra jurisprudencia, las siguientes decisiones: «Cass., SS.UU., 8 de enero de 1981, n. 189», en *Giustizia civile* (1982), pp. 279-282; «Cass., 1 de abril de 1993, n. 3907», en *Leggi d'Italia*; «Cass., SS.UU., 7 de julio de 1993, n. 7447» en *Rivista di diritto internazionale privato e processuale* (1994), p. 597 ss.; «Cass., 10 de marzo del 1995, n. 2788», en *Rivista di diritto internazionale* (1996), p. 1068; «Cass., 11 de noviembre de 2000, n. 14662» en *Leggi d'Italia*; «Cass., 4 de mayo de 2007, n. 10215», en *Rivista di diritto internazionale privato e processuale* (2008), p. 214 ss.; «Cass., 19 de julio de 2007, n. 16017», en *Leggi d'Italia*; «Cass. SS. UU., 5 de julio de 2011, n. 14650», en *Leggi d'Italia*; «Cass., 27 de septiembre de 2012, n. 16511», en *Corriere giuridico* (2013), p. 471 ss.; «Cass., SS.UU., 5 de julio de 2017, n. 16601», en *Leggi d'Italia*.

¹⁵ En tema de cláusula general, v., en el ordenamiento jurídico italiano, RESCIGNO (2011); RODOTÀ (1987); RODOTÀ (1987); D'AMICO (2007); D'AMICO (2011); DI MAJO (1984); BARCELLONA (2006); LUZZATTI (1990).

¹⁶ La cláusula general difiere del principio no sólo porque el último es una norma completa, que expresa la máxima realización de un valor, mientras que la primera es sólo un fragmento de una norma, es decir, una expresión de valor semántico indeterminado incluido en una norma, sino también porque en el principio siempre es cierto el parámetro de evaluación de la conducta, siendo incierto sólo su nivel de

público, buena fe, daño injusto, buen padre de familia), que se refiere a una pluralidad de otras evaluaciones.

Las Secciones Unidas de la Corte de Casación italiana reiteran que existe una diferencia entre el orden público interno y el orden público internacional, ya que el primero se detecta como un límite a la autonomía privada, mientras que el segundo se describe como un límite al reconocimiento de actos y disciplinas legales extranjeras. En consecuencia, la palabra «internacional» sólo sirve para llamar la atención del intérprete sobre su función, es decir, sirve para juzgar el reconocimiento de un acto jurídico extranjero (negocio jurídico o resolución judicial) o sobre la aplicabilidad de una ley extranjera en Italia (cuando la ley extranjera debe aplicarse con arreglo a normas de derecho internacional privado).

De aquí se desprende que el concepto de orden público internacional debe tener una extensión más limitada que la del llamado orden público interno, ya que, de lo contrario, terminaría impidiendo el reconocimiento de cualquier acto jurídico (negocio, declaraciones, certificación registral, resolución judicial) extranjero o la aplicación de cualquier ley extranjera que no tenga un contenido perfectamente correspondiente al de nuestras leyes nacionales.

Al reiterar que el adjetivo «internacional» sólo sirve para evocar la función que asume esta cláusula general, también confirma que es un concepto de derecho interno, es decir, que cada ordenamiento jurídico tiene su propio «orden público internacional», aunque no podemos omitir considerar una importante atenuación de la naturaleza exclusivamente estatal del contenido del orden público internacional bien por la influencia de los derechos humanos y su concreción por parte de TEDH, bien por el derecho europeo. Aunque podamos seguir diciendo que el contenido del orden público internacional depende de cada estado nacional, ha de reconocerse un proceso de erosión de este contenido¹⁷, y una importante intervención del TJUE que pretende

satisfacción (es decir, con qué intensidad y en qué solución se implementará en casos concretos), mientras que en la cláusula general es incierto, precisamente, el parámetro de evaluación de la conducta, a causa de la necesaria vaguedad de su contenido.

¹⁷ ÁLVAREZ GONZÁLEZ (2015): 162 ss., señala que la erosión del contenido estrictamente nacional del orden público internacional de cada EM se aprecia bajo diferentes perfiles. En primer lugar, la proliferación de cláusulas especiales de orden público, que expresan principios que inevitablemente influyen en el contenido del orden público de cada EM. En segundo lugar, la doctrina de la TJ, que, aunque afirma la competencia exclusiva de cada EM para determinar el contenido de su orden público internacional, ha afirmado su competencia para controlar los límites dentro de los cuales los tribunales de cada EM pueden utilizar este concepto para evitar la aplicación de una ley extranjera o el reconocimiento de un acto extranjero, llegando, en algunos casos, a afirmar que el reconocimiento de un acto extranjero no se podía considerar contrario al orden público internacional de aquel EM.

controlar los límites dentro de los cuales los Estados pueden recurrir a este concepto para no reconocer un acto extranjero¹⁸, o aplicar una ley extranjera.

La decisión de la Corte de Casación italiana, dentro de este marco metodológico de referencia, me parece muy significativa no sólo porque confirma un rol normativo de la cláusula general, sino también porque reafirma la diferencia entre ley y derecho, especificando que para llenar de contenido la cláusula general de orden público es necesario referirse al segundo y no a la primera.

La Corte de Casación italiana afirma este principio de derecho: «en relación con el reconocimiento de la eficacia de la certificación registral extranjera, la compatibilidad con el orden público, tal como lo exigen los artículos 64 y siguientes de la Ley 218/1995, debe evaluarse teniendo en cuenta no sólo los principios fundamentales y irrenunciables de nuestra Constitución y los consagrados en fuentes internacionales y supranacionales, sino también la forma en que ellos han sido incorporados en la disciplina ordinaria de cada uno de los institutos, así como a la interpretación de la jurisprudencia constitucional y ordinaria, cuyo trabajo de síntesis y recomposición da forma a ese derecho vigente que no puede ser ignorado en la reconstrucción de la noción de orden público, entendido este último como conjunto de los valores fundamentales e identificativos del ordenamiento jurídico en un momento histórico dado»¹⁹.

2.1. Normatividad y función axiológica del orden público

Aunque no lo diga expresamente, me parece que la Corte de Casación confirma la idea que la cláusula general y, en especial modo, la de orden público internacional, se debe concretar haciendo únicamente referencia a reglas y principios jurídicos. En un sistema legal como el nuestro, caracterizado por una jerarquía y complejidad de las fuentes de producción normativa, debería excluirse que el intérprete pueda basarse en valoraciones fundadas en normas sociales²⁰, o en normas morales²¹, o en la conciencia y creencias individuales, y afirmar que debe basarse, exclusivamente, en el sistema

¹⁸ En este sentido, STJCE de 2 de junio de 2016, Asunto C-438/14, Nabil Peter Bogendorff von Wolffersdorff; STJCE de 12 de mayo de 2011, Asunto C-391/09, Malagožata Runevic-Vardyn; STJCE de 22 de diciembre de 2010, Asunto C-208/09, Ilonka Sayn-Wittgenstein; STJCE de 14 de octubre de 2008, Asunto C-353/06, Strefan GrunKin; STJCE de 2 de octubre de 2003, Asunto C-148/02, Carlos Gracia Avello. ÁLVAREZ GONZÁLEZ (2003): 1657 ss.

¹⁹ Es una traducción casi literal del texto de la sentencia de la Corte de Casación.

²⁰ En este sentido parecen orientados: RESCIGNO (2011): 1689 ss.; DI MAJO (1984): 539 ss.; CASTRONOVO (1986); LUZZATTI (1990): 302; D'AMICO (1989): 446 ss.; D'AMICO (2007): 429 ss.

²¹ MAZZAMUTO (2011).

jurídico²², sin preocuparse de que esto impida la evolución del sistema²³, o de que determine la confusión entre órgano de producción y de aplicación normativa²⁴. Plantear la hipótesis que la cláusula general se refiere al orden moral o al orden social corre el riesgo de que penetren en el sistema jurídico contenidos diferentes de los que el orden legal prescribe exactamente, así como de introducir una evaluación subjetiva, de enfoque iusnaturalista, que, como depende de la concepción de cada intérprete sobre la moral o lo social, es difícil de disputar, aunque puede ser más o menos fácilmente predecible. Después de todo, la concreción de la cláusula general no puede, en ningún caso, oponerse a los principios normativos, incluso si estos últimos ya no corresponden, en un momento histórico dado, a la conciencia social o moral común de los ciudadanos²⁵.

Además, la Corte de Casación afirma la distinción entre ley y derecho, especificando que para llenar de contenido la cláusula general no basta con referirse únicamente a los textos de la ley, sino que debe tenerse en cuenta su interpretación y aplicación. Desde este punto de vista, marca una superación definitiva del «legalismo» más

²² En este sentido, la investigación aguda de BARCELONA (2006): 25 ss.

²³ En esta perspectiva, no se comparte la idea de que la referencia a principios y valores normativos pueda impedir a la cláusula general cumplir con su función de permitir que el sistema jurídico evolucione. Por el contrario, los principios y valores normativos de un ordenamiento dado, que expresan el proyecto dirigido a la sociedad, por un lado, garantizan la capacidad del sistema legal de adaptarse a los cambios socio-económicos y ofrecer una solución al caso concreto, que es adecuada y razonable y, por otro, permiten la controlabilidad de la decisión judicial, ya que admiten verificar, sobre la base del sistema normativo, cuándo el juez ha llevado a cabo correctamente la actividad de concreción de la cláusula general, y cuando no. Así, también, Cass., 22 de octubre de 1998, n. 10514, in *Foro it.*, 1999, I, p. 189.

