

GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO: PERSPETIVAS INTERNACIONAIS

Coordenadoras

MARIA JOÃO ANTUNES · DULCE LOPES





I

•

J

O presente livro foi realizado no âmbito das actividades da Área de Investigação “Risco, Transparência e Litigiosidade”, integrada no projecto «Desafios Sociais, Incerteza e Direito: Pluralidade | Vulnerabilidade | Indecidibilidade» do Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (UIDB/04643/2020).

EDIÇÃO
Instituto Jurídico
Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

CONCEPÇÃO GRÁFICA
Frases Favoritas

CONTACTOS
geral@ij.uc.pt
www.uc.pt/fduc/ij
Pátio da Universidade | 3004-528 Coimbra

ISBN
978-989-8891-95-2

DOI
https://doi.org/10.47907/clq2021_1

© ABRIL 2021

Instituto Jurídico | Faculdade de Direito | Universidade de Coimbra

GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO: PERSPETIVAS INTERNACIONAIS

Coordenadoras

MARIA JOÃO ANTUNES · DULCE LOPES

1 2 9 0



INSTITUTO JURÍDICO
FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE
COIMBRA

[ÍNDICE]

Nota Introdutória das Coordenadoras <i>Maria João Antunes – Dulce Lopes</i>	IX
Gestação de Substituição: Soluções Portuguesas numa Perspectiva Transnacional (https://doi.org/10.47907/clq2021_1a1) <i>Rafael Vale e Reis</i>	1
Surrogacy: Italian Controversial Issues (https://doi.org/10.47907/clq2021_1a2) <i>Alfio Guido Grasso</i>	17
La Gestación por Sustitución en España. Aspectos Sustantivos e Internacionales (https://doi.org/10.47907/clq2021_1a3) <i>Carmen Azcárraga Monzonís</i>	43
Gestação de Substituição: Por uma Teoria a Favor do Reconhecimento da Maternidade na Defesa dos Direitos Fundamentais (https://doi.org/10.47907/clq2021_1a4) <i>Geraldo Rocha Ribeiro</i>	73

[NOTA INTRODUTÓRIA DAS COORDENADORAS]

A presente obra coletiva desponta, na sua origem, do II Colóquio sobre Gestação de Substituição, que teve lugar em 9 de abril de 2019 e a Coordenação Científica de Rui Moura Ramos, Afonso Patrão e Dulce Lopes. No entanto, até ao momento da presente publicação observou-se uma evolução assinalável em matéria de consideração e tratamento internacional do fenómeno da gestação de substituição, o que motivou a presente obra coletiva e a recolha de artigos que refletissem, de forma profunda, o desenvolvimento da legislação, doutrina e, sobretudo, jurisprudência sobre gestação de substituição.

Esta é uma área em que se mostra a clara intersecção entre direito internacional público, direito internacional privado e direito constitucional, bem como as tensões entre a fragmentação dos estatutos nacionais e a desejada continuidade e estabilidade das situações jurídicas internacionais, sobretudo em nome da protecção dos direitos fundamentais das crianças.

É por isso um desafio aos limites do direito que se integra inequivocamente no projeto estratégico do Instituto Jurídico e para cujo debate esperamos que a presente Obra Coletiva possa contribuir.

*Maria João Antunes
Dulce Lopes*

GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO: SOLUÇÕES PORTUGUESAS NUMA PERSPECTIVA TRANSNACIONAL

(https://doi.org/10.47907/clq2021_1a1)

RAFAEL VALE E REIS

I. O difícil caminho da gestação de substituição: das Escrituras ao «*Baby M*» e ao «*Baby Gammy*»¹

Tal como sucede com outros domínios da Procriação Medicamente Assistida (PMA), a gestação de substituição apresenta-se como fenómeno simultaneamente antigo e hodierno. Mais: nem sequer se pode considerar um assunto exclusivamente ligado ao auxílio médico à reprodução humana.

Sendo até um tema bíblico², a verdade é que a sua vertente moderna foi acentuada no último quartel do Século XX, uma vez que, por

¹ O presente texto corresponde ao guião que serviu de orientação para o seu autor proferir a palestra, no dia 9 de Abril de 2019, no II Colóquio Gestação De Substituição: Perspetivas Internacionais. Não pretende, assim, apresentar, em notas de pé de página, uma lista completa, muito menos exaustiva, das referências bibliográficas sobre o tema da *gestação de substituição*. No final, porém, será apresentada uma lista, também ela não exaustiva, de algumas das principais referências que auxiliaram as reflexões que o texto apresenta.

² Lê-se no Livro do Génesis que «Sarai, mulher de Abraão, que não lhe dera filhos, tinha uma escrava egípcia, chamada Agar. Sarai disse a Abraão: «Visto que o SENHOR me tornou uma estéril, peço-te que vás ter com a minha escrava. Talvez, por ela, eu consiga ter filhos» (...) «Ele abeirou-se de Agar, e ela concebeu. E, reconhecendo-se grávida, começou a olhar desdenhosamente para a sua senhora» (...) «Abraão (...) pôs o nome de Ismael ao seu filho dado à luz por Agar. Abraão tinha oitenta e seis anos quando Agar lhe deu Ismael».

um lado, o desenvolvimento das técnicas de PMA afastou a *gestação de substituição* dos simples casos de “adultério consentido”, e, por outro, a preocupação dos ordenamentos jurídicos, por todo o Mundo, na sequência do caso Louise Brown de 1978, incluiu a *gestação de substituição* no sinuoso caminho das opções entre a “permissão” e a “proscrição” dos comportamentos dos cidadãos e dos médicos no vasto domínio da PMA.

Foi precisamente nessa altura, concretamente, na década de 80 do século XX, que ganhou fama internacional um dos casos mais conhecidos de *gestação de substituição*: o caso «Baby M»³, ocorrido nos EUA. Então, o casal Stern procurou os serviços de uma agência cuja actividade era promover contratos de gestação de substituição, tendo encontrado a Sr.a Whitehead disposta a celebrar o contrato para a entrega de uma criança, a troco de dez mil dólares. A gestante foi inseminada com esperma do Sr. Stern, mas depois do nascimento, recusou-se (e, bem assim, o seu marido) a entregar a criança, tendo o casal Stern pedido, no Tribunal de New Jersey, a execução específica do contrato. A primeira decisão foi favorável ao casal Stern, mas em sede de recurso para o Supremo Tribunal de New Jersey, em 1988, o caso teve um volte-face, pois o Tribunal decidiu que deveriam ser reconhecidos dois progenitores biológicos separados (o Sr. Stern e a Sr.a Whithead) e, ainda, uma adopção inválida por parte da Sr.a Stern. Porém, decidindo o caso, o Tribunal entendeu que o superior interesse da criança determinava que esta deveria ser entregue ao Sr. Stern, sem prejuízo dos direitos de visita da mãe.

Muitos outros casos foram sendo conhecidos e relatados, tanto no contexto de ordenamentos que passaram a aceitar a figura, quanto no quadro inverso, e sobretudo quando o casal beneficiário e a gestante entram em conflito quanto ao destino da criança, ou crianças, gerada(s).

Em 2014, foi notícia, em todo o Mundo, o caso «Baby Gammy», ocorrido na Tailândia e na Austrália. Um casal australiano, David e Wendy Farnell, contratou, a troco de dezasseis mil dólares, como gestante de substituição, a tailandesa Pattaramon Chanbua. Durante a gravidez de gémeos, descobriu-se que um deles sofria de Síndrome de

³ Oliveira, Guilherme de. (1992). *Mãe há só uma, Duas!*, Coimbra, Coimbra Editora, pp. 87 e ss..

Down, tendo o casal pedido a Chanbua, aos sete meses da gestação, que abortasse o filho doente e mantivesse a gravidez do outro bebé, uma menina. A gestante, budista, levou a gravidez por diante e deu à luz ambas as crianças, ficando com o filho doente (de nome Gammy) e entregando a menina (Pipah) ao casal^{4/5}.

O caso, mais uma vez, deu origem a uma discussão intensa em torno da gestação de substituição, tanto na opinião pública e publicada, quanto na comunidade científica.

Em particular, chamou a atenção para os problemas da facilidade de acesso, trazidos pelo baixo custo da *gestação de substituição* nos países em desenvolvimento e pela diminuição das complicações legais, sobretudo quando se faz a comparação com os *surrogacy system* dos países ditos desenvolvidos.

II. A dicotomia tradicional: o contrato é, ou não, nulo?

Mesmo depois da consagração da admissibilidade da gestação de substituição, a título gratuito, em 1985, no Reino Unido, a comunidade jurídica foi-se dividindo em dois blocos, um deles defendendo que o contrato de *gestação de substituição* só poderia ser nulo, e outro, defendendo a admissibilidade da figura (algumas vezes, até, nos casos em que o contrato é oneroso).

Guilherme de Oliveira começou por considerar os contratos inválidos⁶. Quando onerosos, seriam desde logo nulos nos termos do art. 280.º do Código Civil porque violariam a dignidade da mulher que vende a sua capacidade reprodutora e a dignidade do filho que é objecto de avaliação em dinheiro, constituindo uma ofensa à *ordem pública*. Quando gratuitos, a consequência seria também sua a nulidade mas agora por colidirem com princípios fundamentais do direito da família: nos termos do art. 1796.º do Código Civil, para a mãe, a filiação resulta do facto do nascimento, pelo que, juridicamente a mãe seria a mãe hospedeira; por outro lado, a vinculação desta (por via contratual)

⁴ Cfr. <<http://www.bbc.com/news/world-asia-28636247>> (acedido a 17/09/2014) e “BioNews 766, 11/8/2014, Sascha Callaghan and Ainsley Newson, «Surrogacy, motherhood and Baby Gammy»”, <www.BioNews.org.uk>.

⁵ A comoção internacional agudizou-se quando se descobriu que David Farnell havia sido condenado, em 1997, a três anos de prisão por crimes sexuais contra menores.

⁶ Oliveira, Guilherme de, *Mãe (...), ob. cit.*, pp. 17 e ss., em particular p. 45.

à obrigação de entregar a criança após o parto conflitua com a norma do art. 1982.º, n.º 3 do Código Civil que só considera válido o consentimento da mãe biológica para a adoção decorridas seis semanas após o parto.

Já Fernando Araújo afirmava que: a) «exploração do útero» não é necessariamente danosa; b) o argumento segundo o qual mulher que aluga o útero está em estado de necessidade “pode alastrar a todo o desempenho de tarefas que as pessoas aceitam por não serem mais ricas do que são”; c) a proscricção da conduta pode potenciar o recurso a «gestações altruísticas» num quadro familiar, com acréscimo de complicações; d) condenar o «aluguer do útero» e não a venda de esperma pode traduzir-se numa “discriminação sexista”⁷. Concluía, ainda, Fernando Araújo que “barrar o recurso ao «aluguer de útero» pode muitas vezes significar a imposição, à progenitora com problemas de fertilidade, da alternativa do recurso a técnicas de procriação que podem envolver muito maiores riscos, quer para a sua própria saúde, quer para a do ser humano a gerar (...)”⁸.

Também Vera Raposo entende que a maternidade de substituição “pode ser classificada como um *demerit good*, que a sociedade não deve proibir, mas sim regular de forma a conferir adequada protecção às partes envolvidas, particularmente à mais frágil, o feto”⁹.

À medida que alguns países foram consagrando a admissibilidade da *gestação de substituição*, as teses da nulidade dos respectivos contratos foi perdendo força, o que também se justifica pela habituação do tecido social à figura e às hipóteses de procriação que a mesma concede a certos casais inférteis (sendo certo que, num quadro de *gestação de substituição* a título oneroso, o diagnóstico de infertilidade não tem, necessariamente, de estar envolvido, o que adensa necessariamente a discussão).

Porém, a dicotomia nulidade/admissibilidade não é definitivamente arredada, mesmo nos casos em que os ordenamentos passam a admitir a *gestação de substituição*. Neste caso, sucede normalmente que a nulidade continua a ser cominada naqueles casos em que os

⁷ Araújo, Fernando. (1999) *A procriação Assistida e o Problema da Santidade da Vida*, Coimbra, Almedina, pp. 29-31.

⁸ Araújo, Fernando, *A Procriação Assistida (...)*, ob. cit., p. 35.

⁹ Raposo, Vera Lúcia. (2005). *De Mãe para Mãe – Questões Legais e Éticas Suscitadas pela Maternidade de Substituição*, Coimbra Editora, p. 141.

beneficiários se prevaleceram de um esquema de *gestação de substituição* fora do contexto legalmente prescrito, por exemplo, socorrendo-se de uma gestação de substituição “privada”, fora do sistema legal de apoio médico à PMA e sem a supervisão da entidade legalmente competente para o efeito.

III. O tema na jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem

Em todo o caso, a adopção de diferentes atitudes dos Estados em torno da gestação de substituição (uns admitindo a figura, até em contexto oneroso, outros proibindo-a) tem criado problemas que já determinaram a intervenção do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem.

Cabe aqui fazer referência aos Acórdãos *Mennesson v. France* (n.º 65192/11)¹⁰, *Labassee v. France* (n.º 65941/11)¹¹, que, não sendo os únicos sobre o tema, são particularmente demonstrativos da posição adoptada pelo Tribunal.

O casos dizem respeito a dois casais (o casal *Mennesson* e o casal *Labassee*) cujas mulheres eram inférteis. Pretendendo gerar um filho, deslocaram-se à Califórnia e ao Minnesota, respectivamente, a fim de recorrerem à gestação de substituição. Em ambos os casos, os embriões foram gerados com recurso a ovócitos e espermatozóides dos casais beneficiários, seguidamente implantados no útero da gestante de substituição, que concordou entregar as crianças após o nascimento.

Um tribunal californiano determinou, antes mesmo do nascimento, que os *Mennesson* fossem considerados o pai genético e a mãe legal, quando os filhos nascessem. A certidão de nascimento californiana mencionava, assim, como progenitores, os membros do casal beneficiário, sem qualquer referência à gestante de substituição. Idêntica decisão foi proferida por um tribunal do Minnesota no caso *Labassee*.

Apresentado o certificado de nascimento pelos *Mennesson*, em França, nos serviços de registo competentes, o Ministério Público promoveu a anulação do registo.

¹⁰ Disponível em [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"itemid":\["003-4804617-8554908"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{)>.

¹¹ Disponível em [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"itemid":\["001-145180"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{)>.

O caso acabou por subir à *Court de Cassation* em 2011, tendo sido aí rejeitada a pretensão do casal beneficiário, decidindo o Tribunal que o contrato de gestação de substituição era nulo e contrário à ordem pública (nos termos dos artigos 16-7 e 16-9 do Código Civil francês), em particular, ao princípio segundo o qual o estado civil é indisponível.

Em todo o caso, a *Court de Cassation* realçou que a anulação do registo não impedia as crianças de viver com os Mennessons e não as privava de um vínculo materno e paterno de filiação, de acordo com a lei californiana, referindo ainda que a mesma não violava o direito ao respeito à vida familiar e privada (consagrado no artigo 8.º da CEDH) ou os interesses da criança (artigo 3.º da Convenção sobre os Direitos da Criança).

No caso dos Labassees, a certidão de nascimento, emitida pelo estado do Minnesota, nunca chegou a ser registada, por tal ter sido recusado. A *Court de Cassation* proferiu uma decisão semelhante à decisão proferida no caso Mennesson.

Apreciando os casos, após os juízos da *Court de Cassation*, o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem decidiu que a ambos era aplicável o artigo 8.º da CEDH, atendendo à tutela que dele resulta quanto à *vida familiar*, na medida em que os casais beneficiários agiram como progenitores das crianças desde o nascimento, formando uma família¹². Reconheceu também uma relação directa entre a *vida privada* de crianças nascidas através da *gestação de substituição* e a determinação da sua filiação legal, referindo estar assim discutido um aspecto essencial da identidade de um indivíduo.

No que concerne ao respeito pela tutela da *vida familiar*, o Tribunal considerou que a França, no uso da sua margem de apreciação, agiu motivada por interesses legítimos, a saber, a protecção da saúde e dos direitos e liberdades de terceiros, na medida em que a sua conduta decorreu de um desejo de desencorajar os franceses a recorrer, fora da França, a uma técnica reprodutiva proibida domesticamente, assim procurando proteger as crianças e a gestante de substituição¹³. Neste ponto, a França teria mesmo uma ampla margem de apreciação, porque na esfera das decisões relativas à gestação de substituição não há consenso europeu.

¹² Cfr. no caso Mennesson, o parágrafo 45, e no caso Labassee, o parágrafo 37.

¹³ Cfr. no caso Mennesson, o parágrafo 62, e no caso Labassee, o parágrafo 54.

Porém, ao mesmo tempo, essa margem encurtava-se quando em causa estava uma questão de *estabelecimento da filiação*, um aspecto fundamental da existência ou identidade de um indivíduo¹⁴.

No que diz respeito ao direito ao respeito pela *vida familiar*, o Tribunal considerou que os recorrentes admitiram que os obstáculos causados pelo não reconhecimento das certidões de nascimento pelo Supremo Tribunal francês não eram intransponíveis, na medida em que não haviam demonstrado terem sido impedidos de gozar na França o direito ao respeito pela sua *vida familiar*¹⁵.

No que diz respeito ao direito ao respeito pela *vida privada das crianças*, o Tribunal concluiu pela violação do artigo 8º da CEDH, em face da incerteza jurídica com que as mesmas foram confrontadas aquando do não reconhecimento, na ordem jurídica francesa, do vínculo de filiação com o casal beneficiário, afectando a sua identidade, designadamente, criando incerteza quanto à obtenção da nacionalidade francesa, e também, aos seus direitos hereditários¹⁶.

Em conclusão, o Tribunal considerou que a recusa de reconhecimento legal da realidade biológica violava o superior interesse das crianças¹⁷, tendo a França excedido a margem de apreciação deixada aos Estados no âmbito das decisões relativas à gestação de substituição¹⁸.

Entendo que desta jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem pode retirar-se que a Convenção não permite, no contexto da *gestação de substituição*, que a atribuição da maternidade, por um Estado, à mulher beneficiária, seja posteriormente contrariada pelas autoridades de outro Estado, com fundamento do não reconhecimento da figura da *gestação de substituição* pelo ordenamento jurídico desse segundo Estado¹⁹.

¹⁴ Cfr. no caso *Mennesson*, os parágrafos 77-80, e no caso *Labassee*, os parágrafos 56-59.

¹⁵ Cfr. no caso *Mennesson*, os parágrafos 92-94, e no caso *Labassee*, os parágrafos 71-73.

¹⁶ Cfr. no caso *Mennesson*, os parágrafos 96-97, e no caso *Labassee*, os parágrafos 75-76.

¹⁷ Cfr. no caso *Mennesson*, os parágrafos 99, e no caso *Labassee*, os parágrafos 78.

¹⁸ Cfr. no caso *Mennesson*, os parágrafos 100, e no caso *Labassee*, os parágrafos 79.

¹⁹ No dia seguinte à realização deste Colóquio, concretamente, no dia 10 de Abril de 2019, foi proferida pelo Tribunal Europeu dos Direitos do Homem a *Advisory opinion concerning the recognition in domestic law of a legal parent-child relationship be-*

IV. Realidade portuguesa: a legislação de 2016/2017 e as suas debilidades, detectadas pelo Tribunal Constitucional no seu Acórdão n.º 225/2018, de 24 de Abril

Como é sabido, a Lei portuguesa da PMA (Lei 32/2006, de 26 de Julho), na sua redacção originária, proibia a gestação de substituição, sancionando com nulidade os negócios jurídicos, gratuitos ou onerosos, celebrados para o efeito (artigo 8.º, n.º 1). Em caso de violação da proibição, dizia ainda o mesmo artigo, “a mulher que suportar uma gravidez de substituição de outrem é havida, para todos os efeitos legais, como a mãe da criança que vier a nascer” (n.º 3).

Entendeu, ainda, o legislador português, em 2006, fazer acompanhar a proibição legal da maternidade de substituição, no plano civilístico, da criminalização de algumas condutas a ela respeitantes.

O artigo 39.º, n.º 1, determinava que “quem concretizar contratos de maternidade de substituição a título oneroso é punido com pena de prisão até 2 anos ou pena de multa até 240 dias”. Já o n.º 2 do mesmo artigo determina que “quem promover, por qualquer meio, designadamente através de convite directo ou por interposta pessoa, ou de anúncio público, a maternidade de substituição a título oneroso é punido com pena de prisão até 2 anos ou pena de multa até 240 dias”.

A criminalização das condutas em causa sempre esteve longe de ser pacífica, pelas dúvidas que suscitava quanto à identificação do bem

tween a child born through a gestational surrogacy arrangement abroad and the intended mother, requested by the French Court of Cassation (Request No. P16-2018-001) (disponível em <[https://hudoc.echr.coe.int/spa#{"itemid":\["003-6380464-8364383"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/spa#{)>) cuja conclusão é a seguinte: “Numa situação em que (...) uma criança nasceu no exterior por meio de um regime de gestação de substituição e foi concebida usando os gametas do pai previsto e de uma dadora, e em que a relação de parentesco com o pai beneficiário foi reconhecida na legislação nacional: 1. o direito da criança ao respeito pela vida privada, na aceção do artigo 8.º da Convenção, exige que a legislação nacional preveja a possibilidade de reconhecimento da relação de parentesco com a mãe beneficiária, designada na certidão de nascimento legalmente estabelecida no estrangeiro como a “mãe legal”; 2. o direito da criança ao respeito pela vida privada, na aceção do artigo 8º da Convenção, não exige que esse reconhecimento seja feito através da inscrição no registo de nascimentos, casamentos e óbitos dos dados da certidão de nascimento legalmente estabelecida no estrangeiro; outros meios, como a adoção da criança pela futura mãe, podem ser usados, desde que o procedimento estabelecido pela legislação nacional garanta que possa ser implementado pronta e eficazmente, de acordo com o superior interesse da criança.

jurídico protegido, ou quanto à diferença abissal de tratamento, no plano da incriminação, entre o recurso à gestação de substituição a título gratuito e oneroso²⁰.

A verdade, porém, é a própria não criminalização do recurso à maternidade de substituição a título gratuito era de tal forma questionada que um grupo de Deputados requereu a declaração, com força obrigatória geral, da ilegalidade e da inconstitucionalidade, nesse ponto, da Lei da PMA, considerando que esta passava um sinal de permissividade relativamente ao negócio da maternidade de substituição, o que representaria um risco para a dignidade e outros direitos do ser humano.

Analisando a questão, o Tribunal Constitucional, no seu Acórdão n.º 101/2009, de 3 de Março, afirmou que “*o legislador não é necessariamente obrigado a criminalizar uma conduta, sempre que se entende haver um bem jurídico digno de tutela jurídica*” e que “*no cumprimento dos deveres de protecção de bens jurídicos que a Constituição estabelece ao consagrar um direito fundamental, o legislador tem sempre alguma margem de livre apreciação no que respeita à escolha dos meios mais adequados para garantir esse bem respeitando os outros valores e interesses constitucionalmente protegidos à luz do princípio matricial da dignidade da pessoa humana*”²¹. Conclui, pois o TC que “*o legislador pode legitimamente optar por não criminalizar condutas que embora tenham resultados indesejáveis do ponto de vista social, se situam em contextos pessoais e emocionais de tal forma complexos que se torna difícil formular um juízo global de censura, nos termos em que tal juízo vai pressuposto em toda a sanção penal*”, pelo que “*a opção seguida pelo legislador, de não criminalizar, de forma autónoma, a maternidade de substituição gratuita, não merece censura constitucional*”²².

Certo é que, em 2016/2017 o panorama legal da *gestação de substituição* mudou radicalmente, em Portugal.

²⁰ Para mais desenvolvimentos, Reis, Rafael Vale e. (2010). “Responsabilidade Penal na Procriação Medicamente Assistida – A criminalização do recurso à Maternidade de Substituição e outras opções legais duvidosas”, in *Revista LexMedicinae, Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, Centro de Direito Biomédico da FDUC, ano 7, n.º 13, Centro de Direito Biomédico da FDUC.

²¹ Cfr. Acórdão n.º 101/2009, de 3 de Março, Diário da República n.º 64/2009, Série II de 2009-04-01, p. 12468.

²² Cfr. Acórdão n.º 101/2009, de 3 de Março, cit., p. 12469.

A *gestação de substituição*, a título gratuito, passou a ser admitida, dentro de apertadas condições, após as alterações introduzidas à Lei n.º 32/2006, de 26 de Julho, pela Lei n.º 25/2016, de 22 de Agosto.

Porém, só quase um ano depois da publicação da Lei n.º 25/2016, de 22 de Agosto, seria publicada, por intermédio do Decreto Regulamentar n.º 6/2017, de 31 de Julho, a regulamentação necessária à entrada em vigor do recurso à figura da *gestação de substituição*.

Portugal entrava, assim, no clube restrito cujos membros aceitavam legalmente esta solução para casos graves de infertilidade.

Como sabemos, não estava em causa a abertura a um mercado de úteros, mas antes uma garantia técnica adicional para situações que, de ponto de vista social, médico e ético, mereciam da ciência uma resposta excepcional.

Porém, a preparação desta legislação em torno da *gestação de substituição* foi, desde o início, controversa.

Tal como à época procurei publicamente fazer²³, quero aqui acentuar, apenas, duas fragilidades do referido enquadramento legal, que não esgotam os problemas que, na prática, poderão resultar da aplicação de um regime como aquele que foi consagrado, à data, em Portugal.

A primeira diz respeito à possibilidade de interrupção voluntária da gravidez (IVG) por parte da gestante, por opção desta, nas primeiras 10 semanas de gravidez.

Na versão da legislação aprovada em 2016, os deputados parece terem esquecido que, em Portugal, todas as mulheres grávidas, e independentemente da causa dessa gravidez (mesmo nos casos em que ela ocorreu num esquema de *gestação de substituição*) podem interrompê-la voluntariamente (nos termos legalmente estabelecidos).

Na pressa de aprovar um qualquer regime de *gestação de substituição*, os legisladores escreveram no texto da lei que a gestante só pode revogar o consentimento dado para a aplicação da técnica “até ao início dos processos terapêuticos de PMA”. Isto significaria vedar a interrupção da gravidez a este grupo de mulheres grávidas, solução inadmissível em face do consenso que a IVG passou a ter em Portugal.

²³ Artigo de opinião no Jornal Observador, publicado a 09-08-2017, com o título: “O difícil caminho da gestação de substituição em Portugal”, disponível em <<https://observador.pt/opiniao/o-difcil-caminho-da-gestacao-de-substituicao-em-portugal/>>.

É certo que a regulamentação de 2017, veio, de certo modo, emendar a mão dos deputados - o que se terá ficado a dever à feliz atenção do Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida, que alertou publicamente para a questão - admitindo que a gestante pudesse recorrer ao regime da IVG, tal como ele vem consagrado no Código Penal.

Porém, os potenciais problemas daí resultantes não ficaram resolvidos, pois a gestante que interrompe a gravidez, ainda que actuando licitamente, rompe com o estabelecido no contrato celebrado com o casal beneficiário, pelo que importará definir rigorosamente quais as consequências jurídicas de tal comportamento da gestante.

A segunda fragilidade dizia respeito à não consagração legal do direito ao arrependimento da mãe portadora após o nascimento.

Neste ponto, a legislação especial sobre a *gestação de substituição* de 2016/2017 estava em contradição com um princípio basilar da livre revogabilidade das restrições voluntárias aos direitos de personalidade, que o Código Civil garante há décadas. Com as regras então aprovadas, o casal beneficiário, após o nascimento, poderia, eventualmente utilizando a via judicial, *arrancar* dos braços da mãe portadora a criança acabada de nascer, como se esta fosse propriedade sua e, portanto, em autêntica *execução específica*.

Pode parecer estranha a defesa deste “direito ao arrependimento”. Porém, a verdade é que, nos ordenamentos jurídicos, como o do Reino Unido, onde a figura é regulada desde a década de oitenta do século XX, os membros do casal beneficiário sabem que não podem dar por garantida a entrega da criança, tendo necessariamente, de pedir ao Tribunal uma ratificação retrospectiva do procedimento, que apenas é concedido nos casos em que a criança já lhes tenha sido entregue (assim se assegurando não ter havido arrependimento da portadora).

Estas cautelas resultam da concessão à experiência da vida: o arrependimento da gestante acontece mais vezes do que se desejaria, e é tão grave retirar à força a criança da mãe gestante, quanto frustrar as expectativas do casal beneficiário.

Assim, mais vale avisar os destinatários que a gestação de substituição é arriscada para (todos) os envolvidos. Com este regime, a gestante também sabe que pode ter de ficar com a criança gerada, quando não contava com isso. Pense-se, por exemplo, nos casos em que os membros do casal beneficiário não estão em condições de a receber, simplesmente porque, desafortunadamente, morreram antes de o parto ocorrer...

Como é sabido, também por força do que se acaba de referir, o Tribunal Constitucional português detectou graves fragilidades no regime de *gestação de substituição* consagrado legalmente 2016/2017, o que o levou, no seu Acórdão n.º 225/2018, de 24 de Abril, a declarar a sua inconstitucionalidade, com força obrigatória geral²⁴.

V. Proposta de caminho para o problema do “arrependimento” ou da revogação do consentimento da *gestante de substituição*

Pretendo, então, terminar com uma proposta de regime de “arrependimento” ou de revogação do consentimento da gestante de substituição, que, acolhendo a jurisprudência do Tribunal Constitucional (plasmada, concretamente, no já citado Acórdão n.º 225/2018, de 24 de Abril) permita, ou, pelo menos, contribua, para que, em breve, possa vigorar no nosso ordenamento jurídico um aceitável enquadramento legal para a altruísta e excepcional *gestação de substituição*.

Tenho defendido, como já resultou do ponto anterior, que não podemos, nesta sede, desperdiçar toda a experiência do regime legal do Reino Unido, que tem permitido o nascimento, todos os anos, de largas centenas de crianças.

A matéria é regulada no “*Surrogacy Arrangements Act 1985*”, que proíbe a maternidade de substituição de natureza comercial, aceitando-a apenas num esquema de gratuidade e mediante autorização judicial que verifique o cumprimento de apertados requisitos.

Na versão do “*Surrogacy Arrangements Act 1985*” posterior às alterações de 1990, a lógica da admissibilidade da figura passou a ser a seguinte: apesar de não poder ser pedida a execução forçada dos contratos de *gestação de substituição*, os membros do casal beneficiário interessado em gerar uma criança com base num acordo de “*surrogacy*”

²⁴ Não cabe aqui fazer nova análise do Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 225/2018, de 24 de Abril, pois o mesmo já foi cuidadosamente analisado no *Colóquio Internacional Que Futuro Para A Gestação De Substituição Em Portugal?*. Cfr. RIBEIRO, Joaquim de Sousa, “Breve Análise de duas Questões Problemáticas: O Direito ao Arrependimento da Gestante de Substituição e o Anonimato dos Dadores”, in *Livro de Actas do “Colóquio Internacional Que Futuro Para A Gestação De Substituição Em Portugal?”*, Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, dezembro de 2018, pp. 25 a 42.

pode pedir ao tribunal, nos seis meses seguintes ao nascimento, uma autorização para ser reconhecido juridicamente como progenitor e progenitora da criança (tecnicamente, devem peticionar uma “*parental order*”), sem necessidade de recorrer ao procedimento de adoção²⁵.

O sucesso da sua pretensão depende, para além de outros requisitos formais, da gratuidade do acordo (admitindo-se, porém, o ressarcimento de despesas razoáveis) e da circunstância de o casal ser geneticamente relacionado com a criança (bastando que um dele seja o dador de um dos gâmetas utilizado).

Para além disso, e merecendo grande realce, a criança tem de estar já a viver com o casal beneficiário, o que pressupõe a entrega por parte da mãe gestacional, que, assim, tem o direito de se arrepender e recusar a entrega da criança.

Acresce que a decisão judicial só será favorável se a mãe gestacional der o seu consentimento, que só será válido se prestado, pelo menos, seis semanas após o parto, mesmo nos casos em que ela não contribuiu com o seu material genético. Trata-se, assim, de um regime que pode ser classificado, como já referi, de ratificação retrospectiva do recurso à *gestação de substituição*, quando a criança tenha sido entregue e todos os envolvidos estejam de acordo.

Este regime, que pode ser facilmente transposto para a legislação portuguesa, por não ofender nenhum dos pilares em que assenta o nosso Direito da Família, pode, todavia, ser melhorado. A discussão académica e científica no Reino Unido também o demonstra.

Assim, entendo deverem ser consagradas algumas alterações significativas a esse regime.

A primeira passa pelo encurtamento do prazo durante o qual o casal beneficiário pode requerer a decisão que permitirá que a criança nascida seja definitiva e juridicamente considerada seu filho ou sua filha. Na verdade, um período de seis meses parece demasiado alargado, tendo em conta os ritmos de vida hodiernos e, sobretudo, a importância de definir com segurança e com a brevidade possível (embora sempre salvaguardando a posição da gestante) o destino da criança gerada. Porventura, um prazo de dois ou três meses após o parto pode ser bastante para salvaguardar os interesses da gestante.

²⁵ Embora o recurso à adoção não seja impedido. Esta via é a única possível quando nenhum dos membros do casal beneficiário forneceu material biológico.

Em segundo lugar, considero ser vantajoso para todos os interesses envolvidos permitir que, em certos casos, a criança possa já nascer filho ou filha do casal beneficiário. Isto significa, claro, afastar, casuisticamente o direito ao “arrependimento” ou, se preferirmos, o direito à revogação do consentimento da gestão. Porém, pode haver situações em que tal se justifique, em resultado de análises aturadas do concreto contexto do casal beneficiário e da própria gestante. Na verdade, pode ser de relevar, nessa análise, estar-se perante uma gestante que, até sendo, por exemplo, irmã da mulher beneficiária, expressa, durante todo o processo, uma vontade inequívoca de assegurar que a criança já nasce filha do casal beneficiário, não suscitando o quadro concreto quaisquer dúvidas aos médicos, psicólogos e demais entidades intervenientes. Impor, nestes casos, o período geral de “reflexão para arrependimento” pode ser exagerado.

VI. Lista bibliográfica

- Brazier, Margaret / Campbell, Alastair / Susan, Golombok. 1998. *Surrogacy. Review for Health Ministers of Current Arrangements for Payments and Regulation. Report of the Review Team*, London, HMSO.
- Horsey, Kirsty, “The History and Potential Future of Uk Surrogacy Laws”, in *Livro de Actas do “Colóquio Internacional Que Futuro Para A Gestação De Substituição Em Portugal?”*, Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Dezembro de 2018, pp. 25 a 42;
- Johnson, Martin, “Surrogacy and the Human Fertilisation and Embryology Act”, in Sclater, Shelley / Cook, Rachel / Kaganas, Felicity, (ed.), *Surrogate Motherhood: International Perspectives*, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2003, pp. 93 a 96;
- Oliveira, Guilherme de, “Aspectos Jurídicos da Procriação Assistida”, in *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 49, Dezembro, Lisboa, 1989, p. também in *Temas de Direito da Medicina*, Coimbra Editora, 2005, p. 5-30;
- Oliveira, Guilherme de, “Mães “hospedeiras”. Tópicos para uma Intervenção”, in *Procriação Assistida – Colóquio Interdisciplinar (12-13 Dezembro)*, Publicações do Centro de Direito Biomédico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1991, pp. 67-72;

- Oliveira, Guilherme de, *Mãe há só uma, Duas!*, Coimbra, Coimbra Editora, 1992;
- Oliveira, Guilherme de, “Beneficiários da Procriação Assistida”, in *Temas de Direito da Medicina*, Coimbra Editora, 2005, pp. 31-58;
- Rao, Radhika, “Surrogacy Law in the United States: The Outcome of Ambivalence”, in Sclater, Shelley / Cook, Rachel / Kaganas, Felicity, (ed.), *Surrogate Motherhood: International Perspectives*, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2003, pp. 23 a 34;
- Raposo, Vera Lúcia, *De Mãe para Mãe – Questões Legais e Éticas Suscitadas pela Maternidade de Substituição*, Coimbra Editora, 2005;
- Raposo, Vera Lúcia, “Tudo aquilo que você sempre quis saber sobre contratos de gestação (mas o legislador teve medo de responder)”, in *Revista do Ministério Público*, ano 38, n.º 149, Jan.-Mar. 2017, pp. 9-51;
- Ribeiro, Joaquim de Sousa, “Breve Análise de duas Questões Problemáticas: O Direito ao Arrependimento da Gestante de Substituição e o Anonimato dos Dadores”, in *Livro de Actas do “Colóquio Internacional Que Futuro Para A Gestação De Substituição Em Portugal?”*, Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Dezembro de 2018, pp. 25 a 42;
- Silva, Miguel Oliveira da, “Que Futuro para a Gestação de Substituição em Portugal? Um Olhar Bioético”, in *Livro de Actas do “Colóquio Internacional Que Futuro Para A Gestação De Substituição Em Portugal?”*, Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Dezembro de 2018, pp. 49 a 63;
- Silva, Nuno Ascensão / Ribeiro, Geraldo, “A maternidade de substituição e o direito internacional privado português”, in *Cadernos do Centro de Estudos Notariais e Registrais, Coimbra*, n.º 3, 2014, pp. 9 a 73;
- Silvestre, Margarida, “Que Futuro para a Gestação de Substituição em Portugal? Um Comentário”, in *Livro de Actas do “Colóquio Internacional Que Futuro Para A Gestação De Substituição Em Portugal?”*, Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Dezembro de 2018, pp. 43 a 48;

SURROGACY: ITALIAN CONTROVERSIAL ISSUES

(https://doi.org/10.47907/clq2021_1a2)

ALFIO GUIDO GRASSO

I. Italian law no. 40\2004: the prohibition of surrogate motherhood.¹

In surrogate maternity a woman, who is outside the couple (donor or not of the oocyte), makes her uterus available to bring a pregnancy to term, agreeing to hand over the resulting child to the commissioning couple.