²⁴ El riesgo de que una técnica legislativa que se vale mucho de las cláusulas generales termine causando una confusión entre el órgano de producción y el órgano de aplicación normativas o, en otras palabras, que el sistema esté sujeto a un poder del juez que se expone a una imprevisibilidad de la decisión, se supera cuando, de acuerdo con una perspectiva constitucional-positivista, se entienda que cada sistema jurídico expresa sus principios y valores, que estos últimos son normativos y que el órgano de aplicación (sea el juez, el notario, abogado o el simple ciudadano), se sirva de ellos para concretar las cláusulas generales. En esta perspectiva, la cláusula general no es sólo un instrumento fundamental e indispensable que permita la defensa de las reglas y la ponderación de los principios, sino también un instrumento para controlar la decisión judicial, ya que permite verificar si la decisión es adecuada y correcta y si la concreción de la cláusula general resulta conforme al sistema jurídico, o sea, a sus principios y valores. Afirmar que debe llevarse a cabo sobre la base del contenido de otras normas, sin trascender a las evaluaciones sociales o morales, no pretende subestimar el difícil problema conceptual de la relación interpretativa entre derecho y moral en el estado constitucional del derecho.

²⁵ Piénsese el caso de la unión civil entre personas del mismo sexo. Hasta la introducción en Italia de la ley sobre las uniones civiles (L.76/2016), el matrimonio homosexual, aun celebrado en un país que lo admitiese, no podía explicar ningún efecto, reconociendo sólo los efectos establecidos por la pareja de hecho (por ejemplo, no podían gozar, mutuamente, de los derechos hereditarios). No era posible aplicar ninguna ley extranjera que lo permitiera, como la española, incluso si la conciencia moral y social del pueblo italiano hubiese superado, desde hace mucho tiempo, este prejuicio cultural y ya considerase este matrimonio plenamente aceptable desde un punto de vista social o moral.

estricto²⁶, moviéndose en la perspectiva contemporánea orientada a afirmar el valor cultural del derecho²⁷. En este contexto, la interpretación conforme a la Constitución no expresa un tipo de interpretación, sino que, más simplemente, reafirma el carácter sistemático y axiológico de la interpretación, demostrando la superación definitiva del método de interpretación gradual²⁸ propuesto en el artículo 12 de las Disposiciones Generales²⁹, y justificando la afirmación de que cada interpretación es intrínsecamente analógica.

La cláusula general, ya que tiene que considerar el derecho y no sólo la ley, se caracteriza por su relatividad e historicidad, dado que su contenido está destinado a cambiar con el cambio no sólo de los principios, sino también de la forma en que estos principios son entendidos e interpretados por la jurisprudencia ordinaria y, sobre todo, constitucional.

Por último, la sentencia confirma que la cláusula de orden público internacional funciona como *límite concreto posterior y negativo* y que tiene una *función axiológica*.

Lo que está sujeto a un control de conformidad con el orden público internacional no es la norma o el acto extranjero considerados de forma abstracta, sino que las normas aplicables al caso concreto, es decir, la disciplina que, concretamente, regula el caso concreto si se aplica la norma extranjera o si se reconoce la eficacia del acto extranjero³⁰.

²⁶ La exaltación de la interpretación literal y la certeza del derecho, como expresiones del legalismo y del formalismo más estricto, son absolutamente disonantes en el actual sistema jurídico constitucional italiano. Cabe considerar las reflexiones de PUNZI (2016): 81 ss.

²⁷ Sobre la interconexión entre el derecho y la cultura, FALZEA (1996): 396 ss., «il diritto fa parte dell'insieme di valori spirituali delle società umane ed è a questo titolo fenomeno culturale [...] E adesso ben chiaro che il diritto, del quale abbiamo con insistenza ricordato i caratteri associati della spiritualità e della socialità, È un fenomeno culturale e non è intellegibile fuori dalla dimensione culturale delle società umane». GROSSI (2003): 36; PERLINGIERI P. (2011): 136; RODOTÀ (2012): 3091 ss. Desde una perspectiva más filosófica, DE STEFANO (1954); DE STEFANO (1963).

²⁸ Así, PERLINGIERI P. (1975); PERLINGIERI P. (1985).

²⁹ Es una ley autónoma aprobada junto con el Código Civil y denominada «disposición sobre la ley en general».

³⁰ Para aclarar la idea, valgan estos ejemplos. Una ley extranjera que permita el divorcio sólo a petición del marido debe considerarse abstractamente contraria a nuestro orden público internacional, porque el repudio de la esposa es contrario no sólo al principio de igualdad, sino también al principio de la dignidad de la persona humana. Esto no significa que un acto de repudio hecho según esta ley no pueda reconocerse nunca en un caso concreto. Si en un caso concreto, a la atención del juez, el reconocimiento del acto de repudio constituyera el instrumento mediante el cual la mujer pudiera liberarse inmediatamente del peso de un vínculo matrimonial insoportable y causa para ella de gran sufrimiento, no se puede excluir que en el específico caso concreto el reconocimiento de este acto resulte compatible con el orden público internacional. Del mismo modo, una ley de un país musulmán que permita la

Por último, la excepción de orden público tiene una función *axiológica*, ya que el intérprete está llamado a verificar si la disciplina del caso concreto responde a los principios fundamentales de nuestro sistema jurídico, asumiendo conciencia de que la interpretación-aplicación de la ley es un procedimiento unitario y complejo con el fin de identificar el conjunto de las normas que deben aplicarse al caso concreto.

3. ORDEN PÚBLICO E INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR

Lo que convence mucho menos en la decisión de las Secciones Unidas de la Corte de Casación italiana es la yuxtaposición de «orden público internacional» e «interés superior del menor».

Al leer la sentencia, parece, de hecho, que el primero puede y/o debe funcionar como un contra-límite al segundo, de tal manera que es necesario verificar si la oposición al orden público internacional puede ser superada por el interés superior del menor³¹.

Este hipotético contraste es resuelto por la Corte de Casación de modo excesivamente contundente. De hecho, afirma no sólo que la gestación por sustitución es una práctica contraria al orden público internacional, sino también que esta oposición no puede ser superada sustancialmente en ningún caso, ni siquiera invocando el interés superior del menor. La Corte de Casación hace esta ponderación de tipo definitivo³² entre el orden público internacional y el interés superior del menor, amparándose detrás de una supuesta elección legislativa y asumiendo que este equilibrio ya lo lleva a cabo el legislador.

Según la Corte de Casación: «junto a los casos en los que la ponderación de los principios compete al juez, hay casos en los que la evaluación comparativa de los intereses está realizada directamente por la ley, como sucede, por ejemplo, con la prohibición de desconocimiento del nacido en caso de fecundación heteróloga, mientras que en otros casos el legislador impone, por el contrario, el inevitable reconocimiento de la verdad con prohibiciones como la de la maternidad subrogada, confirmando que en este último caso el interés por la verdad tiene, también, carácter público, ya que está relacionado con una práctica que ofende de manera intolerable la

poligamia, aunque abstractamente considerada, es contraria a un principio de orden público internacional, en casos específicos podría aplicarse. El juez, por ejemplo, podría reconocer como válido el matrimonio de un polígamo, si este reconocimiento fuera indispensable para decidir sobre el derecho del hijo a exigir el mantenimiento por parte del padre o el derecho a una pensión en favor de la mujer.

³¹ Véase, LUCCHINI GUASTALLA (2017): 1722 ss.

³² Sobre los dos tipos de ponderación – es decir, la ponderación definitoria y la ponderación caso por caso- véase NIMMER (1968): 935 ss.; SCACCIA (1998): 3953 ss.; PINO (2003): 577 ss.; PINO (2007).

dignidad de la mujer y socava profundamente las relaciones humanas, razón por la cual está prohibida por la ley»³³.

Este pasaje argumentativo de la decisión, más allá de su falta de claridad, no puede ser compartido, al menos por dos razones diferentes.

La primera, porque no es convincente que el interés superior del menor deba yuxtaponerse al orden público internacional, ya que, desde mi punto de vista, el primero es en sí mismo una cláusula general que contribuye a la identificación del orden público internacional³⁴ y no una especie de meta-principio que funcione como un contra-límite del otro.

La segunda, porque no es convincente que se trate de una ponderación definitiva³⁵ ya realizada por el legislador y con respecto a la cual no es posible una evaluación diferente³⁶.

Los dos perfiles están íntimamente relacionados, de modo que la crítica debe llevarse a cabo conjuntamente, con la plena conciencia de que, si el interés superior del menor no se yuxtapone al orden público internacional, sino que contribuye a concretar su significado, ni siquiera es plausible que exista un equilibrio fijado *ex ante*, una vez por todas.

Si bien es cierto que el orden público internacional es una cláusula general que opera como un límite negativo, con una función axiológica y de control, es indudable que asume una función decisiva en la identificación de la disciplina del caso concreto.

La excepción del orden público internacional se resuelve, de hecho, en una técnica argumentativa de ponderación que, en el conflicto entre las normas aplicables al caso concreto según la ley italiana³⁷ y las normas aplicables al caso concreto según la ley extranjera, da prevalencia a una de las dos, sin que las recesivas sean declaradas

³³ Es una traducción casi literal del texto de la sentencia de la Corte de Casación.

³⁴ Así, claramente y de forma ampliamente compartible, BIANCA (2019): 370, «non sono convinta che l'ordine pubblico che qui si afferma si ponga in competizione e quindi in contrasto con il *best interests* del minore nato da surrogazione di maternità, anche perché ritengo che il superiore interesse del minore, sebbene concetto indeterminato, sia esso stesso principio di ordine pubblico». También, SENIGAGLIA (2017): 983 ss.

³⁵ Ver nota nº 32.

³⁶ Así, PERLINGIERI G. (2019): 343 ss.

³⁷ Utilizo el adjetivo «italiana» para referirme al sistema jurídico ítalo-europeo, como un sistema de fuentes legales complejo y abierto.

inválidas y asumiendo que sigue siendo una ponderación caso por caso y nunca una ponderación definitiva³⁸.