Two types of surrogate maternity exist: traditional surrogacy, in which the fertilized ovule belongs to the pregnant woman, and gestational surrogacy, in which the surrogate mother, who carries the pregnancy to term, is implanted with an embryo, realized through in vitro fertilization, using samples coming from the requesting parents or from anonymous donors.

Despite the fact that surrogate maternity is considered one of the techniques of artificial insemination, it sets unprecedented problems which could justify the forecast of the prohibition: the safeguard of the dignity of the pregnant woman and the condition of the child could justify the imposition of the absolute prohibition, although the violation of the right to health and to the self-determination of the sterile or completely infertile couple.

¹ “Contributo realizzato nell’ambito del piano per la ricerca dell’Università di Catania 2016/18”.

In light of the above, it is clear that the appeal to modern biomedical technology has determined a fragmentation of the notion of maternity². If in the past only one notion of maternity existed, now we have different maternal figures: a birth mother, a social mother, a genetic mother (often the genetic mother is the social mother too).

So it is evident that surrogacy raises serious issues of commodification — of childbirth, of birthmothers, and of children — by allowing contracts, sales, and money to govern these once noncommercialized areas of life³. Such commercialization of childbirth could profoundly affect the kind of society in which we live. Surrogacy could also exploit women instead of liberating them⁴. Accordingly, the calls to legalize surrogacy further are joined by calls to eliminate surrogacy altogether — or to restrict it as fully as possible.

Italy is one of those Countries in which surrogacy is forbidden; Art. 12, paragraph 6, law no. 40\2004 foresees remarkable sanction penalties for those people who realize, organize or publicize the substitution of maternity⁵.

² For more details see S. Piccinini, *Il genitore e lo status di figlio*, Milano, 1999, 178; S. Patti, *Verità e stato giuridico della persona*, in *Rivista di diritto civile*, I, 1988, 242.

³ L. Del Savio – G. Cavaliere, *The problem with commercial surrogacy. A reflection on reproduction, markets and labour*, in *Biolaw Journal*, 2016, 2, 73.

⁴ A. Wertheimer, *Exploitation and Commercial Surrogacy*, in *Denver University Law Review*, 74, 1997, 1215; G. COREA, *The mother machine: reproductive technologies from artificial insemination to artificial wombs*, New York: Harper & Row, 1985, 343; M.G. Radin, *Market Inalienability*, in *Harvard law review*, 100, 1987, 1849; J. Ballesteros, *Los valores femeninos en bioética*, in A. Parisi eds, *Por un feminismo de la complementariedad*, Pamplona: Eunsa, 2002, 68; M. Rizzuti, *Maternità surrogata: tra gestazione altruistica e compravendita internazionale di minori*, in *Biolaw journal*, 2015, 91.

⁵ For more details on the Italian Law no. 40\2004 about assisted reproductive technology see, among others, A. Santosuosso, *La procreazione medicalmente assistita. Commento alla legge 19 febbraio 2004*, n. 40, Milano, 2004; R. Villani, *La procreazione assistita – La nuova legge 19 febbraio 2004*, n. 40, Torino, 2004; C. Casini – M. Casini – M.L. Di Pietro, *La legge 19 febbraio 2004*, n. 40, “Norme in materia di procreazione medicalmente assistita”. *Commentario*, Torino, 2004; G. Ferrando, *La nuova legge in materia di procreazione medicalmente assistita: perplessità e critiche*, in *Corriere giuridico*, 2004, 810; E. Quadri, *Osservazioni sulla nuova disciplina della procreazione assistita*, in *Diritto e giustizia*, 2004, 224; M.R. Marella, *Esercizi di biopolitica*, in *Rivista critica di diritto privato*, 2004, 3; M. Sesta, *Procreazione medicalmente assistita*, in *Enciclopedia giuridica*, 2004, 1; T. Auletta, *Luci, ombre, silenzi nella disciplina di costituzione del rapporto genitoriale nella fecondazione assistita*, in *Annali del Seminario*

The Italian legislator, with the prohibition of surrogacy, has aligned (at least this was the intent) the legislation of our Country with the legislations of other European States, where similar prohibitions had already been introduced, as opposed to more liberal Anglo-Saxon disciplines.

The legislative effort, however, was only partial; in fact, unlike other Countries where surrogacy was just as prohibited, the law was limited only to provide the penalty, without also foreseeing the civil consequences of the possible violation of the prohibition. In addition, the Italian legislator does not define what is meant by surrogacy and, *inter alia*, does not even clarify whether altruistic surrogacy also falls within the purpose of the ban, since the wording of the prohibition lends itself to opposing interpretations.

1. THE PROBLEM OF RECOGNITION OF THE PARENT-CHILD RELATIONSHIP ESTABLISHED ABROAD IN THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS CASE LAW.

To get around the prohibition, several Italian couples, heterosexual or homosexual, unable to naturally have children, go to those Countries in which they can resort to surrogate maternity. The problems arise from the juridical impossibility for Italian registrars to give succession to the application of the intended parents to register the foreign birth certificate that recognizes them as parents of the surrogate-child.

Giuridico, vol. V, Milano, 2005; F. Gazzoni, *Osservazioni non solo giuridiche sulla tutela del concepito e sulla fecondazione artificiale*, in *Diritto di famiglia e delle persone*, 2005, I, 168; F. Consorte, *La procreazione medicalmente assistita*, in *I reati contro la persona*, I, *Reati contro la vita e l'incolumità individuale*, Torino, 2006, 215; G. Lo-sappio, *Commento alla l. 19 febbraio 2004, n. 40 – Norme in materia di procreazione assistita*, in *Commentario breve alle leggi penali complementari*, ed. F. Palazzo – C. Paliero, Padova, 2007, II, 2060; I. Corti, *La procreazione assistita*, in *Il nuovo diritto di famiglia*, Trattato ed. G. Ferrando, vol. III, *Filiazione e Adozione*, Bologna, 2007, 491; M. Moretti, *La procreazione medicalmente assistita*, in *Filiazione e adozione*, vol. III, Trattato ed. G. Bonilini – M. Cattaneo, Torino, 2007, 251; M. Faccioli, *Procreazione medicalmente assistita*, in *Digesto delle discipline privatistiche*, sezione di diritto civile, Aggiornamento, III, Torino, 2007, 1051; G. Di Rosa, *Dai principi alle regole. Appunti di biodiritto*, Torino, 2013; U. Salanitro, *La disciplina della filiazione da procreazione medicalmente assistita*, in *Famiglia*, 2004, 489; ID, *Norme in materia di procreazione medicalmente assistita*, in *Commentario del codice civile Gabrielli*, ed. G. Di Rosa, vol. IV, *Leggi collegate, Della famiglia*, 2018, Torino, 1655.

This is a common problem in the Countries that currently have a ban on surrogacy, like in countries such as Germany, Spain or France⁶.

These complex stories have been the object of manifold judicial sentences of the European Court of Human Rights (often of a contrasting nature), which has dealt on several occasions with questions relating to the recognition of the parental relationship between a child born through surrogacy and his intended parents⁷.

In particular, in the *Mennesson* and *Labassee* cases the European Court of Human Rights has made clear that the domestic prohibition of surrogacy cannot prevent the child from obtaining recognition of his relationship with intended parents, since the fact that he was born thanks to a medically assisted procreation technique considered illegal by the domestic law is not in itself a sufficient reason to deprive him of the recognition of such an important bond⁸.

This principle, which was also followed in subsequent European Court of Human Rights judgements, was last confirmed by a recent Advisory Opinion issued by the Court at the request of the French Court of Cassation⁹.

⁶ Recently, as far as Germany, see Bundesgerichtshof 10 December 2014, XII ZB 463/13, available at <http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=pm&Datum=2014&Sort=3&anz=193&pos=1&nr=69759&linked=bes&Blank=1&file=dokument.pdf>; Bundesgerichtshof 5 September 2018, XII ZB 224/17, available at <http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&nr=88279&pos=0&anz=1>; Bundesgerichtshof, 20 March 2019, XII ZB 530/17, available at <http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&az=XII%20ZB%20530/17&nr=94770>. As regards Spain, see Tribunal Supremo 6 February 2014 (Tol 4100882), available at http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder_Judicial/Noticias_Judiciales/El_Supremo_deniega_la_inscripcion_de_la_filiacion_de_dos_ninos_gestados_en_California_a_traves_de_un_contrato_de_alquiler.

By reference to France, see Cour de Cassation 31 May 1991, no 90-20.105, available at <https://jurica.fr/org/arret/FRANCE-COURDECASSATION-19910531-9020105>.

⁷ Eur. Court H.R., *Mennesson v. France*, Judgment of 26 June 2014, in *Foro italiano*, IV, 2014, 561, with note by G. Casaburi; Eur. Court H.R., *Labassee v. France*, Judgment of 26 June 2014, available at *echr.coe.int*; Eur. Court H.R., *Foulon v. France*, Judgment of 21 July 2016, and *Bouvet v. France*, both available at *echr.coe.int*; Eur. Court H.R., *D and Others v. Belgium*, Judgment of 8 July 2014, available at *echr.coe.int*.

⁸ Eur. Court H.R., *Mennesson v. France*, Judgment of 26 June 2014, see above no. 7, 561.

⁹ French Court of Cassation (Request no P16-2018-001) – Arrêt 5 October 2018, no. 638 (10-19.053), available at https://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/assemblee_pleniere_22/648_4_43606.html.

1.1. The Advisory Opinion of the European Court of Human Rights of 10 April 2019.

The recent Advisory Opinion delivers through the European Court of Human Rights concerning the recognition in domestic law of a legal parent-child relationship between a child born through a gestational surrogacy arrangement abroad and the intended mother¹⁰.

According to the Advisory Opinion, the child's right to respect for private life requires that domestic legal systems provide a possibility of recognition of a legal parent-child relationship with the intended mother, even if there is no genetic link to the child; however, in order to ensure compliance with that right, the transcription of the birth certificate is not required, because another means, such as adoption of the child by the intended mother, may be provided that the procedure laid down by domestic law ensures that it can be implemented promptly and effectively, in accordance with the child's best interests.

The Advisory Opinion confirms the principle that the child cannot be deprived of the recognition of the relationship with the intended parents by virtue of the domestic prohibition of surrogacy, because, despite its importance, the public policy cannot however affect the right to personal identity.

The European Court argued that in a situation where a child was born abroad through a gestational surrogacy arrangement and was conceived using the gametes of the intended father and a third-party donor, and where the legal parent-child relationship with the intended father has been recognised in domestic law: a) the child's right to respect for private life within the meaning of Art. 8 of the European Convention on Human Rights requires that domestic law provide a possibility of recognition of a legal parent-child relationship with the intended mother, designated in the birth certificate legally established abroad as the "legal mother"; b) the child's right to respect for private life does not require such recognition to take the form of entry in the register of births, marriages and deaths of the details of the birth certificate legally established abroad; another means, such as adoption of the child by the intended mother, may be used.

¹⁰ Eur. Court H.R. Advisory Opinion of 10 April 2019, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, I, 2019, 757, with note by A.G. Grasso.

Many of the disputes which the European Court of Human Rights has ruled in recent years came from the French legal system which, for a long time, did not recognise the relationship formed abroad with the surrogate-child and the intended parents, not even to the genetic father. Recently, however, the jurisprudence of the French Court of Cassation has changed and has admitted both the transcription of the foreign birth act in the part in which it recognizes the parent-child relationship with the biological father and that the wife of the biological father adopt the child, even if not genetically related to her¹¹.

Finally, the French Court of Cassation, in the *Mennesson* case, which came to the attention of the French judges after the recent Advisory Opinion of the European Court of Human Rights, has even admitted the transcription of the American foreign birth act, even in the part where it recognized Mrs Mennesson as the legal mother of the twins¹².

1.2. *Paradiso and Campanelli v. Italy.*

By comparison by the many disputes came from the French law system, the European Court of Human Rights has dealt only with one case coming from the Italian law system (*Paradiso and Campanelli v. Italy*).

Paradiso and Campanelli case deals with a legal battle of an elderly married couple who could not conceive for years (naturally or with assistance of in vitro fertilization), nor could they adopt a child in Italy (due to shortage of children eligible for adoption).

Finally, they decided to hire a company that brought them to a Moscow-based clinic for reproductive tourism, providing them with a service that was illegal in Italy but legal in Russia: conceiving an embryo from anonymous sperm and oocyte donation, carried through pregnancy and delivered by a paid surrogate woman.

Even though the outcome was such, the couple claimed that their intention had been that the spouse would be genetically related to the

¹¹ See Cour de Cassation 5 July 2017, no. 824, 825, 826, 827, available at www.courdecassation.fr

¹² Cour de Cassation 4 October 2019, no 648, available at http://www.rivistafamilia.it/wp-content/uploads/2020/04/Cour-de-Cassation_Arr%C3%AAt-n%C2%B0648-du-4-octobre-2019.pdf, with note by A.G. Grasso.

child but due to “unknown reasons” (of which they found out only once they undertook a genetic test in Italy), the child’s genetic provenance was “unknown”.

Due to the non-existence of a genetic link between the spouse and the child, the Italian authorities started a formal investigation for “altering civil status” and forgery. The State Counsel’s Office asked for proceedings to declare the child as abandoned and free for adoption. While the applicants protested against such measures and asked at least to be able to adopt the child, the Youth Court decided to remove the child from them. The child was placed in a children’s home in a place unknown to the applicants and had no official identity for more than 2 years. Afterwards he received another name and birth certificate and was placed with a foster family which had the intention to adopt him.

The couple was now facing double illegality: forgery of the birth certificate, on the one hand, and consequently bringing a child to Italy that was not theirs, on the other. The Italian authorities considered it necessary to take rather severe urgent measures to remove the child from the intended parents regardless of their not yet proven criminal liability.

When it came to the attention of the European Court of Human Rights, the Second Section of the ECHR judged that the removal of the child from his intended parents – as a result of a (non)recognition of a foreign birth certificate – there was an interference with the applicants’ private and family life enshrined in Art. 8 of the European Convention of Human Rights¹³.

The Grand Chamber of the ECHR, to which the case was later referred, considered the immediate and irreversible separation of the child from his parents to be tantamount to an interference with their private life (right to personal development through their relationship with the child). Nevertheless, it also considered that the opposite scenario would have been analogous to legalizing the situation created by them in breach of important rules of the Italian law and Italy’s international public policy. Overturning as a result the previous decision, the Court decided that the national interests to prevent illegality and protect public order prevailed over the applicants’ right to

¹³ Eur. Court H.R., *Paradiso e Campanelli v. Italia*, Judgment of 25 January 2015, in *Foro italiano*, IV, 117 (2015).

private life and concluded that there had been no violation of Art. 8 of the ECHR¹⁴.

Unlike the *Mennesson* and *Labassee* cases in *Paradiso* and *Campanelli* case neither of the parents was genetically connected to the child and to achieve the practice the intended parents had also violated the Ukrainian law, which requires that at least one of the two parents be genetically connected to the child in order to have access to surrogacy¹⁵.

2. THE RECOGNIZABILITY OF A FOREIGN BIRTH CERTIFICATE REGARDING A CHILD BORN THROUGH SURROGACY IN THE RECENT JUDGEMENTS OF THE ITALIAN COURT OF CASSATION.

The Joint Divisions (*Sezioni Unite*) of the Italian Supreme Court of Cassation in judgment no. 12193/2019 denied the registration of a Canadian parental order inscribing the intended parent – i.e. the one with no biological connection to the children – as the children’s legal father in their birth certificate, on the ground that such a recognition violated the Italy’s international public policy¹⁶.

Although, the *Sezioni Unite* have, however, admitted the possibility that the non-genetic parent adopts the child of his/her partner (stepchild adoption).

Finally, however, the first civil section of the Court of Cassation with the order (*ordinanza*) no. 8325/2020 has referred to the Italian

¹⁴ Eur. Court H.R. (GC), *Paradiso e Campanelli v. Italia*, Judgment of 21 January 2017, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, I, 495 (2017), with note by L. LENTI; also in *giustiziacivile.com*, July 6 2017, 1-8, with note by A.G. Grasso.

¹⁵ See Art. 123 of the Ukrainian Family Code (amended 22 December 2006, no 524-V).

¹⁶ Corte di Cassazione-Sezioni unite 8.5.2019, no. 12193, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2019, I, 737, with note by U. Salanitro; also in *Foro italiano*, 2019, I, 1951, with note by G. Casaburi; *Famiglia*, 2019, 345, with note by M. Bianca; *Famiglia e diritto*, 2019, 653, with notes by M. DOGLIOTTI and G. FERRANDO; *Corriere giuridico*, 2019, 1198, with notes by D. Giunchedi and M. Winkler. For more details on this recent ruling see G. Perlingieri, *Ordine pubblico e identità culturale. Le Sezioni unite in tema di cd. maternità surrogata*, in *Diritto delle successioni e della famiglia*, 2019, 337; V. Barba, *Gestación por sustitución y orden público internacional en el ordenamiento jurídico italiano*, in *Revista de derecho civil*, 2020, 7, 69; M. Winkler – C.T. Schappo, *A Tale of Two Fathers*, in *Italian Law Journal*, 2019, 5, 559; M.C. Venuti, *Le sezioni unite e l'omopaternità: lo strabico bilanciamento tra il best interest of the child e gli interessi sottesi al divieto di gestazione per altri*, in *Rivista di studi giuridici sull'orientamento sessuale e l'identità di genere*, 2019, 1.

Constitutional Court the question of whether the interpretation accepted by the Joint Divisions in sentence no. 12193/2019 does not conflict with the already mentioned Advisory Opinion of 10 April 2019 of the European Court of Human Rights.

According to the first civil section of the Court of Cassation the only instrument capable of safeguarding the rights of the child, as protected by the Italian Constitution and the Art. 8 of the European Convention on Human Rights, is the transcription of the foreign birth certificate in the registers of civil status¹⁷.

II. Is a narrow interpretation of the Italian prohibition of surrogate maternity possible?

There is an alternative which makes it possible to satisfy the interests of the infertile couple to have a child without violating the dignity of women and without creating a hideous surrogacy market.

The alternative is represented by altruistic surrogacy, which means when the surrogate mother does not receive any other compensation for her services beyond reimbursement for medical costs and other reasonable pregnancy-related expenses.

Altruistic surrogacy does not raise the same issues of commodification as the commercial surrogacy for the absence of an economic benefit, therefore the same demands for the safeguard of surrogate mother's dignity and the condition of the child could not justify an equal ban on altruistic surrogacy.

The majority of States permits altruistic surrogacy; among these Countries in which it is permitted, most allows for a gestational surrogacy only with genetic material that is 50% or 100% from the buyers, and only in a few other, traditional surrogacy is also admitted¹⁸.