El orden público internacional se convierte, por tanto, en el criterio de razonabilidad sobre cuya base se establece la jerarquía axiológica, afirmando que la aplicación de una ley extranjera o el reconocimiento de la eficacia de un acto extranjero puede y debe llegar a crear una fractura con la ley italiana, pero esta ruptura no puede ir más allá del punto en que el contraste se refiera a los principios fundamentales de nuestro sistema jurídico, que, sustancialmente, se identifican con los derechos fundamentales de la persona humana, que encuentran su expresión normativa en el art. 2 de la Constitución Italiana.

El orden público internacional es, por tanto, un instrumento de importancia fundamental para garantizar la coherencia del sistema, ya que, por un lado, permite que en nuestro ordenamiento jurídico los casos que presenten algún elemento extranjero o internacional puedan ser regulados por una ley extranjera, cuando ello implique también la validez de actos jurídicos que, de otro modo, serían inválidos (es decir, la defectibilidad de determinadas normas y principios imperativos); por otra parte, impide que se apliquen normas extranjeras cuando ellas importan una disciplina del caso concreto que no sólo contrasta con una u otra norma jurídica (regla o principio), aunque sea imperativa, sino que es contrario a los principios identificativos del sistema jurídico, que, máximamente, coinciden con los principios de protección de los derechos inviolables de la persona humana.

El orden público internacional impide que el proyecto de ley redactado en la Constitución fracase en el sentido jurídico³⁹.

La excepción de orden público es una cláusula general que sirve para evitar el fracaso jurídico y que se otorgue un derecho contrario a sus propios principios fundamentales e irrenunciables; que se otorgue un derecho que deje de poner en primer plano a la persona humana y su dignidad.

³⁸ Ver nota nº 32.

³⁹ Un proyecto normativo, de hecho, puede fracasar en un sentido axiológico, si el proyecto está equivocado desde el principio (por ejemplo, la ley nazi), puede fracasar de hecho, cuando sigue siendo ineficaz, pero puede también fracasar en el sentido jurídico, cuando la ley del grado inferior ignora la del nivel superior. El fracaso axiológico y el fracaso de hecho no dependen del jurista; el fracaso jurídico sí. Esta idea se debe a GIANFORMAGGIO (1986): 165; GIANFORMAGGIO (1998): 459 ss. Véase, también, PINO, (2016): 120-123, que reconstruye y reelabora los posibles fracasos del proyecto jurídico según el pensamiento de GIANFORMAGGIO.

Desde esta perspectiva, es inevitable, pues, que el interés superior del menor haya de ser un parámetro fundamental para evaluar si el derecho extranjero puede aplicarse en el caso concreto, o si, por el contrario, debe aplicarse el derecho nacional⁴⁰.

El interés superior del menor no es un contra-límite del orden público internacional, sino un valor normativo de nuestro sistema jurídico, que debe contribuir a la concreción de la cláusula general de orden público internacional y que ayuda a identificar la misma disciplina del caso concreto.

Desde esta perspectiva, que niega en su raíz la posible yuxtaposición entre la cláusula general de orden público internacional y el interés superior del menor, también debe excluirse que exista una ponderación definitiva hecha a nivel legislativo que impida otra evaluación del intérprete. No me parece posible que, en presencia de una norma de derecho internacional privado, como la del caso que nos ocupa, el jurista deba negar *a priori* esta posibilidad, asumiendo que el legislador nacional ya ha establecido la imposibilidad de aplicar la ley extranjera o de reconocer el acto extranjero por presunta contrariedad al orden público internacional⁴¹.

Muy al contrario, la evaluación e interpretación del jurista es siempre indispensable y necesaria y, sobre todo, imprescindible para identificar la disciplina del caso concreto.

Desde un punto de vista diferente, debe observarse que cada norma jurídica hace una evaluación comparativa de los intereses en concurso, eligiendo y prefiriendo uno u otro. Sin embargo, esto no impide ni la ponderación, ni tampoco la defectibilidad de esa norma en los casos en que pueda, abstractamente, aplicarse una ley extranjera. Una cuestión es la prohibición interna, y otra diferente es la defectibilidad de esa prohibición cuando se aplica una disciplina extranjera o se postula el reconocimiento de un acto extranjero, en virtud de una norma de derecho internacional privado. El perfil es muy delicado y merece una reflexión.

⁴⁰ V. ÁLVAREZ GONZÁLEZ (2019): 6, que compatiblemente afirma: «Cuando el niño o los niños han nacido, la cuestión cambia hasta el punto de que puede existir (y de hecho existe) una discontinuidad regulativa entre los intereses tutelados *ex ante* y los tutelados *ex post*. Nos encontramos con el inefable interés del niño que se dice superior y que prevalece en caso de conflicto con el del resto de los participantes. Incluso sobre el de la madre gestante».

⁴¹ Sería diferente si hubiera una cláusula de orden público especial o una norma imperativa material. Sin embargo, en el caso que examinamos, estamos en presencia de una sola cláusula de orden público general. Sobre estas diferencias ÁLVAREZ GONZÁLEZ (2019). En el supuesto que estamos analizando las normas de referencia son los artículos 64 y siguientes de la Ley italiana n. 218/ 1995. Estas normas hacen referencia a la cláusula general de orden público internacional, ya que establecen que se puede reconocer el acto extranjero si no es contrario al orden público internacional del foro.

Para explicar mi opinión, propongo un ejemplo, intentando utilizar el mismo razonamiento y las mismas palabras usadas por la Corte de Casación.

Existe en el Código Civil italiano una regla (art. 458 c.c.), que establece la nulidad de todos los pactos sucesorios (como el art. 12, párrafo 6, de la Ley 40/2012, establece la nulidad del contrato de gestación por sustitución). Puede decirse que la norma del art. 458 del Código Civil italiano expresa un principio de orden público (ya que es una norma imperativa de prohibición), y que el legislador con esta norma ha considerado que el valor expresado por ella no prevalece irrazonablemente sobre el interés del causante en regular contractualmente su sucesión. También puede decirse que esta ponderación fue llevada a cabo directamente por el legislador.

Es necesario verificar cual es el marco aplicativo de estas afirmaciones (que tienen exactamente el mismo contenido que las que realiza la Corte de Casación en relación con la prohibición de la gestación por sustitución).

La primera conclusión es simple: todos los contratos sucesorios son nulos y no hay lugar para que el juez afirme la validez de un contrato sucesorio, al que debe aplicarse el derecho italiano.

¿Qué sucede, sin embargo, si el contrato sucesorio se rige por una ley de otro ordenamiento jurídico, en la que los pactos sucesorios son válidos y eficaces (porque, por ejemplo, se debe aplicar el Código civil catalán en virtud del Reglamento europeo 650/2012, ya que el ciudadano italiano ha celebrado el pacto cuando tenía la residencia habitual en Barcelona)?

En este caso, la jurisprudencia italiana, con una solución razonable y aceptable, establece que el contrato sucesorio es válido. Es decir, afirma que la prohibición de pactos sucesorios, según el artículo 458 del Código Civil italiano, no entra en conflicto con el principio de orden público internacional.

Si, por el contrario, la Corte de Casación hubiera razonado como lo hizo en el caso en cuestión, podría (o tendría que) haber expresado el siguiente principio de derecho: «el reconocimiento de la eficacia del contrato sucesorio extranjero se ve obstaculizado por la prohibición del artículo 458 del Código Civil italiano, que puede calificarse como principio de orden público, ya que tiene por objeto proteger valores fundamentales, como la libertad de testar. La protección de este valor se ha considerado no irrazonablemente superior al interés del difunto, en el contexto de una ponderación realizada directamente por el legislador, a la que el juez no puede sustituir su propia

evaluación del caso». En cambio, este principio nunca ha sido expresado por la Corte de Casación italiana.

Cuando existe una norma de prohibición, hay que distinguir entre los casos en que se aplica el derecho nacional y los casos en que se aplica, en virtud de una norma de derecho internacional privado, el derecho extranjero. Mientras que, en el caso de aplicación del derecho nacional, la existencia de la prohibición interna excluye la validez del acto, en el caso de aplicación del derecho extranjero es necesario comprobar si la prohibición es contraria o no al orden público internacional. La existencia de la prohibición, que expresa sin duda una elección de valores hecha por el legislador, no excluye la posibilidad de que haya que comprobar, en concreto, si la aplicación de la ley extranjera es contraria al orden público internacional⁴². Esta evaluación concreta debe llevarse a cabo, ya que nunca es posible, *a priori*, afirmar que la existencia de la prohibición constituye una ponderación ya realizada por el legislador, que impide una valoración por parte del jurista del caso concreto. Si así fuera, ya no habría margen para aplicar una ley extranjera o para reconocer la eficacia de un acto extranjero, cuando la ley italiana contuviera una norma de prohibición⁴³.

En resumen, me parece que la afirmación de una ponderación definitiva hecha por el legislador, que impide una ponderación del jurista que debe individualizar las normas aplicables al caso concreto, no puede ser compartida.

4. GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN Y RECONOCIMIENTO DEL TÍTULO EXTRANJERO

Lo que es aún menos convincente acerca de la solución ofrecida por la Corte de Casación italiana es la superposición de planes entre la perspectiva *ex ante* y *ex post* a la existencia de nacidos a través la gestación por sustitución⁴⁴. Al leer la sentencia, casi parece que la Corte de Casación italiana fue llamada a decidir sobre la validez del

⁴² Así, ÁLVAREZ GONZÁLEZ (2017): 193.

⁴³ Compartible, aunque se refiera al derecho español, la consideración de HEREDIA CERVANTES (2013): 711 ss., que distingue muy bien los casos: «que la gestación por sustitución no resulte *per se* contraria al orden público español no impide que en determinados casos el reconocimiento de relaciones de filiación establecidas en el extranjero al amparo de esta técnica sí pueda vulnerar nuestro orden público. Baste con pensar en supuestos en los que se hubiera empleado violencia contra la mujer o cualquier otro medio para forzar su voluntad. Tal y como se ha señalado desde nuestra doctrina, la clave de la defensa de los intereses en juego en los supuestos de gestación por sustitución está en establecer una regulación que impida su conculcación. El paralelismo con la adopción resulta evidente: al igual que sucede en la gestación por sustitución, la adopción puede generar un tráfico ilegítimo que menoscabe la dignidad de los niños y de sus madres, pero ello no significa que globalmente considerada sea contraria al orden público español sino únicamente, que debe ser estrictamente regulada para evitar que puedan verse vulnerados valores esenciales e irrenunciables de nuestro ordenamiento».

⁴⁴ Esta dialéctica está claramente puesta por ÁLVAREZ GONZÁLEZ (2019): 5-6.

contrato de gestación por sustitución. En realidad, la Corte de Casación tenía que limitarse a evaluar la posibilidad de reconocer la eficacia de la certificación registral extranjera, que demuestra que el hijo nacido a través de gestación por sustitución es hijo de la pareja de intención, aun cuando uno de los dos padres lo sea únicamente por intención, sin tener ningún vínculo genético con él.

Por lo tanto, en el presente caso, la validez del contrato de gestación por sustitución permanece (y debería haber permanecido) en segundo plano, ya que sólo se trataba de comprobar la eficacia de un acto extranjero que constituía un vínculo parental⁴⁵.

El interés superior del menor, en este caso, sólo tuvo una relevancia formal y no sustancial, ya que la Corte de Casación ha realizado una evaluación genérica y abstracta. Más aún, porque lejos de considerar el interés superior del menor en términos concretos, la falta de reconocimiento de eficacia del acto de nacimiento extranjero se convierte en el instrumento jurídico para rechazar el fenómeno de la gestación por sustitución.

El verdadero objetivo de la Corte de Casación, en cuyo altar ha sacrificado el interés superior del menor, sin hacer sobre el mismo una adecuada evaluación, es el desincentivo a la gestación por sustitución, afirmando que una filiación lograda mediante esta técnica de reproducción no permite establecer una relación parental, fuera del vínculo genético, entre los padres de intención y el nacido.

Se trata de un objetivo político que no tiene nada que ver con el orden público internacional y, sobre todo, con el interés superior del menor.

En mi opinión, tratar los dos casos (*ex ante* y *ex post*)⁴⁶ de la misma manera es un grave error, especialmente porque el interés superior del menor es muy diferente en ambos. Tampoco sería posible tratar todos los casos *ex post* de la misma manera, porque ha de diferenciar según el tiempo que el hijo vivió con los padres de intención. Cuanto más tiempo viva el niño con sus padres de intención y, por lo tanto, cuanto más se arraigue

⁴⁵ Se puede compartir la opinión de FARNÓS AMORÓS (2015): 37, aunque ella se refiere a una decisión del Tribunal Supremo, cuando afirma que el error fue «llevar a cabo el control del OP respecto de una determinada institución (la GS) y no respecto de los efectos que supondría la inscripción de un concreto documento extranjero en España».

⁴⁶ Así, FERRANDO (2019-1): 452; FERRANDO (2019-2): 820; PATTI (2019): 22. Claramente, ÁLVAREZ GONZÁLEZ (2017): 191, que escribe: «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».

dentro de esa familia, tanto más el interés superior del menor debería justificar el reconocimiento del acto extranjero.

Así, pensar -como concretamente lo hizo la Corte de Casación- en una solución que sea siempre universalmente aceptada, es algo irrazonable. Sobre todo, no se trata de juzgar la validez del contrato de gestación por sustitución o la posible ilicitud penal de la conducta de los padres de intención, sino de considerar la condición familiar del menor, teniendo en cuenta el respeto a su vida familiar, sus sentimientos e incluso su identidad.

A mi parecer, la evaluación del interés superior del menor, especialmente en los casos en que la relación entre el hijo y los padres de intención tiene una larga duración, no puede excluirse de antemano sobre la base de ninguna presunta ponderación -que se afirma de forma apodíctica- hecha por el legislador. Me parece, por lo tanto, que la sentencia de la Corte de Casación italiana, incluso en este sentido, merece ser duramente censurada.

Para enterarse del resultado aberrante a que conduciría la aplicación indiscriminada del principio de derecho enunciado por la Corte de Casación, se piense el siguiente caso.

Dos padres italianos que viven en un país donde es admisible la gestación por sustitución, a través de la cual nace un hijo con el que los padres viven en aquel país durante un largo periodo. Después de este largo período tienen la intención de regresar a Italia y quieren el reconocimiento del acto extranjero⁴⁷.

La aplicación a este caso del principio de derecho afirmado por la Corte de Casación conduciría, sin otra evaluación, a rechazar el reconocimiento del certificado de nacimiento formado al extranjero y, en consecuencia, el reconocimiento de la paternidad de los dos padres que criaron al niño durante mucho tiempo. Pensar que un niño que durante diez o más años ha vivido en el extranjero con sus dos padres italianos y que puede verse privado de este estatus, porque nació mediante una gestación por sustitución, me parece una solución que no puede compartirse y, sobre todo, que el interés superior del menor en este caso no puede considerarse, *a priori*, un interés socavado por el interés a la verdad biológica.

⁴⁷ Piénsese, también, el caso propuesto por ÁLVAREZ GONZÁLEZ (2010): 341 ss.: un matrimonio de nacionales americanos que se trasladan a España con sus hijos nacidos de gestación por sustitución y al cabo de unos años adquieren la nacionalidad española. Se trata del caso que dio lugar a la sentencia del Juzgado de Primera Instancias número 15 de Valencia, de 15 de septiembre de 2010 (que ordenó la cancelación de la inscripción) y la Instrucción DGRN de 5 de octubre de 2010.

En conclusión, me parece que la solución adoptada por la Corte de Casación italiana no puede ser compartida, precisamente porque no distingue entre el caso *ex ante* y el caso *ex post* y, en los casos *ex post*, no distingue según el tiempo que el menor haya vivido con los padres de intención⁴⁸. Merece ser duramente criticada porque tiene el único objetivo jurídico-político de desalentar la gestación por sustitución, descuidando los muchos problemas concretos, que por fin resuelve, rápidamente, pensando en la adopción.

Si, como dice una destacada doctrina, el interés superior del menor es el de la veracidad y certeza de su estado de filiación⁴⁹, debe considerarse que en tal caso no correspondería en absoluto al interés del niño determinar el estado de filiación con respecto a la mujer que le dio a luz, pero que nunca quiso mantener una relación con él, negando al mismo tiempo la relación parental con las personas con las que ha crecido y a las que el propio niño reconoce, con pleno respeto a su identidad, como sus padres.

Me parece que no es correcta, ni tampoco conforme al orden público internacional, una solución que, *a priori*, para punir el contrato de gestación por sustitución, niega, en raíz, el reconocimiento de la certificación registral extranjera que crea una relación parental entre el hijo y sus padres de intención.

Una cuestión es la validez del contrato de gestación por sustitución y sus efectos, y otra diferente es el reconocimiento del acto extranjero, es decir, las consecuencias,

⁴⁸ A este respecto, puede ser útil examinar el reciente caso del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 10 de abril de 2019. En particular, la Corte de Casación de Francia, utilizando el Nuevo Protocolo Adicional N. 16 del Convenio, ha solicitado, como medida de precaución, al Tribunal de Estrasburgo, un dictamen sobre la gestación por sustitución. Según el dictamen del Tribunal Europeo, el derecho al respeto de la vida privada del niño, en virtud del artículo 8 del CEDH, exige que las leyes nacionales garanticen la posibilidad de reconocimiento de una relación parental con los padres de intención indicados en el título acreditativo extranjero de esta filiación. Sin embargo, ese reconocimiento no tiene que lograrse necesariamente mediante la transcripción del título extranjero en los registros del estado civil, ya que el establecimiento de la relación de filiación también puede lograrse a través de otras instituciones, como, por ejemplo, la adopción, siempre que las modalidades previstas en la legislación nacional garanticen la rapidez y eficacia de los derechos del niño, de conformidad con su interés superior. V. los comentarios a esta decisión de GRASSO (2019): 757 ss.; FERRANDO (2019): 815 ss. Sobre la base de las consideraciones del dictamen SALANITRO (2019): 741, considera que la decisión de las Secciones Unidas de la Casación italiana es compartible, y que el interés superior del menor está adecuadamente protegido a través de la adopción especial.

⁴⁹ BIANCA (2019): 474.

mediadas e indirectas, del recurso a la gestación por sustitución, en un país donde esta práctica es legal y permitida⁵⁰.

Los dos problemas no me parece que se puedan confundir, ni superponer, y creo firmemente que el último (el reconocimiento del certificado de nacimiento extranjero) no puede, ni debe estar influenciado, de algún modo, por el primero (validez del contrato de gestación y evaluación de la conducta de los padres).

Por paradójico que parezca, se debe aceptar la idea de que, una vez que el niño haya llegado al mundo, él no puede ser perjudicado por el mero hecho de nacer de la gestación por sustitución, ni es concebible que, para castigar a los padres, podamos prejuzgar al niño. El reconocimiento no puede ser (*recte*: no debería ser) influenciado por la gestación por sustitución, cualesquiera que sean las condiciones del contrato, el tratamiento de la madre biológica o la conducta de los padres de intención. Todos estos elementos deben considerarse con el fin de evaluar la validez, la admisibilidad o el reconocimiento del contrato de gestación por sustitución, pero no para juzgar o prejuzgar el reconocimiento del certificado registral extranjero, que debería evaluarse teniendo principalmente en cuenta el interés superior del menor.

El riesgo de la solución propuesta por la Corte de Casación italiana es precisamente este: para el deseo de castigar a los padres y rechazar el contrato de gestación por sustitución, ha perdido de vista el interés superior del niño.

5. BREVES NOTAS SOBRE LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN

Según la decisión en cuestión, que recoge las palabras del Tribunal Constitucional de 2017⁵¹, la gestación por sustitución⁵² debe siempre considerarse irremediamente

⁵⁰ Comparto la idea de que sería necesario un Convenio internacional para dotar de seguridad jurídica a las filiaciones resultantes de las situaciones transfronterizas de gestación por sustitución, ALVAREZ GONZÁLEZ (2019): 71; DÍAZ FRAILE (2019): 129.