¹⁷ Corte di Cassazione 29 April 2020 no. 8325, in *Famiglia e diritto*, 675 (2020), with notes by G. Ferrando and G. Recinto; soon to be published also in *Corriere giuridico*, with note by U. Salanitro.

¹⁸ Permanent Bureau of The Hague Conference on Private International Law (HCCH), Directorate-General for Internal Policies – Policy Department, Citizens' rights and constitutional affairs *"A comparative study on the regime of surrogacy in EU member States*, 2013, available at <<http://www.europarl.europa.eu>>. See also for a more complete framework of comparative law: K. Trimmings – P. Beaumont, *International Surrogacy Agreements: Legal Regulation at the International Level*, Oxford, 2013.

But in Italy altruistic surrogacy seems to be equally prohibited, in line at least to the case-law and to the current prevailing view among the scholars, according to which Art. 12, paragraph 6, law n. 40\2004 must be interpreted as an absolute prohibition, that bans any form of surrogate maternity, including the altruistic surrogacy: also the Italian Supreme Court (*Sezioni Unite*) seems to consider that altruistic surrogacy is prohibited¹⁹.

Even though the positions of the *Sezioni Unite*²⁰, may still be doubts about the opposition of altruistic surrogacy to the dignity of women.

Last but not least, these doubts were last shared by the first civil section of the Court of Cassation in order no. 8325/2020 with which the Supreme Court has referred to the Italian Constitutional Court the question whether the interpretation accepted by the Joint Divisions in the sentence no. 12193/2019 does not conflict with the already mentioned Advisory Opinion of 10 April 2019 of the European Court of Human Rights²¹.

In this second part of the article we consider this narrow interpretation of the Italian ban on surrogacy, according to the motivations used by the Italian constitutional judges in the sentence no. 162/2014, to declare illegitimate the prohibition of heterologous fertilization.

1. JUDGMENT NO. 162\2014 OF THE ITALIAN CONSTITUTIONAL COURT: WHEN THE HETEROLOGOUS FERTILIZATION BAN WAS DECLARED UNCONSTITUTIONAL.

Law no. 40\2004, in subject of medically assisted reproduction, has seen, over the years, different interventions demolished by the Italian Constitutional Court²².

¹⁹ Corte di Cassazione-sezione penale VI, 20.12.2018, no. 2173, available at www.italgiure.giustizia.it; Corte di Cassazione-Sezioni unite 8.5.2019, no. 12193, see no. 15 above, 737.

²⁰ In Canada it is forbidden to pay the surrogate mother: see Assisted Human Reproduction Act - S.C. 2004, c. 2 (Section 6).

²¹ Corte di Cassazione 29 April 2020 no. 8325, see no. 16 above.

²² In addition, see: Italian Constitutional Court., 9.11.2006, n. 369; Italian Constitutional Court, 8.05.2009, n. 151; Italian Constitutional Court, 5.6.2015, n. 96; Italian Constitutional Court, 11.11.2015, n. 229, all available at <http://www.giurcost.org/>.

The most important of these mentions above all sentence no. 162\2014²³, with which the Judges of the laws have constitutionally pronounced illegitimate Art. 4, paragraph 3, law no. 40\2004, in the part in which it forbade the appeal to heterologous fertilization²⁴.

The judges believed that this prohibition violated the right to the self-determination and the health of the couple. The determination of the sterile or completely infertile couple to have a child, pertaining to the most intimate and intangible sphere of the human being, should not be repressed, if other constitutional values are not violated.

On the other hand, the notion of health referred to in Art. 32 Cost. must also be intended in the comprehensive meaning of psychological health, corresponding to the notion enacted by the World Health Organization (WHO). The impossibility to form a family with children,

²³ Corte costituzionale 10 June 2014, no. 162, in *Corriere giuridico*, 2014, 1062, with note by G. Ferrando.

²⁴ For more details on sentence no. 162\2014 of the Italian Constitutional Court see: G. Casaburra, «*Requiem*» (gioiosa) per il divieto di procreazione medicalmente assistita eterologa: l'agonia della l. 40/04, in *Foro italiano*, 2014, I, 2326; C. Castronovo, *Fecondazione eterologa: il passo (falso) della corte costituzionale*, in *Europa e Diritto Privato*, 2014, 1117; G. Ferrando, *Autonomia delle persone e intervento pubblico nella riproduzione assistita. Illegittimo il divieto di fecondazione eterologa*, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2014, II, 396; U. Salanitro, *I requisiti soggettivi per la procreazione assistita: limiti ai diritti fondamentali e ruolo dell'interprete*, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2016, 1362; V. Carbone, *Sterilità della coppia. fecondazione eterologa anche in Italia*, in *Famiglia e diritto*, 2014, 753; L. Violini, *La Corte e l'eterologa: i diritti enunciati e gli argomenti adottati a sostegno della decisione*, in *Rivista AIC*, 2014, 1; P. Veronesi, *La legge sulla procreazione assistita perde un altro "pilastro": illegittimo il divieto assoluto di fecondazione eterologa*, in *Istituzioni del federalismo*, 2015, 1; V. Baldini, *Diritto alla genitorialità e sua concretizzazione attraverso la PMA di tipo eterologo (ad una prima lettura di Corte cost., sent. n. 162/2014)*, 2014, 1, available at <www.dirittifondamentali.it>; A. Morrone, *Ubi scientia ibi iura*, in *ConsultaOnline*, 2014, 1; G. Sorrenti, *Gli effetti del garantismo competitivo: come il sindacato di legittimità costituzionale è tornato al suo giudice naturale (a margine di Corte cost., sent. n. 162/2014)*, in *ConsultaOnline*, 2014, 1; V. Tigano, *La dichiarazione di illegittimità costituzionale del divieto di fecondazione eterologa: i nuovi confini del diritto a procreare in un contesto di perdurante garantismo per i futuri interessi del nascituro*, in *Diritto penale contemporaneo*, 13.6.2014, 1; M. D'Amico, *L'incostituzionalità del divieto assoluto della c.d. fecondazione eterologa*, in *BioLaw Journal*, 2014, 2, 13; M. Casini – C. Casini, *Il dibattito sulla PMA eterologa all'indomani della sentenza costituzionale n. 162 del 2014. In particolare: il diritto a conoscere le proprie origini e l'adozione per la nascita*, in *BioLaw Journal*, 2014, 2, 135; A. Pioggia, *La disciplina in materia di procreazione e la riconquistata legittimità della fecondazione eterologa: un altro passo avanti per una legge che resta indietro*, in *GenIus*, 2014, 2, 85.

together with one's partner, through the appeal to the heterologous fertilization, can have even remarkable negative effects on the health of the couple.

The prohibition of surrogate maternity could also turn out to be injurious to the right to the health and the self-determination of the couple and, as such, be unconstitutional, because it prevents the couples, in which the woman cannot have a child – since she no longer has a uterus or because she is sick and she cannot carry the pregnancy to term –, to become parents.

2. THE RIGHTS OF THE INFERTILE COUPLE: THE RIGHT TO HEALTH

When the Italian Constitutional Judges, in sentence no. 162\2014, considered the heterologous fertilization as an instrument to safeguard the well-being of the infertile couple and, therefore, as a therapy that allows those who are unable to have children to become parents, they adopted a broad interpretation of the concept of health²⁵.

²⁵ Doing so the Italian Constitutional Court has overcome the traditional vision according to which the heterologous fertilization cannot be regarded as a therapy because does not remove the infertility problem: M. Mori, *Nuove tecnologie riproduttive ed etica della qualità della vita*, in *La procreazione artificiale fra etica e diritto*, ed. G. Ferrando, Padova, 1989, 274; M. Sesta, *La filiazione*, in *Trattato di diritto privato Bessone*, vol. IV, *Filiazione, Adozione, Alimenti*, ed. T. Auletta, Torino, 2011, 355; M. SBISA', *La riproduzione artificiale fra filiazione sociale e filiazione biologica*, in *La famiglia moltiplicata. Riproduzione umana e tecnologia tra scienza e cultura*, ed. C. Ventimiglia, Milano, 1988, 144; S. Novaes, *Procreazione e tecnologia medica: incrocio di biologico, sociale ed etico*, in *La famiglia moltiplicata. Riproduzione umana e tecnologia tra scienza e cultura*, ed. C. Ventimiglia, Milano, 1988, 247; A. Fiore, *Intervento*, in *Verso nuove forme di maternità?*, Milano, 2002, 83; F. CASSONE, *La surroga materna tra tutela dell'integrità fisica e diritto alla salute*, in *Rivista critica di diritto privato*, 2008, 119; G. Rocchi, *Il divieto di fecondazione eterologa viola il diritto costituzionale alla salute?*, in *Rivista AIC*, 2012, 8; I. Rapisarda, *Il divieto di fecondazione eterologa: la parola definitiva alla Consulta*, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2013, 933; C. Cicero – E. Peluffo, *L'incredibile vita di Timothy Green e il giudice legislatore alla ricerca dei confini tra etica e diritto; overosia, quando diventare genitori non sembra (apparire) più un dono divino*, in *Diritto di famiglia e delle persone*, 2014, 1316; A. Vallini, *Sistema e metodo di un biodiritto costituzionale: l'illegittimità del divieto di fecondazione "eterologa"*, in *Diritto penale e processuale*, 2014, 836; A. Morrone, *Ubi scientia ibi iura*, in *Consulta OnLine*, 11 giugno 2014, 10. For other authors, to the contrary, the heterologous fertilization is a therapy for psychological health problems of the infertile or sterile couple: see G. Ferrando, *Autonomia delle persone e intervento*

This concept is not only limited to the physical sphere but is also related to the psychological and relational aspects²⁶. This broad interpretation of the concept of health corresponds to the notion enacted by the World Health Organization (WHO), for which health represents “a complete physical, mental and social well-being”, “not merely the absence of disease or infirmity”²⁷.

This notion of health testifies the profound changes taking place, mainly in the past few centuries, in the meaning of health and illness concepts²⁸.

In this context, when there is a problem of infertility or sterility, the health injury does not only affect the person directly interested, but also his/her partner: on the one hand, because in certain cases the sensitive issue of infertility depends on the biological incompatibility between the partners of the couple²⁹; on the other hand, because the social, relational and psychological consequences arising from the permanent impossibility to have children affect them both³⁰.

pubblico nella riproduzione assistita. Illegittimo il divieto di fecondazione eterologa, see no. 14 above, 401; G. Casaburi, “Requiem» (gioiosa) per il divieto di procreazione medicalmente assistita eterologa: l’agonia della l. 40/04”, in *Foro it.*, 2014, I, 2337; A. Musumeci, “La fine è nota”. Osservazioni a prima lettura alla sentenza n. 162/2014 della Corte costituzionale sul divieto di fecondazione eterologa, in *Rivista AIC*, 2014, 7.

²⁶ M. Foucault, *Maladie mentale et personnalité*, Paris, 1954, 62.

²⁷ Some authors have criticised this definition of health: D. Callahan, *The who definition of health*, in *Contemporary issues in Bioethics*, 3 ed., 1989, 80; D. Callahan, *What kind of life. The limits of medical progress*, Washington, 1990, 34; M. Mori, *La fecondazione artificiale: una nuova forma di riproduzione umana*, Roma, 1995, 31; G. Berlinguer, *Etica della salute*, Milano, II, 1997, 19.

²⁸ P. Sgreccia, *La dinamica esistenziale dell’uomo*, Milano, 2008, 26; AA.VV., *Filosofia della medicina*, Milano, 2008, 235; G. Canguilhem, *Il normale e il patologico*, Torino, 1998, 9; L. Nordenfelt, *La natura della salute. L’approccio della teoria dell’azione*, Milano, 2003, 24; J. C. Lennox, *Health as an objective value*, in *The journal of medicine and philosophy*, 1995, 20, 499; A. Bowling, *Measuring health. A review of quality of life measurement scales*, Milton Keynes, UK: Open University Press, 1991, 1; E. Sgreccia, *Manuale di bioetica*, I, *Fondamenti ed etica biomedica*, Milano, 2007, 165.

²⁹ In these cases, although the two partners are fertile individually, together suffer a biological – reproductive incompatibility, which does not permit them to become parents: see PL. Righetti, M. Galluzzi, T. Maggino, A. Baffoni, A. Azzena, *La coppia di fronte alla Procreazione Medicalmente Assistita*, Milano, 2009, 35.

³⁰ A. Trounson – C. Wood, *Extracorporal fertilization and embryo transfer. Clin Obstet Gynecol*, 1981, 8(3), 681; S.R. Leiblum – E. Kemmann – M.K. Lane, *The psychological concomitants of in vitro fertilization. J. Psychosomatic Obstetrics Gynecol*, 1987, 6, 165; D. Baram – E. Tourtelot – E. Muechler – K. Huang, *Psychosocial*

Once the therapeutic nature of heterologous artificial fertilization has been accepted, we may now ask if surrogate maternity may be considered a medical treatment for the psychological discomfort of the couple³¹ – who are unable to have children since the woman no longer has a uterus or because she is sick and she cannot carry the pregnancy to term – and, consequently, if the absolute prohibition which bans any form of surrogate maternity, including altruistic surrogacy, could be considered as an undue state interference with the right to health of the infertile couple³².

2.1. The right to self-determination in the procreative sphere.

According to the Constitutional Judges, the decision to give life to a child, even when it is exercised by heterologous artificial fertilization, is incoercible, because it constitutes the expression of the general and basic principle of self-determination.

The right of self-determination is a right quite difficult to define because it translates, in legal matters, the existential importance that individual decisions and choices hold.

The legal origins of this right can be found in the American right of privacy³³, which in the case law protects a citizen's "*sphere of sanctified*

adjustment following unsuccessful in vitro fertilization, in J psychosom obstet gynecol, 1988, 9,181; PL. Righetti, I vissuti psicologici nella procreazione medicalmente assistita: interventi e protocolli integrati medico-psicologici, in Contraccezione Fertilità Sessualità, 2001, 163.

³¹ Some authors, to the contrary, have supported that surrogacy cannot be considered as a medical treatment for the psychological discomfort of the couple: A. Trabucchi, *Procreazione artificiale e genetica umana nella prospettiva del giurista*, in *Rivista di diritto civile*, I, 1986, 510; G. Ferrando, *Libertà, responsabilità e procreazione*, Padova, 1999, 312; M. SESTA, *Norme imperative, ordine pubblico e buon costume: sono leciti gli accordi di surrogazione?*, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2000, II, 21; D. Vincenzi Amato, *Libertà della persona e intervento pubblico nella procreazione*, in *La procreazione artificiale fra etica e diritto*, ed. G. Ferrando, Padova, 1989, 185.

³² In this way, see B. Liberali *Problematiche costituzionali nelle scelte procreative*, Milano, 2017, 140; M. Di Masi, *Maternità surrogata: dal contratto allo "status"*, in *Rivista critica di diritto privato*, 2014, 642.

³³ S.D. Warren e L.D. Brandeis, *The right to privacy*, in *Harvard law review*, IV, 1890, 193.

*isolation*³⁴ from the public authority³⁵, into the innermost and deepest dimension of existence³⁶; an area within which the citizen can avoid any potential interference in decisions regarding the framework of reproduction as well³⁷.

In spite of its Anglo-Saxon origin, the right of self-determination does not come to Europe directly from the American judicial culture, but rather indirectly, through the decision of the European Court of Human Rights.

In particular, in *Pretty* case, the judges underlined that, “*although no previous case has established as such any right to self-determination as being contained in Art. 8 of the Convention, the Court considers that the notion of personal autonomy is an important principle underlying the interpretation of its guarantees*”³⁸.

The European Court of Human Rights, which, on several occasions, has dealt with the problems related to appeals concerning modern biomedical technology³⁹, has also argued that “*the right of a couple to conceive a child and to make use of medically assisted procreation for that purpose is also protected by Art. 8, as such a choice is an expression of private and family life*”⁴⁰.

³⁴ C.A. Mackinnon, *Reflections on Sex Equality Under Law*, 100 Yale LJ. 1281, 1311 (1991) [hereinafter MacKinnon, *Reflections*]; see also, L.C. McClain, *Inviolability and Privacy: The Castle, the Sanctuary, and the Body*, on *Yale Journal of Law & the Humanities*: Vol. 7: Iss. 1, Art. 9, 196.

³⁵ AA. VV., *The evolution of the right to privacy after Roe v. Wade*, in *American journal of law and medicine*, 1987, 13(2, 3), 365; L. Miglietti, *Il diritto alla privacy nell'esperienza giuridica statunitense ed europea*, Napoli, 2014, 109.

³⁶ E. Shils, *Privacy: its constitution and vicissitudes*, on *Law and contemporary problems*, 1966, 31, 281.

³⁷ R. Dworkin, *Life's domination*, London, 1993, 148. See also: *Skinner v. State of Oklahoma*, ex. rel. *Williamson*, (1942) 316 U.S. 535; *Griswold v Connecticut*, (1965) 381 U.S. 479; *Eisenstadt v. Baird*, (1972) 405 U.S. 438, 92 S. Ct. 1029, 31 L. Ed. 2d 349; *Roe v. Wade*, (1973) 410 U.S. 113; *Casey v. Population Services International*, (1977) 431 U.S. 678; *Davis v. Davis*, (Tenn. 1992) 842 S.W.2d 588, 597, in *Foro it.*, 1991, IV, 205; *Goodridge v. Department of Public Health*, (2003) 798 N.E.2d 941; *Lifchez v. Hartigan*, (1990) 735 F. Supp. 1361.

³⁸ European Court of Human Rights, *Pretty c. United Kingdom*, 29.4.2002, available at <www.echr.coe.int>.

³⁹ European Court of Human Rights, *Evans c. United Kingdom*, 10.04.2007, available at <www.echr.coe.int>; European Court of Human Rights, *Dickson c. European Court of Human Rights*, 4.12.2007, available at <www.echr.coe.int>.

⁴⁰ European Court of Human Rights, *S.H. and Others c. Austria*, 1.4.2010, available at <www.echr.coe.int>.

It appears that when the Italian Constitutional Court constitutionally pronounced illegitimate Art. 4, para. 3, law no. 40\2004, in the part in which it forbade the appeal to heterologous fertilization, it also shared this European Court perspective that human procreation does not require naturality⁴¹.

Once this point of view had been accepted, the antecedent conditions were established for the recognition of the possibility of the right to appeal to surrogacy in Italy as well: not only because surrogate maternity is included among the artificial procreation techniques⁴², but also because, at least whenever one of the two partners has a genetic link to the child, it might be argued that through surrogate maternity the couple will continue to exercise its right to procreate⁴³.

⁴¹ E. La Rosa, *Il divieto "irragionevole" di fecondazione eterologa e la legittimità dell'intervento punitivo in materie eticamente sensibili*, on *Ragiusan*, 2014, 141; A. Vallini, *Sistema e metodo di un biodiritto costituzionale: l'illegittimità del divieto di fecondazione "eterologa"*, see no. 16 above, 834.

⁴² In this way: I. Corti, *La maternità per sostituzione*, in *Il governo del corpo*, vol. II, t. 2, in *Tratt. Biodiritto*, ed. S. Rodotà' – P. Zatti, Milano, 2011, 1481; L. Lorenzetti, *Maternità surrogata*, in *Digesto discipline privatistiche*, Torino, 2011, 617; G. Casaburi, *Osservazioni a Corte costituzionale n. 162\2014*, in *Foro italiano*, I, 2341; to the contrary, S. Niccolai, *Alcune note intorno all'estensione, alla fonte e alla ratio del divieto di maternità surrogata in Italia*, in *GenIUS*, 2017, 2, 52; C.C.W. Chan, *Infertility, assisted reproduction and rights, best practice & research clinical obstetrics and gynaecology*, 2006, 20, 377; C. Straehle, *Is there a right to surrogacy?*, in *Journal of applied philosophy*, 2016, 33, 150.

⁴³ In the American doctrine, on the one hand some authors believe that the right to appeal to surrogacy is protected by the constitutional right of privacy, in the context of Amendment XIV: J. Robertson, *Procreative liberty and the control of conception, pregnancy, and childbirth*, in *Virginia law review*, 1983, 69, 405; C. Spivack, *The law of surrogate motherhood in the United States*, in *58 American Journal of Comparative Law*, 2010, 109; P. Nicolas, *Straddling the Columbia: a constitutional law professor's musings on circumventing Washington State's criminal prohibition on compensated surrogacy*, in *89 Washington Law Review*, 2014, 1279; on the other hand, instead, some authors tend to exclude the constitutional relevance of the right to surrogacy: L. Gostin, *A civil liberties analysis of surrogacy arrangements*, in *Surrogate motherhood*, Indiana University Press, 1990, 3; M. Schultz, *Reproductive technology and intention-based parenthood: an opportunity for gender neutrality*, in *Wisconsin law review*, 1990, 297; S. B. Rae, *Parental rights and the definition of motherhood in surrogate motherhood*, in *Southern California review of law and women's studies*, 1994, 3, 219; R.J. Chin, *Assisted reproductive technology legal issues in procreation*, in *Loyola Consumer Law Reporter*, 1996, 8, 214; S. Ferguson, *Surrogacy contracts in the 1990s: the controversy and debate continues*, in *33 Duquesne Law Review*, 1995, 922; M. Field, *Compensated surrogacy*, in *89 Washington Law Review*, 2014, 1178.

3. RESTRICTIONS TO THE ALTRUISTIC SURROGACY RIGHT: THE POLYSEMIC CONCEPT OF DIGNITY.

Despite the fact that the debate around the concept of dignity characterizes all of human history⁴⁴, it was precisely with Kant that the dignity also took a weighty legal meaning⁴⁵, which will result in the national constitutions that arose after the Second World War in the recognition of a privileged legal status.

In the Italian Constitution an explicit mention of dignity is made in two articles: Art. 3 and Art. 4; if we compare this with the majority of the national constitutions⁴⁶, we can form an idea of radical irrelevance of the concept of dignity in the Italian Constitution⁴⁷. That conclusion would, however, be erroneous since the preparatory work and the entire system of the Italian Supreme Law shows the central role of dignity, understood as respect for any human being⁴⁸.

⁴⁴ F. Viola, *Dignità umana*, in *Enciclopedia filosofica*, III, Milano, 2006, 2863; P. Becchi, *Il principio di dignità umana*, Brescia, 2009, 10; U. Vincenti, *Diritti e dignità umana*, Roma, 2009, 7; A. Abignente – F. Scamardella, *Dignità della persona*, Napoli, 2013; AA. VV., *The Cambridge handbook of human dignity: interdisciplinary perspectives*, Cambridge University, 2014; C.M. Mazzone, *Dignità*, in *Rivista critica di diritto privato*, 2016, 157; V. SCALISI, *L'ermeneutica della dignità*, Milano, 2018, 57.

⁴⁵ I. Kant, *The Metaphysics of Ethics*, trans. J.W. Semple, ed. with Introduction by Rev. Henry Calderwood (Edinburgh: T. & T. Clark, 1886) (3rd edition). 29.3.2019, available at <<https://oll.libertyfund.org/titles/1443>>.

⁴⁶ See the artt. 13 and 24, para. 2, of the of the Japanese Constitution; art 10 of the Spanish Constitution; Art. 23 of the Belgian; Art. 13 of the Portuguese Constitution; artt. 2 and 7 of the Greek Constitution; Art. 1 of the Czech Constitution; Art. 30 of the Polish Constitution; Art. 54 of the Hungarian Constitution; Art. 12 of the Slovak Constitution; artt. 1, 7, 10, 25, 36 of the South African Constitution. Moreover, we find additional references to the value of dignity almost in all the Latin American Constitution: see G. Rolla, *Profili costituzioni della dignità umana*, in *La tutela della dignità dell'uomo*, Napoli, 2008, 61.

⁴⁷ It deserves special attention the German Constitution and, in particular, Art. 1: see F. Berardo, “*La dignità umana è intangibile*”: *il dibattito costituente sull'Art. 1 del Grundgesetz*, in *Quaderni costituzionali*, 2006, 2, 387. This Art. recognizes the dignity not as a fundamental right, but an objective law which is not subject to comparisons or obligations, unlike fundamental rights; such differentiation has also brought a change of terminology, in fact, if the fundamental rights in the German Constitution are classified as *unverletzlichen und unveräußerlichen* (inviolable and inalienable, the dignity, instead, is *unantastbar* (untouchable). Moreover, the German constituents has strengthened this provision by excluding it from the constitutional review (Art. 79, para. 3).

⁴⁸ V. Marzocco, *La dignità umana tra eredità e promesse*, in *Dignità della persona*, see no. 35 above, 22; A. Ruggeri – A. Spadaro, *Dignità dell'uomo e giurisprudenza costituzionale (prime notazioni)*, in *Politica del diritto*, 1991, 347.

Oversimplifying a bit, we can argue that two different conceptions of dignity exist: on the one hand, there is a subjectivist view of dignity and, on the other hand, an objectivist view of dignity⁴⁹. These two different conceptions correspond to different ways to conceive dignity in the American tradition and in the European tradition⁵⁰.

If we want to describe, even in a broad outline, the main features of these different conceptions of dignity, we might say that, according to the first view, we cannot consider acts of limitation on someone's functional liberties as legitimate if done in the name of that person's dignity or a superior interest: this view is fruit of the American tradition in the field in which the concept of dignity is connected to, not to mention that it overlaps with, the notion of privacy⁵¹.

In the European view, instead, the person's intention and the right of self-determination, however important they are, are subject to, like all other rights, some limits⁵². In the European Constitutions at the

⁴⁹ Some authors, mostly American, consider dignity as a useless concept: H. Khuse, *Is there a tension between autonomy and dignity?*, in *Bioethics and BioLaw*, ed. P. Kemp, Copenhagen, 2000, 2, 74; J. Aldergrove, *On dignity*, in *Why we are not obsolete yet. Genetics, algeny, and the future*, ed. J. Aldergrove, Burnaby, 2000; R. Macklin, *Dignity is a useless concept (it means no more than respect for persons or their autonomy)*, in 327 *British medical journal*, 2003, 1419; S. Pinker, *The stupidity of dignity: conservative bioethics' latest, most dangerous play*, in *New republic*, 2008, 1; C. McCrudden, *Human dignity in human rights interpretation*, in 19 *European journal of international law*, 2008, 655; J. Smits, *Human dignity and uniform law: an unhappy relationship*, in *Ticom working paper on comparative and transnational law*, 2008, 2; A. Cochrane, *Undignified bioethics*, in 5 *Bioethics*, 2010, 234.

⁵⁰ B. Edelman, *La dignité de la personne humaine, un concept nouveau*, in *La personne en danger*, Paris, 1999, 504; E.J. Eberle, *Dignity and liberty: constitutional visions in Germany and the United States (issues in comparative public law)*, Taschenbuch, 2011, 963; V.L. Raposo, *O direito à imortalidade*, Coimbra, 2014, 333; V. Scalisi, *L'ermeneutica della dignità*, Milano, 2018, 31; E. Poddighe, *Comunicazione e "Dignità della donna"*, Roma, 2018, 42.

⁵¹ *Casey v. Population Services International*, (1977) 431 U.S. 678; *Lawrence v. Texas*, (2003) 539 U.S. 558. See also v. G. Bognetti, *The concept of human dignity in European and US constitutionalism*, in *European and U.S. constitutionalism*, ed. G. Nolte, Cambridge, 2005, 85; N. Rao, *On the use and abuse of dignity in constitutional law*, in *Columbia journal of European law*, 2008, 14, 201.

⁵² G. Resta, *La dignità*, in *Ambito e fonti del biodiritto*, vol. I, in *Trattato di Biodiritto*, ed. S. Rodotà – P. Zatti, Milano, 2011, 290; P. Zatti, *Maschere del diritto*, Milano, 2009, 46; A. Ruggeri, *Appunti per uno studio sulla dignità dell'uomo, secondo diritto costituzionale*, in *Rivista AIC*, 2011, 6; J. Reis Novais, *A dignidade da pessoa humana*, I, Coimbra, 2015, 78.

top of the scale of values there is not the right to personal autonomy, but rather, there is the principle of solidarity which, insofar as they conflict, could even override upon the private autonomy⁵³.

If the dignity is an attribute of liberty, the individual can determine autonomously what is “dignified” for him or herself⁵⁴: dignity cannot be placed as a limit in that the individual defines it him or herself⁵⁵. If, on the contrary, we believe that liberty is an attribute of dignity, then dignity of man can be used as a limit to oppose an individual’s behaviour as established by a universal value⁵⁶.

It was considered appropriate to set the wider issue of the conflict between the private autonomy and the objectivist view of dignity, because it is from this point of view that we will clearly look into the issue of the admissibility of surrogate motherhood in the Italian legal system⁵⁷.

If in our legal system, which embraces the European conception of dignity, the legalisation of commercial surrogacy was not at all

⁵³ F.D. Busnelli, *Quali regole per la procreazione assistita?*, in *Rivista di diritto civile*, 1996, I, 583.

⁵⁴ For Pico della Mirandola it is for the individual alone to up to determine autonomously what is “dignified” for him or herself: G. Pico Della Mirandola, *Oratio de hominis dignitate*, Firenze, 1942, 103.

⁵⁵ X. BIOY, *La dignité: questions de principes*, in *Justice, éthique et dignité: actes du colloque organisé à Limoges Le 19 et 20 novembre 2004*, Limoges, 65.

⁵⁶ B. Mathieu, *La dignité de la personne humaine: Quel droit? Quel titulaire?*, in *Dalloz*, 1996, 285.

⁵⁷ Within the framework of the conflict between the private autonomy and the objectivist view of dignity we can consider most well-know Court Cases such as the French story regarding the “Dwarf tossing”: for more details see A. Massarenti, *Il lancio del nano e altri esercizi di filosofia minima*, Parma, 2006, 7; E. Ripepe, *La dignità umana: il punto di vista della filosofia del diritto*, in *La tutela della dignità dell'uomo*, Napoli, 2008, 35; G. Cricenti, *Il lancio del nano. Spunti per un'etica del diritto civile*, in *Rivista critica di diritto privato*, 2009, 21; M. Rosen, *Dignity. Its History and Meaning*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012, 70; X. Bioy, *La dignité: questions de principes*, see no. 46 above, 83; the German Court decisions: “Peep-Show Fall” and “Telefonsex”; and the French Court decisions: SIDA-Benetton and “Loft Story”: see G. Resta, *La disponibilità dei diritti fondamentali e i limiti della dignità (Note a margine della Carta dei Diritti)*, in *Rivista di diritto civile*, 2002, 836; M.R. Marella, *Il fondamento sociale della dignità umana. Un modello costituzionale per il diritto europeo dei contratti*, in *Rivista critica di diritto privato*, 2007, 74; M. Gennusa, *La dignità umana e le sue anime. Spunti ricostruttivi alla luce di una recente sentenza del Bundesverfassungsgericht*, in *Le Corti dell'integrazione europea e la Corte costituzionale italiana*, ed. N. Zanon, Napoli, 2006, 203.

admissible – legalisation which was considered, instead, consistent with the American traditional values⁵⁸ – we could instead admit the altruistic surrogacy. Some human behaviour, in fact, if committed for profit-making, runs contrary to the human dignity value; whereas, if based on solidarity, it could be recognised as worthy and can be protected: the typical example concerns organ and blood donation.

We could repeat the same kind of reasoning for surrogacy, although there is no specific law which allows it: in this respect, we spoke about the logic of gift, of solidarity which rises up as a sort of fraternity⁵⁹. This logic of gift would remain outside of the *ratio legis* of the ban, because the lack of a payment and the spontaneity of the gesture rules out an attack on the human dignity of women and children⁶⁰.

3.1. The health of the pregnant woman.

The Italian ban could be interpreted as an absolute prohibition which bans any form of surrogate maternity, including the altruistic surrogacy, whether there was evidence that this technique impacts the birth mother's health, protected under Art. 32 Cost.

However, in reality, surrogacy does not contain risks other than those existing in the heterologous artificial fertilization, with regard to the artificial insemination and the subsequent embryo implantation, nor does it subject the birth mother to different risks to those that could be encountered by any woman during pregnancy or childbirth⁶¹.

⁵⁸ See A. Finkelstein – S. Mac Dougall – A. Kintominas – A. Olsen, *Surrogacy law and policy in the U.S.: a national conversation informed by global law making*, in *Columbia law school sexuality & gender law clinic*, 2016, 9.

⁵⁹ J. M. Camacho, *Maternidad subrogada: una práctica moralmente aceptable. Análisis crítico de las argumentaciones de sus detractores*, Città del Messico, 2009, 15.

⁶⁰ A. Ruggeri – C. Salazar, “Non gli è lecito separarmi da ciò che è mio”: *Riflessioni sulla maternità surrogata alla luce della rivendicazione di Antigone*, in *Consulta OnLine*, 2017, 143; V. Scalisi, *Maternità surrogata: come “far cose con regole”*, in *Rivista di diritto civile*, 2017, 1100; B. De Filippis, *Maternità surrogata o assistita, utero in affitto*, in *Trattato di diritto e bioetica*, ed. A. Cagnazzo, Napoli, 2017, 369; to the contrary, see S. Serravalle, *Maternità surrogata, assenza di derivazione biologica e interesse del minore*, Napoli, 2018, 89. See also App. Milano, ordinanza 25.07.2016, no. 273, in *Foro italiano*, 2016, I, c. 3258.

⁶¹ See: AA.VV., *Surrogacy: outcomes for surrogate mothers, children and the resulting families (a systematic review)*, in *Human reproduction update*, 2016, 263.

However, we could hypothesize a risk of psychological damage caused by the separation from the new born baby⁶²: several studies, in fact, have noted that in some surrogate mothers their level of psychological distress is particularly high, even over years since the “delivery” of the child to the intended parents⁶³.

Nevertheless, on the one hand, the studies published carried out on the health of the surrogate mothers have focused primarily on cases of commercial surrogacy⁶⁴, on the other hand the same scientific studies have shown that the pregnant woman suffers less after the separation from the child if they can establish and maintain a strong emotional bond with the intended parents⁶⁵ and, in particular, with the social mother⁶⁶.

In this perspective, therefore, the altruistic nature of the agreement reduces the risks of potential injuries for the psychological health of the surrogate mothers, since in these cases it is very likely that the pregnant woman, the intended parents and the child will continue to remain in close contact over time⁶⁷.

⁶² R. Bitetti, *Contratti di maternità surrogata, adozione in casi particolari ed interesse del minore*, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 1994, I, 179.

⁶³ H. Baslington, *The social organization of surrogacy: relinquishing a baby and the role of payment in the psychological detachment process*, in *Journal of health psychology*, 2002, 64; E. BLYTH, “I wanted to be interesting. I wanted to be able to say “I’ve done something with my life”: Interviews with surrogate mothers in Britain, in *Journal of reproductive and infant psychology*, 1994, 12, 189; H. RAGONE, *Surrogate motherhood: conception in the heart*, Boulder, CO: Westview Press, 1994, 189.

⁶⁴ H. Baslington, *The social organization of surrogacy: relinquishing a baby and the role of payment in the psychological detachment process*, see no. 62 above, 57; J. Jadva – L. Blake – P. Casey – S. Golombok, *Surrogacy: the experience of surrogate mothers*, in *Human Reproduction*, 2003, 18, 2196; O. Van Den Akker, *Genetic and gestational surrogate mothers’ experience of surrogacy*, in *Journal of reproductive and infant psychology*, 2003, 21, 145; H. Hanafin, *Surrogate parenting: reassessing human bonding. Paper presented at the american psychological association convention*, New York, 1987.

⁶⁵ M. Hohman - C. B. Hagan, *Satisfaction with surrogate mothering: a relational model*, in *Journal of human behavior in the social environment*, 2001, 4, 61; J. C. Ciccarelli - L. J. Beckman, *Navigating rough waters. An overview of psychological aspects of surrogacy*, in *Journal of social issues*, 2005, 61, 32.

⁶⁶ E. Teman, *Birthing a mother: the surrogate body and the pregnancy self*, Berkeley: University of California Press; Van Den Akker, *Psychosocial aspects of surrogate motherhood*, in *Human reproductive update*, 2007, 13, 57.

⁶⁷ E. Blyth, “I wanted to be interesting. I wanted to be able to say “I’ve done something with my life”: Interviews with surrogate mothers in Britain, in *Journal of reproductive and infant psychology*, 1994, 12, 189; O. Van Den Akker, *Genetic and gestational*

3.2. The best interest of the child.

Even if we came over doubts regarding the human dignity and the health of the birth mother, the idea that we can legalise the altruistic surrogacy should be made subject to further evaluations, since the surrogate maternity involving a third party, the unborn child, to prevent it from being misused by the infertile couple, in order to satisfy their desire to become parents⁶⁸.

The best interest of the child might constitute a huge obstacle to the intended parents family's project to appeal to surrogacy both before the *in vitro* fertilisation and/or the child's birth and after his/her birth as an impediment to the effectiveness of the surrogacy agreement: from this fact the problem concerning the legal significance of the filial relationship between the minor and the intended couple making arises.

With reference to the first point, it should be emphasised immediately that the arguments based on the safeguard of the unborn child's rights, to affirm the constitutional legitimacy of the absolute ban on surrogacy, including the altruistic surrogacy, come up against serious limits, on a logical and axiological level, regarding the fact that those very rights would paradoxically lead to the non-existence or non-birth of this potential child⁶⁹.

With reference to the second point, it is further submitted that the prohibition of altruistic surrogacy could be justified to prevent that the

surrogate mothers' experience of surrogacy, in *Journal of reproductive and infant psychology*, 2003, 21, 145. The psychological problems nevertheless involved only a small amount of birthchild woman: J. Jadva – L. Blake – P. Casey – S. Golombok, *Surrogacy: the experience of surrogate mothers*, in *Human Reproduction*, 2003, 18, 2196; C.G. Kleinpeter – M.A. Hohman, *Surrogate motherhood: personality traits and satisfaction with service providers*, on *Psychological reports*, 2000, 87, 957.