⁵¹ Corte cost., 22 de noviembre de 2017, n. 272, in *Leggi d'Italia*. Cabe señalar, sin embargo, que, aunque el Tribunal Constitucional italiano diga exactamente eso, se trata no sólo de un *obiter dictum*, sino, también, de una declaración que se hace en un contexto particular. A este respecto, vale la pena considerar que a la declaración hecha por el Tribunal sigue esta aclaración: «quanto al divieto di maternità surrogata previsto dall'art. 12 della legge 19 febbraio 2004, n. 40 (Norme in materia di procreazione medicalmente assistita), il giudice a quo ritiene che lo stesso potrebbe porsi in contrasto con i principi costituzionali, laddove riferito ad ipotesi di gestazione «relazionali» o «solidaristiche», non lesive della dignità della donna, né riducibili alla logica di uno scambio mercantile, ma caratterizzate da intenti di pura solidarietà. Tuttavia, osserva il rimettente, anche tale questione risulta estranea alla vicenda in esame, in quanto la surrogazione di maternità è avvenuta al di fuori di un contesto relazionale e non sarebbe ravvisabile una condizione di libertà della donna che ha portato a termine la gravidanza». En otras palabras, no me parece que el Tribunal Constitucional italiano haga una declaración de cierre absoluto, simplemente teniendo en cuenta la consideración realizada por el órgano jurisdiccional

contraria al orden público internacional porque ofende de manera intolerable la dignidad de la mujer y socava profundamente las relaciones humanas.

Esta consideración plantea cuestiones muy complejas y acaba por cruzarse con la muy difícil cuestión de la dignidad humana⁵³, con respecto a la cual siempre resulta muy

nacional. En la opinión de que una gestación solidaria como sustituto de una mujer es un orden de problemas muy diferente.

⁵² Es imprescindible tener en cuenta la literatura española en la materia, ya que el contenido de la sentencia italiana, que comentamos aquí, no difiere en nada de la STS núm. 247/2014 (1ª) 6 octubre 2014, aunque el texto de la ley española es parcialmente diferente del italiano, previendo expresamente cuál es el destino de los nacidos como consecuencia de la gestación por sustitución. La sentencia en cuestión establece que «el argumento no puede estimarse, puesto que la filiación cuyo acceso al Registro Civil se pretende es justamente la consecuencia directa y principal del contrato de gestación por sustitución. No puede admitirse la disociación entre el contrato y la filiación que sostienen los recurrentes. Además, es importante tomar en consideración que la ley no se limita a proclamar la nulidad de pleno derecho del contrato de gestación por sustitución. También prevé cual debe ser el régimen de la filiación del niño que sea dado a luz como consecuencia de dicho contrato: la filiación materna quedará determinada por el parto y se prevé la posibilidad de ejercicio de la acción de reclamación de paternidad respecto del padre biológico. La filiación cuyo acceso al Registro Civil se pretende es frontalmente contraria a la prevista en el art. 10 de la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida y, como tal, incompatible con el orden público, lo que impide el reconocimiento de la decisión registral extranjera en lo que respecta a la filiación que en ella se determina». Con posterioridad a esta sentencia, era de esperar que la Dirección General de los Registros y del Notariado modificara su anterior Instrucción de 5 de octubre de 2010, por la que consideraba susceptible de reconocimiento no la mera certificación registrada en el extranjero en la que se comprueba una filiación de una gestación por sustitución, sino la resolución judicial que avala el contrato de gestación por sustitución y declara establecida la correspondiente relación de filiación. En sentido contrario, la Dirección General con Circular de 11 de julio de 2014 declaró vigente la doctrina de la Instrucción DGRN de 5 de octubre de 2010, y siguió permitiendo el registro de documentos presentados en el extranjero, en presencia de una resolución judicial. Aún más recientemente, se emitió una nueva Instrucción DGRN de 14 de febrero de 2019, que establecía la posibilidad de registro incluso en ausencia de una resolución judicial; sin embargo, fue privada de su efectividad el 18 de febrero de 2019. Además, a raíz de la sentencia del Tribunal Supremo de 2014, también existe una jurisprudencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo sobre las prestaciones de maternidad/paternidad derivadas de la gestión por sustitución, que acaba por entrar en conflicto con la sentencia del Tribunal Supremo, en la que se reconoce el derecho del progenitor en cuestión a las prestaciones sociales y, por tanto, a su condición de progenitor. Por último, no podemos ignorar las decisiones de la Audiencia Provincial (SAP de Murcia 181/2019 de 31 de enero de 2019; AAP de Barcelona 6494/2018 de 16 de octubre de 2018) en las que se permite que el padre de intención adopte en caso de gestación por sustitución, incluso si el padre ya es uno de los progenitores según lo establecido en el certificado de nacimiento expedido en el extranjero. Me parece, por tanto, que la actual situación española merece la máxima atención. Para una evaluación de estos temas, ver, al menos, ÁLVAREZ GONZÁLEZ (2017): 165 ss.; ÁLVAREZ GONZÁLEZ (2016); GARCÍA RUBIO y HERRERO OVIEDO (2018): 67 ss.; BARBER CÁRCAMO (2013): 2905 ss.; CALVO CARAVACA y CARRASCOSA GONZÁLEZ (2015): 45 ss.; HEREDIA CERVANTES (2014); HEREDIA CERVANTES (2013): 687 ss.; FARNÓS AMORÓS (2015): 30 ss.; FARNÓS AMORÓS y BENAVENTE MOREDA (2015); DE VERDA Y BEAMONTE (2017): 591; QUICIOS MOLINA (2019): 4 ss.

⁵³ Es innegable que el valor normativo que inspira la filosofía del sistema jurídico italiano es la persona humana y su dignidad. Por todos, PERLINGIERI P. (2006): 566 ss. y 597 ss.; PERLINGIERI P. (1995): 84 ss.; PERLINGIERI P. (2005): 1 ss. Advierte de los riesgos a los que una teoría inspirada en el formalismo extremo puede conducir en el sistema actual de fuentes, GROSSI (2003): 48: «il formalismo legalista appariva in tutta la sua drammaticità come una scelta suicida. E, infatti, chi ha voluto con ammirevole coerenza cavalcarlo fino in fondo è giunto a posizioni dichiaratamente nichiliste». Por todos, las convincentes

problemático adoptar posiciones precisas y claras. También porque siempre es necesario distinguir la dimensión subjetiva, según la cual la dignidad coincide, sustancialmente, con el primer e indispensable atributo de la persona, de la dimensión social, según la cual la dignidad, como postulado fundamental del que deriva el mismo principio personalista, tiene valor no sólo en referencia al ser humano como tal, sino también a su vida de relación y, en general, al ser humano como hombre de la sociedad en la que vive⁵⁴.

En términos más generales, recordando la filosofía kantiana, la dignidad humana nos obliga a considerar a la persona humana como un fin en sí misma, advirtiendo que «nunca podrá ser utilizada exclusivamente como un medio».

Aunque el tema de la dignidad es indudablemente complejo y difícil de evaluar, no es difícil pensar en algunas hipótesis de gestación por sustitución en las que es muy sencillo afirmar que son contrarias al valor de la dignidad humana. A este respecto, basta pensar en los casos en que la gestación por sustitución implica una explotación de la miseria y de la pobreza de la mujer, o en los casos en que se obliga a la mujer, fuera de toda protección e información adecuadas, a renunciar a sus hijos, o cuando todo se traduce en un gran beneficio económico de un «empresario» sin escrúpulos.

Se trata de hipótesis sencillas que evocan las imágenes dramáticas de las aldeas reproductivas situadas en los países en vías de desarrollo, donde las mujeres son básicamente segregadas para «producir» hijos, destinados a ser «entregados» a las parejas que los comisionaron, y reducidas a nuevas formas de esclavitud, es decir, transformadas en máquinas de producción.

Cuando la imaginación del jurista es empujada hacia este escenario, no hay duda de que la respuesta negativa no puede retrasarse. La incompatibilidad absoluta de este fenómeno con la dignidad humana se siente no sólo en una dimensión subjetiva, sino también en la social. Sin necesidad de experimentar las más refinadas interpretaciones de la dignidad social, que condujeron a los conocidos pronunciamientos franceses⁵⁵ y europeos⁵⁶ sobre el lanzamiento de los enanos, no es posible dudar de la oposición de estas hipótesis al valor de la dignidad humana.

El jurista contemporáneo, llamado a conocer la multiforme y variada realidad, no creo, sin embargo, que pueda o deba detener su investigación aquí. De hecho, hay que

consideraciones de RESTA (2014): 3 ss.

⁵⁴ BECCHI (2009): 7 ss.; HASSEMER (2005): 125 ss.; AZZONE (2018): 75 ss.

⁵⁵ Conseil constitutionnel, Decision n. 94-343/344 DC, de 27 de julio de 1994.

⁵⁶ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Laskey, Jaggard y Brown contra Reino Unido, n. 21627/93, 21826/93 e 21974/93, de 19 de febrero de 1997.

verificar si el fenómeno de la gestación por sustitución siempre supone violación de la dignidad humana⁵⁷, y, sobre todo, si una evaluación del reproche legal del fenómeno negocial debe conducir siempre a negar la paternidad de intención.

Con respecto a este último, ya lo he dicho básicamente en las páginas anteriores, a las que sólo puedo remitirme. La evaluación del interés superior del menor, cuando el niño haya nacido y especialmente en los casos en que los padres de intención tienen una larga duración, no puede excluirse de antemano sobre la base de una presunta ponderación -que se afirma de forma apodíctica- hecha por el legislador.

Queda por verificar si el fenómeno de la gestación por sustitución siempre supone una patente y evidente violación del valor de la dignidad humana y, por lo tanto, si debe siempre considerarse ilícita.