⁶⁸ C. Chini, *Maternità surrogata: nodi critici tra logica del dono e preminente interesse del minore*, in *Biolaw journal*, 2016, 1, 185; D. Rosani, *The Best Interests of the Parents. La maternità surrogata in Europa tra Interessi del bambino, Corti supreme e silenzio dei legislatori*, in *Biolaw journal*, 2017, 1, 127; E. Giacobbe, *Dell'insensata aspirazione umana al dominio volontaristico sul corso della vita*, in *Dir. fam. e pers.*, 2016, II, 593.

⁶⁹ See J. M. Camacho, *Maternidad subrogada: una práctica moralmente aceptable. Análisis crítico de las argumentaciones de sus detractores*, Città del Messico, 2009, 15; V.L. Raposo, *Quando a cegonha chega por contrato*, on *Boletim da Ordem dos Advogados*, 2012, 88, 27.

child, once born, can be regarded as an object to be transferred: this would encroach upon his dignity as a human being⁷⁰. However, also in this case, the topic did not appear convincing, as evinced who has been argued that “*the fact that this might occur within the context of surrogacy does not detract from that life having come into being and therefore being accorded dignity through its very existence as a human*”⁷¹.

From my point of view, in addition, the risk of commodification of the child is excluded from the altruistic nature of the agreement and the inclusion of the child into the intended parents family may be the winning solution for the interest of the minor, since the surrogate mother surely never intended to carry out motherly duties towards him/her.

Rather, it has been underlined that the removal of the child from the pregnant woman could be a significant source of severe psychophysical injuries for the child, because it is very important that the surrogate mother continues to maintain a relationship with the child during the period of growth and, moreover, during the periods immediately following childbirth⁷². However, this item is not conclusive as to the altruistic surrogacy, because the relationship which usually links the pregnant woman with the intended parents seems to be suitable to ensure affective continuity and, consequently, seems to be suitable

⁷⁰ E.S. Anderson, *Why commercial surrogate motherhood unethically commodifies women and children: reply to McLachlan and Swales*, in *Health care analysis*, 2000, 8, 19; P. Otero, *A dimensão ética da maternidade de substituição*, in *Direito e política*, 2012, 1, 87; S. Niccolai, *Maternità omosessuale e diritto delle persone omosessuali alla procreazione. Sono la stessa cosa? Una proposta di riflessione*, in *Costituzionalismo.it*, 2015, 3, 50; C. Tripodina, *C'era una volta l'ordine pubblico. L'assottigliamento del concetto di "ordine pubblico internazionale" come varco per la realizzazione dell'"incoercibile diritto" di diventare genitori (ovvero, di microscopi e di telescopi)*, in *Maternità Filiiazione Genitorialità*, ed. S. Niccolai – E. Olivito, Napoli, 2017, 136; M. Aramini, *Introduzione alla bioetica*, Milano, 2015, 266; E. Montero, *La maternidad de alquiler frente a la summa divisio iuris entre las personas y las cosas*, in *Persona y derecho*, 2015, 1, 230.

⁷¹ K. Galloway, *Theoretical approaches to human dignity, human rights and surrogacy*, in *Surrogacy, law and human rights*, ed. P. Gerber e K. O'Byrne, Abingdon, 2015, 25; J. Reis Novais, *A dignidade da pessoa humana*, I, Coimbra, 2015, 120.

⁷² M. Johansson Agnafors, *The harm argument against surrogacy revisited: two versions not to forget*, on *Medicine, health care and philosophy*, 2014, (17), 3, 357; M. Tieu, *Altruistic surrogacy: the necessary objectification of surrogate mothers*, in *J Med Ethics*, 35, 2009, 172.

to exclude potential injuries for the psychological health of the child resulting from the separation with the pregnant woman⁷³.

4. THE LEGAL STATUS OF THE SURROGATE-CHILD: INTRODUCTORY NOTES.

The analysis so far performed shows that there are valid reasons to support that the current interpretation of the ban of surrogate maternity is not convincing and, for this, to accept a different, narrow interpretation of the ban.

In this perspective, the recognition of the right to appeal to altruistic surrogacy requires a coherent and harmonious interpretation of the rules governing the establishment and the safeguard of the legal status of the child: in this interpretation, it should be possible to establish the parent-child relationship not only with the father with whom there is a genetic link⁷⁴, but also with the intended woman.

As a result, the Italian legal expert who intends to make the right to the infertile couple reality must draw from the rules of our legal system and, in particular, from the rules governing the legal status of the child conceived through artificial procreation (Articles 8 and 9, law no. 40\2004), the principles which could bridge the gap in terms of

⁷³ S. Imrie – V. Jadva, *The long-term experiences of surrogates: relationships and contact with surrogacy families in genetic and gestational surrogacy arrangements*, in *Reproductive biomedicine online*, 2014, 29, 430; AA.VV., *Surrogacy: outcomes for surrogate mothers, children and the resulting families (a systematic review)*, in *Human reproduction update*, 2016, 273; S. Golombok – L. Blake – P. Casey – G. Roman – V. Jadva, *Children born through reproductive donation: a longitudinal study of psychological adjustment*, in *Journal of child psychology and psychiatry*, 2013, (6), 54, 653; S. Golombok – F. Maccallum – C. Murray – E. Lycett – V. Jadva, *Surrogacy families: parental functioning, parent-child relationships and children's psychological development at age 2*, in *Journal of child psychology and psychiatry*, 2006, 47, 220; S. Golombok – E. Iloi – L. Blake – G. Roman – V. Jadva, *A longitudinal study of families formed through reproductive donation: parent-adolescent relationships and adolescent adjustment at age 14*, in *Developmental psychology*, 2017, 53, 10, 1966.

⁷⁴ See Eur. Court H.R., *Mennesson v. France*, Judgment of 26 June 2014, see no. 7 above, 561; Eur. Court H.R., *Labassee v. France*, Judgment of 26 June 2014, see no. 7 above; Eur. Court H.R., *Foulon v. France*, Judgment of 21 July 2016, and *Bouvet v. France*, see no. 7 above; Eur. Court H.R., *D and Others v. Belgium*, Judgment of 8 July 2014, see no. 7 above.

legal status of the child who is born as a consequence of the altruistic surrogacy agreement.

In this context, a distinction has thus to be drawn between the situation where the pregnant woman making use of her right to be named in the birth certificate, from the situation in which she intends to waive the filial relationship with the child, bringing the pregnancy to term anonymously⁷⁵.

In the latter case, in the absence of any conflicts between the pregnant woman and the intended parents, there is no reason to foreclose to the intended parents the establishment of a filial relationship: this establishment would be based on the genetic link between the intended parents and the child or, in its absence, on the informed consensus expressed by parents in advance of the treatment process, taking into account the best interests of the child and its right to have two parents.

Where, instead, the pregnant woman decides to make use of her right to be named in the birth certificate and decides to revoke her original consent to the altruistic surrogacy, probably in those cases the conflict will be solved in favour of the pregnant woman, for the absence of a specific legislative framework.

III. A brief postscript: the Constitutional Court calls on Parliament to find more adequate forms of protection for children born via surrogacy.

Pending this publication, the Constitutional Court decided on the question raised by the First Civil Division of the Court of Cassation in Order no 8325/2020, which has been given full consideration in the course of the discussion⁷⁶.

At the time of writing, we are aware of only the press release made known by the Court's Press Office⁷⁷, from which we can understand that the Italian constitutional judges declared the issue inadmissib-

⁷⁵ In Italy it is possible for the pregnant woman bringing to term anonymously, unlike in other States (like Portugal, Belgium, Netherlands, Spain etc etc): see Art. 30, para. 1, Decree No. 396 of the President of the Republic of 30 December 2000.

⁷⁶ Court of Cassation 29 April 2020 no 8325 no 17 above.

⁷⁷ Press Office of the Constitutional Court, Press Release of 28 January 2021, available at https://www.cortecostituzionale.it/documenti/comunicatistampa/CC_CS_20210128193553.pdf (last visited 29 January 2021).

le, leaving the resolution of the problem to the intervention of the legislator, who will have to find more adequate tools to protect the condition of the child born through surrogate maternity. The judges, without prejudice to the criminal prohibition (if considered also extended to altruistic surrogacy, is currently not known; we will have to wait for the reasons), recognized that the current legal framework, therefore including the use of adoption, does not ensure full protection to the interests of the child. In particular, it cannot be excluded that, in the absence of an intervention by the lawmaker, which they define as necessary, the judges will intervene in the near future directly to fill the gap found regarding the child's protection⁷⁸. However, regardless of a possible future intervention by the Constitutional Court, which wins against the inertia of the legislator, the Italian legal scholar is not exempted from the task of finding in the current legal system the most suitable rules to ensure the protection of the surrogacy child's rights nor the absence of a specific legislative framework can bind the scholar to a hermeneutic option that he considers detrimental to constitutional values⁷⁹.

⁷⁸ Gap of protection that the Court also found in one case, concerning a child born to a lesbian couple, decided in the same hearing on 27 January 2021, in which – following a conflict situation of the two women – it was not even possible to resort to adoption. Even in this case the judges, in declaring the question inadmissible, issued a strong warning to the legislator to urgently identify the most suitable forms of protection of children's rights, also in the light of international and European sources: Press Office of the Constitutional Court, Press Release of 28 January 2021, available at https://www.cortecostituzionale.it/documenti/comunicatistampa/CC_CS_20210128192038.pdf (last visited 29 January 2021).

⁷⁹ For more widespread considerations on the role of legal scholars with regard constitutional interpretation see P. PERLINGIERI, *Interpretazione e controllo di conformità alla Costituzione*, in *Rassegna di diritto civile*, 2018, 601; ID, *La dottrina del diritto civile nella legalità costituzionale*, in *Rassegna di diritto civile*, 2007, 497.

LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN EN ESPAÑA. ASPECTOS SUSTANTIVOS E INTERNACIONALES

(https://doi.org/10.47907/clq2021_1a3)

CARMEN AZCÁRRAGA MONZONÍS

SUMARIO: I. Planteamiento de la cuestión. II. El tratamiento legal de la gestación por sustitución en España: del artículo 10 de la Ley sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida a la práctica administrativa y judicial relativa a los asuntos internacionales. III. Reflexiones finales.

I. Planteamiento de la cuestión.

La gestación por sustitución es una materia controvertida y compleja, presente en el debate social y jurídico desde hace unos años en España, cuya sociedad está polarizada en dos tendencias encontradas: por un lado, quienes desean que se regule esta práctica y se pueda convenir libremente mediante contrato y, por otro lado, los que consideran que no debe permitirse por vulnerar derechos fundamentales de las mujeres y convertir a los bebés en mercancías¹.

¹ Marrades Puig, A.: “La gestación subrogada en el marco de la Constitución española: una cuestión de derechos”, *Estudios de Deusto*, vol. 65, nº 1, 2017, p. 1. Recientemente se ha pronunciado también el Comité de Bioética de España, que se posiciona a favor de la prohibición universal al asociar esta práctica con la explotación de las mujeres y las dificultades que entrañaría controlar este aspecto. Informe de mayo de 2017 disponible en (consultado el 30 de octubre de 2019): http://assets.comitedebioetica.es/files/documentacion/es/informe_comite_bioetica_aspectos_eticos_juridicos_maternidad_subrogada.002.pdf

Los modelos de familia han evolucionado fuertemente en pocos años y la legislación ha de adaptarse ineludiblemente a nuevas realidades que afectan a adultos y niños con legítimos intereses. A pesar de ello, esta necesaria adaptación, que sí se produjo anteriormente en otras materias como el divorcio, el matrimonio entre personas del mismo sexo o la reproducción asistida, no parece que vaya a llegar a corto plazo en el caso de la gestación por sustitución, una realidad cuyas consecuencias afectan tanto al ámbito privado como al público. La certeza que antaño se asociaba a la maternidad ha dado paso a nuevas situaciones que ponen en cuestión la máxima “*mater semper certa est*”, procurando un nuevo principio de base contraria (“*mater non semper certa est*”), “el cual plantea grandes retos, tanto de cara al legislador, como para los intérpretes del Derecho”².

Como estudiaremos en este trabajo, el Derecho español considera nulos los contratos por los que se convenga la gestación de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor de un tercero, tal y como dispone el artículo 10.1 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida (LTRHA en adelante)³. Pero esta previsión tan contundente no ha evitado ni que las personas se trasladen al extranjero y emprendan relaciones jurídicas válidas solicitando a continuación que produzcan efectos en España, ni la organización en nuestro país de ferias para promocionar esta opción, las cuales han generado mucha polémica⁴. Para muchos, esta regulación conlleva la expresa prohibición de esta figura en España. Sin embargo, para otros, lo anterior no implica su interdicción⁵, debido fundamentalmente a que, como veremos más adelante, la propia

² Vilar González, S.: “La inseguridad jurídica derivada de la insuficiente regulación de la gestación subrogada en España”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 11, nº 2, 2019, p. 817.

³ BOE núm. 126, de 2 de mayo de 2006. La anterior Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida de 1988 ya prohibía esta práctica. La estudia SALVADOR IDRACH, V.: “Gestación por sustitución: Inadmisión en la Ley 35/1988, de 22 de noviembre”, *Revista General de Derecho*, 1997, pp. 5189 y ss.

⁴ Surrofair 2016 y 2017 (consultado el 30 de octubre de 2019): <https://www.surrofair.com/>.

⁵ Heredia Cervantes, I.: “La inscripción de relaciones de filiación constituidas en el extranjero mediante gestación por sustitución: seis años desperdiciados”, *Boletín del Ministerio de Justicia*, nº 2179, 2015, pp. 339 a 396; Sales Pallarés, L.: “La pérdida del interés (superior del menor) cuando se nace por gestación subrogada”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 11, nº 2, 2019, p. 330.

legislación española permite cauces que conducen a la inscripción de los nacidos por medio de esta técnica de reproducción asistida⁶. Pero ya nos acojamos a una interpretación o a otra, lo cierto es que esta regulación no disuade a los ciudadanos que viajan a otros países con el fin de acceder a legislaciones más permisivas, dando lugar al fenómeno del “*Fertility Tourism*” o “*Cross-border reproductive care*”⁷.

No existen estadísticas oficiales sobre el recurso a esta técnica por ciudadanos españoles. En noviembre de 2017 el Gobierno español respondió a una pregunta parlamentaria sobre esta cuestión formulada en septiembre de 2016 (más de un año antes), donde aseguró que había tenido conocimiento entre 2010 y 2016 de novecientos setenta y nueve inscripciones de hijos por gestación subrogada en oficinas consulares y misiones diplomáticas españolas de doce países (Canadá, Estados Unidos, Reino Unido, India, Nepal, México, Tailandia, Ucrania, Rusia, Grecia, Portugal y Sudáfrica). La cifra, no obstante, se alejaba sensiblemente de las estimaciones de asociaciones de familias y de las agencias partidarias de esta práctica, que calculan que cada año nacen entre ochocientos y mil niños de padres españoles con este método⁸.

En cualquier caso, este fenómeno con elementos transnacionales es imparable y, considerando que afecta a derechos fundamentales de las personas involucradas en el mismo – principalmente de los menores y de las madres gestantes –, resulta necesario que el legislador español

⁶ No se descarta por ningún sector doctrinal ni jurisprudencial que a pesar del contrato nulo se pueda llegar a fijar la filiación de estos niños respecto a los padres intencionales por otras vías, lo que se concluía ya incluso con la anterior Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Asistida. Salvador Idrach, V.: “Gestación por sustitución: Inadmisión en la Ley 35/1988...”, *cit.*, p. 5200. Según señala este autor, “La nulidad de pleno derecho decretada por el legislador en la ley 35/1988, de 22 de noviembre, respecto a la gestación por sustitución, no es absolutamente equivalente a la carencia total de efectos jurídicos, por ello ante el nacimiento de un niño/a por este procedimiento, deberá determinarse las cuestiones de filiación derivada de ello, y preguntarnos por la maternidad y la paternidad, así como por la posibilidad, en su caso, de la adopción”.

⁷ 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, nº 2, 2015, pp. 46 y 49.

⁸ El País, “El Gobierno cifra en 979 los hijos inscritos desde 2010 por gestación subrogada” disponible en (consultado el 30 de octubre de 2019): https://elpais.com/politica/2017/11/08/actualidad/1510169780_776827.html.

tome las riendas ya que hasta la fecha han sido los órganos administrativos y judiciales españoles los encargados de proporcionar respuestas a estos asuntos, adoptando un papel que no les corresponde. Además, el tratamiento proporcionado está siendo dispar y errático, lo que en nada favorece a la seguridad jurídica en una materia tan necesitada de lo contrario. La muestra más mediática de esta inseguridad jurídica fue protagonizada en 2018 por un grupo de familias españolas en Ucrania, que vivieron meses de incertidumbre en Kiev hasta que finalmente se les permitió viajar a España junto con los treinta y nueve menores nacidos en este país, a los que se concedió los salvoconductos correspondientes para ello⁹.

Esta vía se encuentra ahora mismo cerrada en este país debido a las irregularidades detectadas, con lo que el devenir de los menores nacidos con posterioridad ha quedado en un limbo jurídico. Pero tampoco el de los menores nacidos en otros países que permiten esta técnica queda realmente claro en nuestro sistema. El lector entenderá por qué cuando estudiemos a continuación el tratamiento legal en España de la gestación por sustitución con elementos de extranjería.

II. El tratamiento legal de la gestación por sustitución en España: del artículo 10 de la Ley sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida a la práctica administrativa y judicial relativa a los asuntos internacionales.

El artículo 10 LTRHA, único precepto de nuestro ordenamiento jurídico sobre la materia, preceptúa lo siguiente: “1. *Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a*

⁹ El País, “El Gobierno cierra la vía a registrar bebés de vientres de alquiler en Kiev”, disponible en (consultado el 30 de octubre de 2019): https://elpais.com/sociedad/2019/02/19/actualidad/1550570978_831692.html. Explica con mayor detenimiento esta crisis Jiménez Blanco, P.: “La “crisis” de la gestación por sustitución en Ucrania y el caos en el Ministerio de Justicia (comentario a las Instrucciones de la DGRN de 14 y 18 de febrero de 2019)”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, n° 37, 2019, pp. 24 y ss de la Crónica de Derecho internacional privado. Reproducen el Comunicado del Consulado español en Kiev sobre este asunto Ortega Giménez, A., Cobas Cobiella, M.E. y Heredia Sánchez, L.S.: “A propósito del debate surgido por la paralización de las inscripciones de nacimiento por el Consulado español en Kiev”, *Diario La Ley*, n° 9281, 2018, p. 1.

cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero. 2. La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto. 3. Queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales”.