El tema es extremadamente complejo y requiere un estudio amplio y multidisciplinario, por lo que en la economía de este trabajo será posible sólo proponer algunas pistas de reflexión⁵⁸.

En primer lugar, debemos preguntarnos si la sentencia de la Corte de Casación, en la parte en que considera que la gestación por sustitución es irremediamente contraria al orden público internacional, porque ofende de manera intolerable la dignidad de la mujer y socava profundamente las relaciones humanas, puede ser universalmente válida. Para esta evaluación, piénsese en el caso de una gestación por sustitución hecha por espíritu de generosidad y entre personas vinculadas entre sí por un vínculo emocional y/o parental.

Pensemos en el caso de dos hermanas o dos primas, una de las cuales, aunque fértil, no puede, por un problema médico, llevar a cabo un embarazo, y pensemos en el caso en el que la otra ofrece llevarlo a cabo, implantando el embrión formado por los gametos de su pariente (hermana/prima) y del marido de la última.

Postular que en este caso la gestación por sustitución ofende irremediamente la dignidad de la mujer es una conclusión que me deja muy perplejo y, más aún, me sorprende que este fenómeno pueda socavar profundamente las relaciones humanas. Por el contrario, diría que este fenómeno no sólo no ofende la dignidad de la mujer, sino que, incluso, puede fortalecer las relaciones humanas.

⁵⁷ En este sentido, DE VERDA Y BEAMONTE (2017); SALANITRO (2019): 740.

⁵⁸ El riesgo de que una reflexión sobre la gestación por sustitución y el orden público internacional sea siempre superficial es claramente advertido por ÁLVAREZ GONZÁLEZ (2017): 168, que lleva a cabo una investigación comparativa muy exhaustiva.

Esta conclusión, a mi parecer, puede preservarse también, situándose en la perspectiva que considera la dignidad humana no sólo en la dimensión subjetiva, sino también en la objetiva, y en la plena conciencia de que el valor de la dignidad no puede ser realizado por el mero hecho de que la persona haya tomado una decisión de manera libre, consciente, y voluntaria, debiendo verificar, incluso, si esa decisión no transforma a la persona, aunque sea de forma voluntaria y consciente, de fin a medio.

Aunque se trata de una evaluación abstracta y, por tanto, una evaluación que choca con todos los límites de cualquier discusión jurídica puramente teórica, me parece que la solución ofrecida por la Corte de Casación italiana debe ser replanteada y, sobre todo, que el fenómeno de la gestación por sustitución debe ser evaluado con mayor ponderación, haciendo muchas distinciones y comprobando siempre los intereses en concreto⁵⁹.

Desde otro punto de vista, no me parece que esta reflexión deba limitarse a los casos en los que exista una relación familiar entre la madre de intención y la mujer gestante, ya que puede extenderse a otros en los que la gestación por sustitución sigue inspirada en la solidaridad, aunque no exista entre ellas ningún tipo de relación parental.

Por otra parte, el hecho de que nuestro sistema jurídico permita negocios jurídicos de contenido no patrimonial, que afectan al cuerpo humano, no es nada nuevo, cuando se piensa en la disciplina de las llamadas donaciones de órganos y muestras biológicas⁶⁰.

⁵⁹ Según PERLINGIERI G. (2019): 339 ss., la prohibición de gestación por sustitución protege no sólo la dignidad de la gestante, sino también la dignidad de los menores, «l'interesse del minore a non essere oggetto di traffici giuridici, da un lato, conferma l'inderogabilità del divieto ex art. 12, comma 6, l. 40 del 2004 e, dall'altro, impone di non ridurre l'interesse dei minori al solo interesse a vedersi riconosciuto un rapporto genitoriale, pur in mancanza di un legame biologico».

⁶⁰ Entre las fuentes más relevantes, sólo por mencionar las más conocidas: art. 1 de la Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos de la UNESCO, de 4 de abril de 1997; arts. 2, 8, 9, 10, 12, 14, 15, 16 y 17 de la Declaración Internacional sobre los Datos Genéticos Humanos de la UNESCO, de 16 de octubre de 2003; la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos (2005); arts. 2, 8, 9, 10, 12, 14, 15, 16 y 17 de la Declaración de la UNESCO; Arts. 2, 5, 11, 13, 19, 20, 21 y 22 Convenio de Oviedo, 4 de abril de 1997 -Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de la Dignidad del Ser Humano en lo que respecta a las Aplicaciones de la Biología y la Medicina-ratificado en Italia por la Ley 145 de 28 de marzo de 2001; art. 3 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (Niza, 7 de diciembre de 2000); considerandos 13, 14, 16 y 18 de la Directiva 2004/23/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004; arts. 1, 2, 3, 7, 8, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 21, 22 y 23 Recomendación R(2006)4 del Comité de Ministros del Consejo de Europa de 15 de marzo de 2006; arts. 3 y 4 de la Ley nº 91 de 1 de abril de 1999 «Disposizioni in materia di prelievi e di trapianti di organi e di tessuti»; arts. 13 y 14 de la Ley nº 14 de 19 de febrero de 2004 nº 40 «Norme in materia di procreazione medicalmente assistita»; arts. 3 y 4 de la Ley nº 219 de 21 de octubre de 2005 «Nuova disciplina delle attività trasfusionali e della produzione nazionale degli

Más bien, debe decirse que ha de cambiarse radicalmente la perspectiva, asumiendo que la gestación por sustitución no puede ser objeto de un contrato, sino de un negocio jurídico de contenido no patrimonial⁶¹.

No creo que se pueda cuestionar que la gestación por sustitución deba considerarse, al menos en Italia, una prestación de contenido no patrimonial. El concepto de patrimonialidad que existe en nuestro sistema jurídico no es de naturaleza subjetiva, de tal manera que todo lo que puede ser susceptible de evaluación económica (porque hay alguien dispuesto a pagar) es, por lo tanto, patrimonial, sino de tipo objetivo, de tal manera que es patrimonial, sólo la prestación por la que la comunidad está dispuesta a pagar un precio, y no por la que sólo hay alguien dispuesto a pagar.

En este sentido, la cuestión no es tanto la nulidad del contrato, sino la imposibilidad de considerar en Italia la gestación por sustitución como una prestación hábil en una relación obligatoria y en un contrato. Esto no significa, obviamente, la exclusión *a priori* y radical de cualquier actividad comercial, sino la sola exclusión del contrato. La prestación no patrimonial, no está excluida de la negociación, sólo está confiada a la autonomía privada de contenido no patrimonial, o sea a aquella autonomía privada que está dominada por la lógica de la liberalidad. Los actos de autonomía privada de contenido no patrimonial son, básicamente, actos unilaterales, solidarios, libres y revocables. El autor debe estar plenamente informado, de modo que sea siempre perfectamente consciente del valor y significado jurídico de su acto, de su posible revocabilidad, de las consecuencias jurídicas que conlleva y de todos los recursos, protecciones y tutelas que el sistema jurídico ofrece para salvaguardar la situación existencial de la que es titular.

Me parece, pues, que la cuestión de la gestación por sustitución en Italia debe considerarse dentro de este marco y creo que, en este contexto, cuando asumimos la conciencia de su posible dimensión de solidaridad gratuita, podemos excluir que ofenda la dignidad de la mujer y que socave irremediabilmente las relaciones humanas.

emoderivati»; arts. 2, 3, 4 y 8 de la Ley nº 78 de 22 de febrero de 2006; artículo 3 del Decreto Legislativo nº 191 de 6 de noviembre de 2007; art. 6 de la Ley nº 85 de 30 de junio de 2009.

⁶¹ En Italia los negocios de autonomía privada se distinguen según su contenido. Los acuerdos de contenido patrimonial son contratos, ya que la norma del art. 1321 del Código civil italiano establece que el contrato es el acuerdo entre dos o más partes para constituir, regular o extinguir una relación jurídica patrimonial. Los acuerdos de contenido no patrimonial no pueden ser considerados contratos, ya que falta el carácter patrimonial y son llamados actos de autonomía comercial de contenido no patrimonial. Obviamente, la disciplina de los actos de autonomía privada de contenido no patrimonial es diferente de la de los contratos. Sobre este tema, véase el estudio de DI BONA (2001): 3 ss.

Por el contrario, se puede convertir en un acto de generosidad, que no es muy diferente de muchos otros y del cual el jurista contemporáneo debe asumir conciencia, evitando soluciones apriorísticas y totalizadoras, construidas bajo el falso mito de que donde hay gestación por sustitución hay también siempre una mala explotación de las mujeres y la reducción de ellas a esclavitud.

Desde otro punto de vista, resta, evidentemente, el problema de los casos en los que la gestación por sustitución ha sido objeto de un contrato en un país extranjero donde está permitido y regulado. Falta, en estos casos, la necesidad de verificar la conformidad/contradicción de este contrato con el sistema jurídico italiano.

El hecho de que exista una norma interna que prohíba el contrato de gestación por sustitución, considerado aisladamente, no basta para excluir la validez del contrato celebrado en el extranjero, aplicando una ley extranjera (según las normas de derecho internacional privado).

Confirmando las consideraciones anteriores, creo que la respuesta del sistema jurídico italiano debería ser fuertemente negativa y de rechazo en todos los casos en que la gestación por sustitución no sólo se haya producido a cambio de pago, sino, sobre todo, con violación de cualquier derecho humano de la mujer embarazada, cuando no haya habido ningún contacto o relación humana entre los padres de intención y la mujer que lleva a cabo el embarazo, cuando la mujer embarazada no pueda revocar su consentimiento, cuando la mujer se vea reducida, de forma sustancial, a un estado de esclavitud, cuando la madre de intención, aún siendo posible, no quiere el embarazo por motivos triviales.

Además, tendrían que evaluarse con mucha atención los casos en los que ninguno de los padres de intención sea, también, progenitor genético del hijo, ya que en este caso podría plantearse otra cuestión. La gestación por sustitución podría implicar el riesgo de ir en contra no tanto de la dignidad de la mujer, sino de la adopción y de sus supuestos, constituyendo el medio para eludir las normas sobre la adopción⁶².

En cambio, cuando la gestación por sustitución se realiza en un espíritu de libre solidaridad, en un contexto relacional entre los padres de intención y la mujer que lleva a cabo el embarazo, cuando hay información adecuada y la mujer embarazada conserva la capacidad de afirmar y ejercer su maternidad, cuando constituye, es decir,

⁶² Desde mi punto de vista, este es el verdadero motivo de la sentencia del TEDH de 24 de enero de 2017, *Paradiso y Campanelli contra Italia*. V. FARNÓS AMORÓS (2017): 234 ss.

un don de la vida, no creo que deba preservarse una valoración irreparablemente negativa.

Lo que es repugnante para nuestro sistema jurídico, y respecto al cual es esencial expresar un desacuerdo firme y convencido, es cualquier fenómeno de gestación por sustitución en el que la mujer se vea sustancialmente reducida a esclavitud y en el que la gestación por sustitución se convierta en una cuestión puramente económica y patrimonial⁶³ o en un medio para eludir las normas y los procedimientos de la adopción.

Tengo la impresión de que la Corte de Casación, cuando se pronunció sobre el caso comentado, tuvo ante sí un caso de este tipo y, por esta razón, ha adoptado esta posición de cierre tan firme, y que para expresar su firme desacuerdo se ha visto obligada a separar el orden público internacional y el interés superior del menor, afirmando, encima, que el interés superior del menor no dejaba espacio para ninguna otra solución.

Me parece, sin embargo, que la perspectiva debe ser sustancialmente diferente, cuando la gestación por sustitución es un acto de liberalidad. En tales casos, incluso si se trata de un contrato, creo que la evaluación de conformidad o incumplimiento de los principios y valores del sistema jurídico debe hacerse teniendo en cuenta la naturaleza no patrimonial de la prestación y, aun con todas las diferencias y precauciones necesarias, las garantías a las que, en general, nuestro ordenamiento jurídico somete el negocio jurídico de contenido no patrimonial. Cuando el negocio jurídico se inspira en la lógica de la solidaridad, la solución me parece que puede y debe ser diferente. En esta estimación, tenemos que llevar a cabo una evaluación sustancial y no formal. No importa si la gestación por sustitución ha sido objeto de un contrato, ya que es necesario verificar, en esencia, si la disciplina y las modalidades de la relación jurídica, independientemente de la estructura, realizan los intereses y las protecciones típicas del acto de autonomía privada de contenido no patrimonial.

Me parece, por tanto, que los problemas son muchos, porque hay muchos intereses de personas, y que un derecho que esté realmente al servicio de la persona humana debe evaluar más cuidadosamente los intereses realmente implicados, a la luz de los

⁶³ Comparto, aunque con matices, la idea de CERVILLA GARZÓN (2018): 38 que escribe: «se puede afirmar que una normativa que concibiera el contrato como gratuito, con finalidad terapéutica, en la que se incluyeran controles formales del consentimiento, así como una reducción del espectro de la gestante, limitando el número de gestaciones, no vulneraría nuestra Constitución, pues la dignidad de la mujer estaría salvaguardada». La autora no excluye que no sea en contra de la dignidad de la mujer, si se respetan unas cuantas garantías, ni siquiera la gestación por sustitución onerosa.

principios y valores del sistema jurídico, evitando la hipostatización de una idea de abstracta contrariedad y el recurso a las imágenes, que, si bien recuerdan realidades dramáticas, nunca pueden expresar la complejidad de los acontecimientos humanos.

BIBLIOGRAFÍA

- ALEXY, R. «Diritti fondamentali, bilanciamento e razionalità», *Ars interpretandi*, (2002), pp. 131.
- ÁLVAREZ DE TOLEDO QUINTANA, L., «El futuro de la maternidad subrogada en España: entre el fraude de Ley y el correctivo de orden público internacional», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 6 (2014), nº2, , pp. 5-49.
- ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S.: «Orden público y reconocimiento de resoluciones extranjeras: Límites a la valoración del juez nacional y orden público comunitario», *Diario La Ley* (2000), nº 5, pp 1-9.
- ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S.: «Régimen de los apellidos, doble nacionalidad, internacionalidad intrínseca del problema y derecho comunitario», *Diario La Ley* (2003), nº 5, pp. 1657-1663.
- ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S.: «Efectos en España de la gestación por sustitución llevada a cabo en el extranjero», *Anuario español de Derecho internaciona privado* (2010), nº 10, pp. 339-377.
- ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S.: «¿Orden público europeo versus orden público internacional de cada Estado?», en BOUZA I VIDAL, Nuria, GARCÍA I SEGURA, Caterina, RODRIGO HERNÁNDEZ, Angel José y PAREJA ALCARAZ, Pablo (coords.) *La gobernanza del interés público global*, XXV Jornadas de Profesores de Derecho internacional y relaciones internacionales, Tecnos, Madrid, 2015, pp. 146-181.
- ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S.: «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. 92 (2016), Tomo I, pp. 227-262.
- ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S.: «Gestación por sustitución y orden público», *InDret* (2017), pp. 165-200.
- ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S.: (2019) La relatividad esférica del orden público internacional. Una descripción básica. *En proceso de publicación. Leído gracias a la cortesía del Autor.*
- ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S.: «Nuevas y viejas reflexiones sobre la gestación por sustitución», en AA.VV., *Mujer, Maternidad y Derecho*, Tirant lo Blanch, Madrid, 2019, pp. 613-647.
- AZZONE, G. «Dignità e diritto privato», *Ragione pratica* (2018), pp. 75-98.
- BARBA, V.: «L'ordine pubblico interazionale», *Rassegna di diritto civile*, (2018-1), pp. 403-448.
- BARBA, V.: «Note minime sull'ordine pubblico internazionale», *www.articolo29.it*, (2018-2), pp. 2-11.
- BARBER CÁRCAMO, R., «La «legalización administrativa» de la gestación por sustitución en España (Crónica de una ilegalidad y remedios para combatirla)», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 89 (2013), nº 739, pp. 2905-2950.
- BARCELONA, M., *Clausole generali e giustizia contrattuale. Equità e buona fede tra codice civile e diritto europeo*, Giappichelli, Torino, 2006.
- BECCHI, P., *Il principio dignità umana*, Morcelliana, Brescia, 2009.
- BIANCA, M., «La tanto attesa decisione delle sezioni unite. Ordine pubblico versus superiore interesse del minore», *Familia*, fascicolo 3 (2019), pp. 369-385.

- CAIELLI, M., PEZZINI, B., y SCHILLACI, A., *Riproduzione e relazioni. La surrogazione di maternità al centro della questione di genere*, CIRSDe-Centro Interdisciplinare di Ricerche e Studi delle Donne e di Genere, Torino, 2019.
- CALVO CARAVACA, A. L., y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., «Gestación por sustitución y Derecho internacional privado. Más allá del Tribunal Supremo y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 7 (2015), nº 2, pp. 45-113.
- CALVO, R., *Vincoli di destinazione*, Zanichelli, Bologna, 2012.
- CASTRONOVO, C., «L'avventura delle clausole generali», *Rivista critica del diritto privato*, 1986, pp. 21 ss.
- CERVILLA GARZÓN, M. D., «Gestación subrogada y dignidad de la mujer» *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, nº 9 (2018), pp. 10-44.
- CORRAL GARCIA, E., «LOS menores nacidos mediante gestación por sustitución no pueden ser inscritos en el Registro Civil. Comentario a la STS de 6 de febrero de 2014», *Revista crítica de derecho inmobiliario*, nº 90 (2014), nº 744, pp. 1910 - 1923.
- D'AMICO, G.: «Note in tema di clausole generali», *In iure praesentia*, 1989, pp. 427-461.
- D'AMICO, G.: «Clausole generali e ragionevolezza», en AA.VV., *I rapporti civilistici nell'interpretazione della Corte costituzionale nella costruzione dell'ordinamento attuale. Principi fondamentali*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2007, pp. 429-467.
- D'AMICO, G.: «Clausole generali e controllo del giudice. *Giurisprudenza italiana*», 2011, pp. 1705-1713.
- DE LA IGLESIA MONJE, M. I., «Actualidad de la gestación por sustitución en nuestro ordenamiento jurídico. Inscripción de los hijos nacidos en el extranjero mediante dicha técnica», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 87 (2011), nº 725, pp. 1668-1677.
- DE STEFANO, R.: *Per un'etica sociale della cultura, I, Le basi filosofiche dell'umanismo moderno*, Giuffré, Milano, 1954.
- DE STEFANO, R.: *Per un'etica sociale della cultura, II, La cultura e l'uomo*, Giuffré, Milano, 1963.
- DE VERDA Y BEAMONTE, J. R., «La filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida (un análisis crítico de la experiencia jurídica española, treinta años después de la aprobación de la primera regulación legal sobre la materia)», en CONTE, G. y LANDINI, S., *Principi, regole, interpretazione, contratti e obbligazioni, famiglie e successioni. Scritti in onore di Giovanni Furguele*, Universitas Studiorum, Mantova, 2017, pp. 591-622.
- DI BONA, L., *I negozi a contenuto non patrimoniale*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 2001.
- DI MAJO, A., «Clausole generali e diritto delle obbligazioni», *Rivista critica di diritto privato*, (1984), pp. 539-571.
- DÍAZ FRAILE, J. M., «La gestación por sustitución ante el registro civil español. Evolución de la doctrina de la DGRN y de la jurisprudencia española y europea», *Revista de derecho civil*, vol. 6 (2019), nº 1, pp. 53-131.
- DOGLIOTTI, M., «Le Sezioni Unite condannano i due padri e assolvono le due madri», *Famiglia e diritto* (2019) nº 7, pp. 667-676.
- FALZEA, A., *Introduzione alle scienze giuridiche. I Il concetto di diritto*, Giuffré, 5ª ed., Milano, 1996.
- FARNÓS AMORÓS, E.: «La filiación derivada de reproducción asistida: voluntad y biología», *Anuario de derecho civil*, vol. 68 (2015), nº 1, pp. 5-61.