Son diversas las reglas que se extraen de este artículo, que suscitan complejos interrogantes cuando se pretende su aplicación al ámbito de las relaciones internacionales. En primer lugar, el apartado primero declara nulos de pleno derecho los contratos, onerosos o gratuitos, que acuerden una gestación subrogada¹⁰ y la consecuente renuncia a la filiación materna a favor de terceros. Pero, ¿a qué contratos se refiere? La disposición no contiene un criterio para delimitar su ámbito de aplicación territorial. ¿Se refiere por tanto solo a los contratos celebrados en España o también a los suscritos en el extranjero? ¿Es esta una norma imperativa o de orden público y, por tanto, aplicable también a la filiación de niños nacidos en el extranjero en países donde se acepta esta práctica? Continúa señalando la norma que la filiación de los hijos nacidos por gestación subrogada será determinada por el parto. ¿También la de aquellos niños nacidos en el extranjero donde se dicte una resolución que indique otra cosa, al amparo de una legislación más permisiva? ¿Y si la madre que da a luz no desea el vínculo de filiación? ¿Se le va a obligar a perpetuarlo? ¿No se da cabida, por tanto, a la filiación intencional? Parece que en cierto modo sí se reconoce al menos para el padre que aporta material genético, según el tenor de la última norma del artículo 10 LTRHA, que deja a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico de conformidad con las reglas correspondientes del Derecho civil español.

¹⁰ La Audiencia Provincial de Barcelona no parece tener tan clara esta nulidad, como denuncia Gálvez Criado, A.: “¿Sigue siendo nulo en España el contrato de gestación subrogada? Una duda razonable”, *Diario La Ley*, nº 9444, 2019. El artículo analiza la reciente sentencia nº 10/2019, de 15 de enero de la sección 4ª de la AP de Barcelona, que versa sobre dos “contratos de asesoramiento en gestación subrogada” celebrados en España entre dos parejas de hombres españoles y la empresa SUBROGALIA, S.L. con la finalidad de prestar los servicios necesarios para acometer una gestación por sustitución en el Estado mexicano de Tabasco, donde esta práctica era entonces legal. En ningún caso se produce el proyectado nacimiento, por lo que las parejas demandan a la empresa española. La Audiencia, al igual que el Juzgado de primera instancia, calificó los contratos como arrendamiento de obra y no de servicios, sin plantearse en ningún momento la posible nulidad de los mismos.

Ahora bien, ¿no es ésta una manera indirecta de aceptar por tanto esta técnica, si bien por medio de un cauce de mayor duración que la inscripción ante el Registro Civil, lo que puede repercutir negativamente en la continuidad de las relaciones transfronterizas y, en definitiva, en la vida de los niños?

Principalmente en los últimos diez años se ha desarrollado en torno a este precepto una extensa práctica administrativa y judicial sobre la gestión de asuntos internacionales en la que no solo se aprecia el errático tratamiento de esta materia como denunciábamos antes, sino también la diversidad con la que se interpretan conceptos jurídicos indeterminados clave en este contexto (tales como el “orden público internacional” o el “interés superior del menor”¹¹), hasta el punto de ser utilizados para argumentar tanto posturas a favor como en contra de la inscripción de menores nacidos en el extranjero por medio de esta técnica de reproducción asistida.

Con base en la mencionada premisa legal, en España se han dictado a lo largo de los últimos años una serie de decisiones administrativas y judiciales que han ido resolviendo con mayor o menor fortuna los casos internacionales que se han planteado en el país. El asunto que más repercusión ha tenido se refiere a dos niños gemelos nacidos en California en 2008, cuya inscripción fue inicialmente denegada en el Registro Civil consular de Los Ángeles (Estados Unidos). Para esta familia empezaba en aquel momento un periplo judicial que ha supuesto un rosario de decisiones favorables y denegatorias según la instancia, dando lugar a un panorama en el que consideramos que no se ha velado lo suficiente por el interés superior de esos niños y la importancia de evitar situaciones claudicantes en las relaciones transfronterizas.

Denegada la inscripción por parte del Cónsul español en Los Ángeles, los interesados interpusieron recurso ante la Dirección General de los Registros y del Notariado (DGRN en adelante), que dictó Resolución el 18 de febrero de 2009 estimándolo y ordenando que se procediera a la inscripción de los menores tal y como constaba en las certificaciones registrales extranjeras que habían presentado los solicitantes,

¹¹ Véase al respecto el trabajo de la autora Azcárraga Monzonís, C.: “La gestación por sustitución en el Derecho Internacional Privado español. Un ejemplo más de la controvertida aplicación de conceptos jurídicos indeterminados”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, nº 17, 2017.

donde ambos aparecían como sus padres. Tal resolución consideró que dicha solución no vulneraba el orden público internacional español, evitaba una discriminación por razón de sexo (dado que ambos padres eran varones) y protegía el interés superior del menor.

Posteriormente, el Ministerio Fiscal, discrepando de la visión anterior, presentó demanda impugnando dicha resolución alegando que era contraria al orden público español y que la solución del Derecho californiano infringía directamente el art. 10 de la LTRHA, por lo que la filiación de los hijos nacidos por medio de la gestación por sustitución debía venir determinada por el parto, quedando a salvo cualquier posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico. Tanto los solicitantes de la inscripción como el Abogado del Estado contestaron a la demanda oponiéndose. Sin embargo, el Juzgado de Primera Instancia núm. 15 de Valencia dictó sentencia¹² estimando la impugnación y acordando dejar sin efecto y cancelar la inscripción de nacimiento acordada por la DGRN.

Los solicitantes recurrieron en apelación ante la Audiencia Provincial de Valencia¹³, que desestimó el recurso resolviendo el asunto prácticamente como si se tratase de un supuesto puramente interno¹⁴, alegando que debía aplicarse el artículo 10 de la LTRHA, lo que, consecuentemente, hacía nulo el contrato y otorgaba la filiación a la mujer que dio a luz. Y es contra esta sentencia que se pronunciaría en 2014 por primera y única vez en esta materia la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo. El Fallo se adoptó con el Voto particular (discrepante) de cuatro magistrados de un total de nueve, lo que ya da cuenta por sí mismo de lo controvertido del tema.

El recurso de casación que dio lugar a la sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014¹⁵ se articuló sobre un único motivo: infracción del artículo 14 de la Constitución Española por

¹² Sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 15 de Valencia núm. 193/2010, de 15 septiembre (AC 2010\1707).

¹³ Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia núm. 826/2011, de 23 noviembre (AC 2011\1561).

¹⁴ Álvarez De Toledo Quintana, L.: “El futuro de la maternidad subrogada en España: entre el fraude de ley y el correctivo del orden público internacional”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 6, nº 2, 2014, p. 13.

¹⁵ Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, núm. 835/213, de 6 de febrero de 2014 (RJ 2014\833).

vulneración del principio de igualdad, en relación con el derecho a la identidad única de los menores y a su interés superior consagrado en la Convención de los Derechos del Niño de 1989¹⁶. El razonamiento del Tribunal Supremo partió de una premisa correcta: la técnica jurídica que ha de aplicarse para abordar esta problemática no es la del conflicto de leyes sino la del reconocimiento de decisiones extranjeras. Es decir, la autoridad española no debía plantearse qué legislación resultaba aplicable al supuesto sino que ya existía una decisión adoptada por una autoridad de otro país y lo que había que resolver era si dicha decisión podía ser reconocida y desplegar efectos en el sistema jurídico español.

El Tribunal Supremo asume que es una realidad que las personas circulen de unos países a otros y, con ello, que entren en contacto con diversos ordenamientos jurídicos con la posibilidad de elección de respuestas jurídicas diferentes pero esta posibilidad de elegir, señala, presenta unos límites que vienen constituidos por “el respeto al orden público entendido básicamente como el sistema de derechos y libertades individuales garantizados en la Constitución y en los convenios internacionales de derechos humanos ratificados por España y los valores y principios que estos encarnan” (FJ 3). De ahí que, como continúa explicando el Tribunal, si bien el control de legalidad no puede entenderse como absoluto porque de lo contrario haría imposible el reconocimiento, sí ha de suponer el respeto a esas normas, principios y valores.

A partir de esta consideración, el Tribunal argumenta en definitiva que la norma del art. 10 de la LTRHA integra el orden público internacional español y que en aras del interés superior del menor no se puede permitir su mercantilización. Además, no es posible inscribir a los menores como una consecuencia “periférica” del contrato nulo (ni siquiera la patria potestad)¹⁷ ya que la pretensión se refiere justamente a la consecuencia directa y principal del contrato, por lo que no podía admitirse la disociación entre el contrato y la filiación, tal y como

¹⁶ BOE núm. 313, de 31 de diciembre de 1990.

¹⁷ Aunque no se inscriban, se ha considerado una consecuencia periférica aceptable que se pudiera otorgar la patria potestad de los niños a los padres comitentes hasta que obtengan una resolución constitutiva de la adopción. Álvarez De Toledo Quintana, L.: “El futuro de la maternidad subrogada...”, *cit.*, p. 21.

sostenían los recurrentes (FJ 3)¹⁸. Como consecuencia de lo anterior, el Tribunal falla desestimar el recurso de casación contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, instando al Ministerio Fiscal a “ejercitar las acciones pertinentes para determinar en la medida de lo posible la correcta filiación de los menores y para su protección, tomando en consideración, en su caso, la efectiva integración de los mismos en un núcleo familiar “de facto””.

En 2015 el Tribunal Supremo tuvo una nueva oportunidad para posicionarse sobre este mismo asunto por medio del auto de 2 de febrero de 2015¹⁹ con ocasión del incidente de nulidad de actuaciones interpuesto por los recurrentes. Estos consideraron, entre otras cuestiones, que se habría desviado el debate desde una cuestión registral civil a otra distinta sobre las consecuencias de la ilicitud en España de la gestación por sustitución. Es decir, pareciera como si se hubiera aprovechado la ocasión para dictar una sentencia ejemplarizante. El Alto Tribunal declaró no haber lugar a la nulidad de la sentencia, afirmando, además, que en el marco del derecho a la intimidad familiar no procede extrapolar la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos²⁰

¹⁸ Comparte este argumento De Verda Beamonte, J.R.: “Inscripción de hijos nacidos mediante gestación por sustitución (a propósito de la sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 15 de Valencia, de 15 de septiembre de 2010)”, *Diario La Ley*, nº 7501, 2010, p. 6.

¹⁹ Auto de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 2 de febrero de 2015 (RJ 2015\141).

²⁰ Para ahondar en el tratamiento de esta materia por parte del TEDH, incluyendo las sentencias dictadas hasta la fecha y la reciente Opinión Consultiva dictada a requerimiento de la *Cour de Cassation* francesa, véase Carrascosa González, J. y Calvo Caravaca, A.L.: “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, nº 2, 2015; RÍO SANTOS, F.: “La jurisprudencia del TEDH en materia de gestación por sustitución y su influencia en la jurisprudencia española”, *Actualidad Civil*, nº 6, 2017; Godoy Vázquez, M.O.: “La gestación subrogada en la jurisprudencia del TEDH, TJUE y Tribunal Supremo”, *Anuario de la Facultad de Derecho*, nº 34, 2018; Quicios Molina S.: “Regulación por el ordenamiento español de la gestación por sustitución: dónde estamos y hasta dónde podemos llegar”, *Revista de Derecho Privado*, nº 1, 2019, pp. 16-18; Lazcoz Moratinos, G. y Gutiérrez-Solana Journoud, A.: “La invisible situación jurídica de las mujeres para el TEDH ante la maternidad subrogada en la primera Opinión Consultiva del Protocolo nº 16”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 11, nº 2, 2019; 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. VI, nº 1, 2019, pp. 118 y ss.

(TEDH en adelante) consagrada en los asuntos *Labassee y Mennesson contra Francia* (ambas sentencias de 26 de junio de 2014, posteriores por tanto a la decisión española de febrero de 2014) ya que la legislación de aquel país y la española no son equiparables. Mientras el ordenamiento francés no permite por ningún medio el reconocimiento de esta filiación, el Derecho español sí prevé otras vías para el establecimiento de la filiación en estos casos.

En este asunto persistirá la duda sobre si el resultado hubiera sido diferente en caso de que los recurrentes hubieran aportado la sentencia dictada en virtud del Código de Familia de California²¹ (aunque no lo exigiera la normativa registral aplicable), tal y como establece la vigente Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010 sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución²². La misma resulta más permisiva con esta realidad social pero sin dejar de prever garantías aunque su papel de cuasilegisador sea criticable²³. Fija las directrices para la calificación en el Registro Civil de las solicitudes de menores nacidos en el extranjero por esta vía cuando al menos uno de los progenitores ostente la nacionalidad española y, a tal fin, establece como requisito previo para la inscripción “la presentación ante el Encargado del Registro Civil de una resolución judicial dictada por Tribunal competente”.

²¹ Señala el Tribunal Supremo en el Fundamento de Derecho primero de la sentencia de 2014 que se ha hecho referencia a la existencia de dicha sentencia a lo largo del litigio pero que no ha sido aportada al proceso. De hecho, el Código de Familia de California exige una decisión judicial en la que se declaren extintos los derechos de la madre gestante y los de su eventual pareja, y que atribuya el vínculo de filiación a los padres intencionales. Quiñones Escámez, A.: “El contrato de gestación por sustitución no determina la filiación sino la intervención de una autoridad pública conforme a la ley”, *InDret. El orden público interno, europeo e internacional civil. Homenaje a la Dra. Nuria Bouza*, nº 2, 2017, nota al pie nº 3, p. 205.

²² BOE núm. 243, de 7 de octubre de 2010. Instrucción vigente en virtud de la Circular de 11 de julio de 2014 de la DGRN a pesar de la analizada sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 2014. De hecho, la DGRN ha dictado resoluciones posteriores a dicha sentencia que aplican esta Instrucción. Díaz-Fraile, J.M.: “La gestación por sustitución ante el Registro Civil español...”, *cit.*, p. 109.

²³ Durán Ayago, A.: “Una encrucijada judicial y una reforma legal por hacer: problemas jurídicos de la gestación por sustitución en España. A propósito del auto del Tribunal Supremo de 2 de febrero de 2015”, *Bitácora Millenium DIPr: Derecho internacional privado*, nº 2, 2015, p. 62.

Esta exigencia, que da lugar a una “posición ecléctica” por parte de la DGRN ante este fenómeno²⁴ y que encuentra su base en la previsión contenida en el art. 10.3 LTRAH²⁵, tiene la finalidad de controlar el cumplimiento de los requisitos de perfección y contenido del contrato requeridos en la ley del país donde se ha formalizado, así como la protección de los intereses del menor y de la madre gestante. En especial, como explica la propia Instrucción, permite constatar la plena capacidad jurídica y de obrar de la mujer gestante, la eficacia legal del consentimiento prestado por no haber incurrido en error sobre las consecuencias y alcance del mismo, ni haber sido sometida a engaño, violencia o coacción o la eventual previsión y/o posterior respeto a la facultad de revocación del consentimiento o cualesquiera otros requisitos previstos en la normativa legal del país de origen. Igualmente, permite verificar que no existe simulación en el contrato de gestación por sustitución que encubra el tráfico internacional de menores. Por el contrario, la Instrucción no admite como título apto para inscribir el nacimiento y la filiación una certificación registral extranjera o la simple declaración acompañada de certificación médica del nacimiento en la que no conste la identidad de la madre gestante.

Una vez dictada la resolución extranjera y solicitado su reconocimiento ante las autoridades españolas, si la misma deriva de un procedimiento contencioso, la vía para lograr el reconocimiento será el *exequatur* y si es equiparable a un procedimiento español de jurisdicción voluntaria, su inscripción quedará sometida al reconocimiento incidental por parte del Encargado del Registro Civil como requisito previo a su inscripción. La Instrucción exige que dicho control incidental constate los siguientes aspectos: la regularidad y autenticidad formal de la resolución judicial extranjera y de cualesquiera otros documentos que se hubieran presentado; que el Tribunal de origen hubiera basado su competencia judicial internacional en criterios equivalentes

²⁴ Al realizar una “clasificación esencial de los supuestos de hecho” en función de que en el país de origen haya intervenido una autoridad judicial (California) o no (Ucrania, India) para homologar el contrato y establecer legalmente la filiación a favor de los padres comitentes. Díaz-Fraile, J.M.: “La gestación por sustitución ante el Registro Civil español..”, *cit.*, p. 90.

²⁵ Artículo 10.3 LTRAH: “(...) 3. *Queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales*”..

a los contemplados en la legislación española²⁶; que se hubiesen garantizado los derechos procesales de las partes, en particular, de la madre gestante; que no se ha producido una vulneración del interés superior del menor y de los derechos de la madre gestante (en especial, deberá verificar que el consentimiento de esta última se ha obtenido de forma libre y voluntaria, sin incurrir en error, dolo o violencia y que tiene capacidad natural suficiente); que la resolución judicial es firme y que los consentimientos prestados son irrevocables, o bien, si estuvieran sujetos a un plazo de revocabilidad conforme a la legislación extranjera aplicable, que éste hubiera transcurrido, sin que quien tenga reconocida facultad de revocación la hubiera ejercitado.

Junto con la Instrucción de la DGRN de 2010 – que ha dado lugar a unas veinte resoluciones²⁷– y continuando con esta visión favorable al reconocimiento de efectos de la gestación por sustitución con elementos de extranjería, resulta necesario mencionar también el tratamiento otorgado por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, ya que, a diferencia de la postura mantenida en la Sala de lo Civil²⁸, esta instancia y otras inferiores han admitido en reiteradas ocasiones otra consecuencia de esta figura (diferente a la filiación) con base en la necesaria atención a los menores: la prestación por paternidad o maternidad.

En aplicación de una suerte de orden público atenuado, la Sala de lo Social reconoció por primera vez esta realidad como situación protegida por la prestación por maternidad a finales de 2016 en dos asuntos en los que los hijos fueron concebidos en Estados Unidos y la India²⁹.

²⁶ El “sistema de los contactos razonables” debería prevalecer aquí sobre el “sistema bilateralista” según Calvo Caravaca, A. L. y Carrascosa González, J.: “Gestación por sustitución y Derecho internacional privado...”, *cit.*, p. 65.

²⁷ Díaz-Fraile, J.M.: “La gestación por sustitución ante el Registro Civil español...”, *cit.*, p. 96.

²⁸ Se ha debatido profusamente sobre la posible incoherencia entre las posturas de las dos Salas del Tribunal Supremo. El objeto y la finalidad de los asuntos conocidos por éstas es diferente y, por ende, no tienen por qué ser resueltos del mismo modo, pero ello no impide defender que sería deseable un tratamiento unívoco de esta realidad en nuestro sistema.