- FARNÓS AMORÓS, E.: *Treinta años de reproducción asistida en España: una mirada interdisciplinaria a un fenómeno global y actual*, Ministerio de Justicia, Madrid, 2015.
- FARNÓS AMORÓS, E.: «Paradiso y Campanelli c. Italia (II): los casos difíciles crean mal derecho», *Revista de Bioética y Derecho* (2017), nº 40, pp. 231-242.
- FERRANDO, G.: «Maternità per sostituzione all'estero: le Sezioni Unite dichiarano inammissibile la trascrizione dell'atto di nascita. Un primo commento», *Famiglia e diritto*, (2019-1), nº 7, pp. 677-686.
- FERRANDO, G.: «I bambini prima di tutto. Gestazione per altri, limiti alla discrezionalità del legislatore, ordine pubblico», *La nuova giurisprudenza civile commentata* (2019-2), nº 4, pp. 815-821.
- GARCÍA RUBIO, M. P., y HERRERO OVIEDO, M., «Maternidad subrogada: dilemas éticos y aproximación a sus respuestas jurídicas», *Anales de la Cátedra Francisco Suárez* (2018), nº 52, pp. 67-89.
- GIANFORMAGGIO, L.: «Sul senso della giustificazione morale e giuridica», en LECALDANO, L. G., *Etica e diritto. Le vie della giustificazione razionale*, Laterza, Roma-Bari, 1986, pp. 165 y ss.
- GIANFORMAGGIO, L.: «Certeza del diritto, coerenza e consenso. Variazioni su un tema di MacCormick», *Materiali per una storia della cultura giuridica* (1998), pp. 459-487.
- GORGONI, A., *Filiazione e responsabilità genitoriale*, Cedam, Padova, 2017.
- GRASSO, A. G., «Maternità surrogata e riconoscimento del rapporto con la madre intenzionale», *La nuova giurisprudenza civile commentata* (2019), pp. 757-770.
- GROSSI, P.: «La formazione del giurista e l'esigenza di un odierno ripensamento metodologico», *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, vol. 32 (2003), nº 1, pp. 25-53.
- GROSSI, P.: *Ritorno al diritto*, Laterza, Bari, 2015.
- HABERMAS, J., *Fatti e norme. Contributi a una teoria discorsiva del diritto e della democrazia* (1992), trad. it. DI CEPPA, L., Giuffré, Milano, 1996.
- HASSEMER, W., «Argomentazione con concetti fondamentali: l'esempio della dignità umana», *Ars Interpretandi* (2005), pp. 125-139.
- HEREDIA CERVANTES, I.: «La Dirección General de los Registros y del Notariado ante la gestación por sustitución» *Anuario de derecho civil*, vol. 66 (2013), nº 2, pp. 687-715.
- HEREDIA CERVANTES, I.: «El Tribunal Supremo y la gestación por sustitución: crónica de un desencuentro», *El notario del siglo XXI* (2014), 54.
- LUCCHINI GUASTALLA, E., «Maternità surrogata e best interest of the child», *La nuova giurisprudenza civile commentata* (2017), pp. 1722-1730.
- LUZZATTI, C., *La vaghezza delle norme. Un'analisi del linguaggio giuridico*. Giuffré, Milano, 1990.
- MAZZAMUTO, S., «Il rapporto tra clausole generali e valori», *Giurisprudenza italiana* (2011), pp. 1697-1700.
- MORENO SÁNCHEZ-MORALEDA, A., «Registro de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución y su articulación en el régimen de reconocimiento de resoluciones judiciales en el derecho internacional privado español», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 88 (2012), nº 731, pp. 1363-1394.

- MUÑOZ RODRIGO, G., «La filiación y la gestación por sustitución: a propósito de las instrucciones de la DGRN de 14 y 18 de febrero de 2019», *Actualidad jurídica iberoamericana* (2019), nº 10 bis, pp. 722-735.
- NIMMER, M. B., «The right to Speak from Times to Time: First Amendment Theory Applied to Libel and Misapplied to Privacy», *California Law Review*, vol. 56 (1968), nº 4, pp. 935-967.
- PATTI, F. P., «Riconoscimento del figlio e gestazione per altri» en AA.VV., *Treccani. Il libro dell'anno del diritto*, Istituto della enciclopedia Treccani fondata da Giovanni Treccani, Roma, 2019, pp. 21-24.
- PERLINGIERI, G.: «Interpretazione e qualificazione: profili dell'individuazione normativa», *Diritto e giurisprudenza* (1975), 826 ss.
- PERLINGIERI, G.: «L'interpretazione della legge come sistematica ed assiologia. Il brocardo in claris non fit interpretatio, il ruolo dell'art. 12 disp. prel. c.c. e la nuova scuola dell'esegesi», *Rassegna di diritto civile*, (1985), pp. 990-1017.
- PERLINGIERI, G.: «Mercato, solidarietà e diritti umani», *Rassegna di diritto civile* (1995), pp. 84-118.
- PERLINGIERI, G.: *Nozioni introduttive e principi fondamentali del diritto civile*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 2004.
- PERLINGIERI, G.: «Complessità e unitarietà dell'ordinamento giuridico vigente», *Rassegna di diritto civile* (2005), pp. 188-215.
- PERLINGIERI, G.: «Le insidie del nichilismo giuridico. Le ragioni del mercato e le ragioni del diritto», *Rassegna di diritto civile* (2005), pp. 1-9.
- PERLINGIERI, G.: *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, Edizioni Scientifiche italiane, 3ª ed., Napoli, 2006.
- PERLINGIERI, G.: «Dittatura del relativismo» e «tirannia dei valori», en TASSO, T. G., *Fatto e diritto. L'ordinamento tra realtà e norma*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 2011, pp. 127-162.
- PERLINGIERI, G.: «Ordine pubblico e identità culturale. Le Sezioni unite in tema di c.d. maternità surrogata», *Diritto delle successioni e della famiglia* (2019), pp. 337-345.
- PERLINGIERI, G.: *Ordine pubblico interno e internazionale tra caso concreto e sistema ordinamentale*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2019.
- PINO, G.: «Teoria e pratica del bilanciamento tra libertà di manifestazione del pensiero e tutela dell'identità personale», *Danno e Responsabilità* (2003), nº 6, pp. 577-586.
- PINO, G.: «Conflitto e bilanciamento tra diritti fondamentali. Una mappa dei problemi», *Ragion pratica* (2007), nº 28, pp. 255-261.
- PINO, G.: «Principi, ponderazione, e la separazione tra diritto e morale. Sul neocostituzionalismo e i suoi critici», *Giurisprudenza costituzionale*, vol. 56 (2011), nº 1, pp. 965-997.
- PINO, G.: «Aspetti notevoli della filosofia del diritto di Letizia Gianformaggio», en GIOLO, O. y PASTORE, B., *Diritto potere e ragione nel pensiero di Letizia Gianformaggio*, Jovene, Napoli, 2016, pp. 109-123.
- PUNZI, A., «Il realismo storico di Paolo Grossi e i filosofi del diritto», *Rivista italiana di filosofia del diritto*, vol 93 (2016), pp. 73-84.
- QUICIOS MOLINA, M. S., «Regulación por el ordenamiento español de la gestación por sustitución: dónde estamos y hasta dónde podemos llegar», *Revista de derecho privado* (2019), nº 103, pp. 3-46.

- RECINTO, G., «La decisione delle Sezioni unite in materia di c.d. maternità surrogata: non tutto può e deve essere 'filiazione'», *Diritto delle successioni e della famiglia*, (2019), pp. 347-354.
- RESCIGNO, P., «Una nuova stagione per le clausole generali», *Giurisprudenza italiana* (2011), 1689-1692.
- RESTA, G., *Dignità, persone, mercati*, Giappichelli, Torino, 2014.
- RODOTÀ, S.: «Il tempo delle clausole generali», *Rivista critica di diritto privato* (1987), 709-733.
- RODOTÀ, S.: «Ideologie e tecniche della riforma del diritto civile (1967)», en AA.VV., *Le prolusioni dei civilisti, vol. I (1940-1979)*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2012, p. 3091 y ss.
- SALANITRO, U., «Ordine pubblico internazionale, filiazione omosessuale e surrogazione di maternità» *La nuova giurisprudenza civile commentata* (2019), pp. 737-741.
- SCACCIA, G., «Il bilanciamento degli interessi come tecnica di controllo costituzionale», *Giurisprudenza costituzionale* (1998), pp. 3953 ss.
- SENIGAGLIA, R., «Gentiorialità tra biología e volontà. Tra fatto e diritto, esere e dover-essere», *Europa e diritto privato* (2017), nº 3, pp. 953-1011.
- SILVA-RUIZ, P. F., «Gestación subrogada (maternidad subrogada)», *Revista de Derecho privado* (2018), nº 102, pp. 19-31.
- STEFANELLI, S., «Procreazione e diritti fondamentali», en SASSI, A., SCAGLIONE, F. y STEFANELLI, S., *Le persone e la famiglia. 4. La filiazione e i minori*, Utet, Torino, 2018, pp. 93-220.
- VELA SÁNCHEZ, A. J.: «Análisis estupefacto de la Instrucción de la DGRN de 18 de febrero de 2019, sobre actualización del régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución» *Diario de la ley*, (2019), nº 9553.
- VELA SÁNCHEZ, A. J.: «Mecanismos o argumentos, en la situación jurídica actual, para inscribir la filiación derivada de convenio gestacional hecho en país extranjero», *Diario de la ley*, (2019), nº 9396.

Fecha de recepción: 07.012020

Fecha de aceptación: 24.02.2020