²⁹ Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo núm. 881/2016, de 25 de octubre de 2016 (RJ 2016\6167; la sentencia cuenta con tres Votos Particulares, dos de los cuales no cuestionan el sentido del fallo y, por ende, la conveniencia de otorgar la prestación al padre biológico mientras el tercero sí considera que se tendría que haber desestimado el recurso por haber incurrido en fraude de ley) y Sentencia

En el primer caso se trataba de una trabajadora con un hijo inscrito en el Registro del Consulado de España en Los Ángeles, figurando la actora como madre y su pareja varón como padre. En el segundo, un español que contrató una reproducción asistida en la India, utilizándose su material genético. La madre gestante alumbró dos niñas y aceptó ante notario en Nueva Delhi que el hombre asumiera en exclusiva la patria potestad, siendo las menores inscritas en el Registro Consular de dicha ciudad como hijas de los padres biológicos (la madre gestante y el varón español) y posteriormente trasladadas a España por su progenitor.

Si bien en un inicio la Seguridad Social española denegó las prestaciones solicitadas, el Tribunal Supremo dio la razón a los solicitantes al estimar que ha de hacerse una interpretación integradora de las normas aplicadas, contempladas a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, del Tribunal de Justicia de la Unión Europea³⁰ y de diversos preceptos internacionales, constitucionales, legales y reglamentarios. En el caso del varón, además, se recuerda que las prestaciones por maternidad también cubren supuestos de adopción o acogimiento, que la madre puede transferir al padre una parte de ellas y que, en ciertos casos, cuando la madre biológica no puede disfrutarlas (muerte, ausencia de protección) se transfieren al padre, como debe hacerse en esta ocasión.

de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo núm. 953/2016, de 16 de noviembre de 2016 (RJ/2016/6152; incluye dos Votos Particulares que apoyan que se tendría que haber desestimado el recurso).

³⁰ El TJUE dictó dos sentencias el 18 de marzo de 2014 (asuntos C-167/12 y C-363/2012) que resuelven sendas cuestiones prejudiciales planteadas por Reino Unido e Irlanda donde se aborda esta materia. La pretensión de acceder a las prestaciones de maternidad en estos casos no puede ampararse en el Derecho de la Unión Europea porque éste no brinda una respuesta positiva al problema en cuestión en diversas Directivas, pero el Tribunal Supremo ha advertido que tampoco la excluye, constatando, además, que los Estados miembros pueden adoptar o mantener disposiciones más favorables que las albergadas por las Directivas examinadas (STS núm. 881/2016, Sala de lo Social, de 25 de octubre de 2016, FJ 4). Explican con detalle estas sentencias Gorelli Hernández, J.: “La prestación por maternidad en los casos de gestación por sustitución o maternidad subrogada (vientres de alquiler)”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº 1, 2017; Moreno Pueyo, M.J.: “Maternidad subrogada y prestación de maternidad”, *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, nº 116, 2015, pp. 35 y ss; Hernández Rodríguez, A.: “Determinación de la filiación de los nacidos en el extranjero mediante gestación por sustitución: ¿Hacia una nueva regulación legal en España?”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 6, nº 2, 2014, pp. 165 y ss.

La Sala de lo Social considera que de acuerdo con la jurisprudencia nacional e internacional precitada, si el núcleo familiar existe actualmente, es decir, si los menores tienen relaciones familiares “de facto” con los recurrentes, la solución alcanzada tanto por los recurrentes como por las autoridades públicas que intervengan habría de partir de este dato y permitir el desarrollo y la protección de estos vínculos, siendo un medio idóneo la concesión de la prestación por maternidad. De no otorgarse la protección por maternidad al menor nacido tras un contrato de gestación por subrogación, se produciría una discriminación por razón de su filiación, contraviniendo lo establecido en los arts. 14 y 39.2 de la Constitución Española, disponiendo este último precepto que los poderes públicos asegurarán la protección integral de los hijos, iguales ante la ley, con independencia de su filiación³¹.

Además, en la aplicación de las normas de Seguridad Social lo decisivo a la hora de otorgar las prestaciones por maternidad es la concurrencia de un doble requisito, el primero regulado por normas civiles (el acontecimiento familiar) y el segundo por leyes sobre prestación de actividad productiva asalariada (derecho laboral reflejo). Aunque la gestación por sustitución no aparece expresamente contemplada en la Ley General de la Seguridad Social, cuando ésta identifica las situaciones protegidas por las prestaciones de maternidad, diversas hipótesis interpretativas permiten incluir estos supuestos. Por ejemplo, considerando que es una variante de la maternidad genérica (por lo que ha de subscribirse en ella) o que la analogía aconseja asimilarlos al acogimiento³².

Por lo tanto, se esgrime que no se está creando una prestación nueva, sino solo interpretando las exigencias de las actuales de conformidad con lo establecido en el ordenamiento jurídico, aunque en supuestos donde concurre la paternidad biológica de quien demanda las prestaciones ese recurso interpretativo debería ser solo adicional ya que, según se afirma, carece de sentido admitir la protección cuando nace un hijo fuera del matrimonio, o como consecuencia de una relación sexual esporádica, pero rechazarla en estos supuestos. La Sala asegura que su postura interpreta las normas sobre prestaciones de maternidad “no solo a la luz de la “realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad

³¹ STS núm. 953/2016, Sala de lo Social, de 16 de noviembre de 2016 (FJ 9).

³² STS núm. 881/2016, Sala de lo Social, de 25 de octubre de 2016 (FJ 6 y 9).

de aquella” (art. 3.1 CC) sino, muy especialmente, a la vista del tenor de otros preceptos. No se trata de violentar lo preceptuado por el legislador sino de aquilatar el alcance de sus previsiones, armonizando los diversos mandatos confluyentes”³³.

En definitiva, el Tribunal Supremo ha considerado en este orden que no se aprecia conducta fraudulenta o, directamente, delictiva, más allá de la ilicitud que comporta la propia maternidad por encargo³⁴ y que la atención a los menores debe ser el punto de vista predominante cuando se trata de prestaciones de Seguridad Social. Se considera que en este ámbito no se debe entrar en las prohibiciones sobre inscripción registral o sobre el propio contrato de maternidad por sustitución y que hay que distinguir dos planos perfectamente diferenciados: el atinente al contrato de gestación por sustitución y su nulidad legalmente establecida y la situación del menor. Según se aduce, la nulidad del contrato no puede perjudicar al menor, entre otros motivos, porque nuestro ordenamiento laboral ya reconoce ciertos efectos en casos de negocios jurídicos afectados de nulidad³⁵, además está abierto a instituciones extranjeras declaradas por resoluciones judiciales o administrativas extranjeras cuya finalidad y efectos jurídicos sean los previstos para la adopción y el acogimiento preadoptivo³⁶ y, por encima de todo, porque el interés superior del menor ha de guiar cualquier decisión que les afecte.

Ahora bien, esta doctrina, que consideramos plenamente acertada, puede verse afectada por el Real Decreto-ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la

³³ *Idem.*

³⁴ STS núm. 881/2016, Sala de lo Social, de 25 de octubre de 2016 (FJ 9): en este asunto no se aprecia conducta fraudulenta alguna, abuso de derecho u obtención ilícita de prestaciones que pudieran alterar el resultado, como hubiera ocurrido si se pretende una duplicidad de prestaciones o en casos en los que exista un conflicto entre progenitores biológicos y subrogados.

³⁵ STS núm. 953/2016, Sala de lo Social, de 16 de noviembre de 2016 (FJ 9): cuando se reconoce el derecho al salario por el tiempo ya trabajado al amparo de un contrato que resultase nulo, en el supuesto en el que se establece pensión de viudedad en determinados casos de nulidad matrimonial o cuando se acotan los efectos de la ausencia de permiso de trabajo.

³⁶ Art. 2.2 del Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo, por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de Seguridad Social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural. BOE núm. 69, de 21 de marzo de 2009.

ocupación³⁷, que ha abierto un periodo de incertidumbre sobre su eventual impacto en esta clase de relaciones familiares. Así, con esta nueva norma se ha unido en una única prestación “por nacimiento y cuidado del menor” la antigua prestación de maternidad y paternidad, además de haberse ampliado los tiempos de disfrute al progenitor distinto a la madre biológica y los requisitos de acceso a la prestación³⁸. En principio se desprende que todo nacimiento se encuentra amparado en esta prestación pero la clave parece encontrarse en qué debe entenderse por los términos “madre biológica”, si aquella que lo ha sido a través de parto biológico o bien, en un sentido más amplio, aquella que presenta un vínculo genético con el menor, independientemente del método utilizado³⁹. En todo caso, la constante referencia a esta persona no parece que vaya a permitir la inclusión de los supuestos de gestación por sustitución⁴⁰, por lo que, en definitiva, tendremos que esperar, de nuevo, una interpretación jurisprudencial.

Para terminar con la práctica española, explicaremos al lector el insólito episodio protagonizado por la DGRN en febrero de 2019, cuando adoptó una Instrucción aún más favorable al reconocimiento de efectos que la vigente de 2010, que fue anulada unos días más tarde por una segunda Instrucción de mismo nombre, en virtud de la cual se retornó a las directrices de 2010. La primera Instrucción, de 14 de febrero de 2019, sobre actualización del régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución⁴¹, que no llegó a publicarse en el Boletín Oficial del Estado y que derivó probablemente de la presión mediática ejercida en el caso ucraniano anteriormente mencionado, establece unas directrices de actuación para las inscripciones consulares atendiendo a la diversidad de situaciones posibles en origen⁴². Tras quince páginas de consideraciones previas, comienza

³⁷ BOE núm. 57, de 7 de marzo de 2019.

³⁸ Tomás Mataix, D.: “La problemática derivada del reconocimiento de los efectos del contrato de gestación subrogada desde la perspectiva del Derecho del trabajo y de la Seguridad Social”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 11, nº 2, 2019, p. 357.

³⁹ *Ibidem*.

⁴⁰ Sales Pallarés, L.: “La pérdida del interés...”, *cit.*, p. 340.

⁴¹ Disponible en (consultado el 30 de octubre de 2019): https://e00-elmundo.uecdn.es/documentos/2019/02/16/instruccion_gestacion.pdf.

⁴² Jiménez Blanco, P.: “La “crisis” de la gestación por sustitución en Ucrania y el caos en el Ministerio de Justicia...”, *cit.*, p. 25 de la Crónica de Derecho internacional privado.

por confirmar la vía de inscripción de la filiación previamente acuñada por la Instrucción de 2010 (esto es, presentando, junto a la solicitud de inscripción, la resolución judicial dictada por Tribunal competente en la que se determine la filiación del nacido), cuyo criterio se consideraba válido en líneas generales aunque, como veremos, se introducían algunas novedades.

En suma, salvo que resultara aplicable un convenio internacional, la Instrucción de 14 de febrero de 2019 señalaba que la resolución judicial extranjera debía ser objeto de *exequatur* según el procedimiento contemplado en la Ley 29/2015 de Cooperación Jurídica Internacional en Materia Civil de 2015⁴³ para posteriormente proceder a la solicitud de la inscripción de nacimiento ante el Registro Civil español acompañada del auto judicial que ponga fin al mencionado procedimiento de exequátur. No obstante lo anterior, en el caso de que la resolución extranjera tuviera su origen en un procedimiento análogo a uno español de jurisdicción voluntaria, no se consideraba precisa la previa obtención del exequátur, pudiendo practicarse la inscripción previo reconocimiento incidental por parte del encargado del Registro Civil, siempre que éste pudiera verificar positivamente en su calificación registral si tal resolución podía ser reconocida en España. En dicho control incidental debía constatar:

- a) La regularidad y autenticidad formal de la resolución extranjera y de cualesquiera otros documentos que se hubieran presentado, traducidos en su caso al castellano o a una de las lenguas oficiales españolas en el territorio del Registro en que se presenten (salvo que al Encargado del Registro le constare el contenido del documento, en cuyo caso podía prescindir de la traducción).
- b) Que el Tribunal de origen hubiera basado su competencia judicial internacional en una conexión razonable, entendiéndose por tal una conexión que responda a criterios equivalentes a los contemplados en la legislación española.
- c) Que se hubiesen garantizado los derechos procesales de las partes, en particular, de la madre gestante. En ningún caso se aceptaría que la resolución se hubiera dictado en rebeldía de la madre gestante.

⁴³ BOE núm. 182, de 31 de julio de 2015.

- d) Que no se hubiera producido una vulneración del orden público, en particular del interés superior del menor y de los derechos de la madre gestante. Este control requería que se verificaran especialmente varios aspectos, algunos de los cuales suponían destacadas novedades respecto de la Instrucción de 2010⁴⁴:
- en primer lugar, que el consentimiento de la madre gestante se había obtenido de forma libre y voluntaria, sin incurrir en error, dolo o violencia, con suficiente información y consciencia del alcance de su declaración de voluntad, y con la capacidad natural suficiente; y, como novedad, que dicho consentimiento se confirmara en un momento posterior al nacimiento del niño,
 - en segundo lugar, otra novedad: que se garantizaba el derecho del niño a conocer sus orígenes biológicos, y
 - en tercer lugar e igualmente novedoso, en línea con lo exigido en el ámbito de la adopción, que no concurrían motivos graves de falta de idoneidad respecto de los padres comitentes para asumir las funciones tuitivas y protectoras del nacido propias de la patria potestad, por razón de edad, estado de salud u otras.
- e) Que la resolución judicial era firme y que los consentimientos prestados eran irrevocables, o bien, si estuvieran sujetos a un plazo de revocabilidad conforme a la legislación extranjera aplicable, que éste hubiera transcurrido, sin que quien tuviera reconocida facultad de revocación, la hubiera ejercitado.

Al igual que recoge la Instrucción de 2010, seguía señalando la de 14 de febrero de 2019 en su directriz segunda que en ningún caso se admitiría como título apto para la inscripción del nacimiento y filiación del nacido, una mera certificación registral extranjera o la simple declaración acompañada de certificación médica relativa al nacimiento del menor en la que no constara la identidad de la madre gestante. Por el contrario —y en este punto se establecía una de las principales novedades introducidas por esta Instrucción—, en caso de que en la certificación registral extranjera o en la declaración y certificación médica

⁴⁴ Durán Ayago, A.: “Gestación por sustitución en España: *a hard case needs law*. De por qué la jurisprudencia no puede resolver este problema”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 11, nº 2, 2019, p. 579.

del nacimiento del menor, sí constara la identidad de la madre gestante (siendo ésta extranjera y habiendo ocurrido el nacimiento en el extranjero), la competencia del Registro Civil español para practicar la inscripción de dicho nacimiento requería que se acreditara la filiación del menor respecto de un progenitor español, conforme al artículo 15 de la vigente Ley, de 8 de junio de 1957, del Registro Civil⁴⁵, así como, a partir de su entrada en vigor, al artículo 9 de la nueva Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil⁴⁶ (LRC 2011 en adelante).

La Instrucción permitía que dicha acreditación tuviera lugar bien mediante sentencia firme recaída en un procedimiento de filiación (conforme a los artículos 764 y siguientes de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil⁴⁷ y 10.3 LTRHA) o bien mediante el reconocimiento del padre en cualquiera de las formas establecidas en el Código civil (CC en adelante), cumpliendo los requisitos previstos en cada caso para la plena validez y eficacia de dicho reconocimiento. En especial si el reconocimiento tenía lugar mediante declaración del padre ante el Encargado del Registro Civil, se requería el consentimiento expreso de la madre o del representante legal del menor, conforme al artículo 44.7 LRC 2011). Para que fuera posible la inscripción debían concurrir, además, los requisitos para la validez o eficacia del reconocimiento exigidos por la Ley civil aplicable. Si la madre gestante hubiera estado casada y fuera aplicable la presunción de paternidad matrimonial, se exigía asimismo igualmente el consentimiento del marido o cualesquiera otros requisitos impuestos, en su caso, por la legislación civil aplicable. Junto con lo anterior, la directriz segunda exigía también en todos los supuestos de reconocimiento de la filiación paterna que el mismo se completara mediante otros medios de prueba suficientes, a juicio del encargado del Registro Civil, para acreditar de forma indubitada la realidad de esa filiación paterna. Para ello, se mencionaba como medio preferente (no exclusivo) la prueba de ADN.

Una vez acreditada la filiación paterna en la forma indicada, se ordenaba practicar de forma inmediata la inscripción del nacimiento, haciendo constar la filiación materna resultante del parto y la filiación paterna resultante de la sentencia o del reconocimiento. En el caso de

⁴⁵ BOE núm. 151, de 10 de junio de 1957.

⁴⁶ BOE núm. 175, de 22 de julio de 2011.

⁴⁷ BOE núm. 7, de 8 de enero de 2000.

que se pretendiera también la determinación de la filiación materna respecto de la mujer comitente que fuera cónyuge o pareja unida por análoga relación de afectividad a la conyugal del varón comitente (o bien respecto del marido o pareja masculina unido con el padre cuya filiación ha quedado inscrita), se conminaba a acudir a un procedimiento de adopción del menor, tramitado en España, con todos los requisitos que para ello exige el artículo 177 CC, a cuyo efecto resultaba obligatorio que el encargado del Registro Civil consular informara a los comitentes sobre los requisitos para la constitución de dicha adopción; en particular sobre la necesidad de asentimiento de la madre gestante (que debía otorgarse libremente, en la forma legal requerida y por escrito, previa información de sus consecuencias de forma clara y suficiente para que el mismo pueda considerarse un asentimiento válido, y una vez hubieran transcurrido seis semanas desde el parto).

La directriz tercera de la Instrucción de 14 de febrero de 2019 se refería a los casos en que la ley extranjera aplicable, conforme al artículo 9.4 CC⁴⁸, determinara la maternidad únicamente a favor de una mujer distinta de la que ha gestado, por sí sola o bien estando unida a otra mujer en matrimonio o en pareja unida por análoga relación de afectividad a la conyugal, no resultando aplicable la solución anterior. En tal supuesto se recogía una solución novedosa en el Derecho español que parecía incluso dejar sin efecto el “intocable principio” por el cual la maternidad viene determinada por el parto⁴⁹. Se justificaba ante la eventualidad de que el menor quedara desprotegido al

⁴⁸ Artículo 9.4 CC: “La determinación y el carácter de la filiación por naturaleza se regirán por la ley de la residencia habitual del hijo en el momento del establecimiento de la filiación. A falta de residencia habitual del hijo, o si esta ley no permitiere el establecimiento de la filiación, se aplicará la ley nacional del hijo en ese momento. Si esta ley no permitiere el establecimiento de la filiación o si el hijo careciere de residencia habitual y de nacionalidad, se aplicará la ley sustantiva española. En lo relativo al establecimiento de la filiación por adopción, se estará a lo dispuesto en el apartado 5.

La ley aplicable al contenido de la filiación, por naturaleza o por adopción, y al ejercicio de la responsabilidad parental, se determinará con arreglo al Convenio de La Haya, de 19 de octubre de 1996, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños”.

⁴⁹ Andreu Martínez, M^a.B.: “Una nueva vuelta de tuerca en la inscripción de menores nacidos mediante gestación subrogada en el extranjero: la Instrucción de la DGRN de 18 de febrero de 2019”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, n^o 10 bis, 2019, p. 76.

no hacerse cargo del mismo la madre gestante, una circunstancia que debía constatarse mediante la correspondiente declaración de ésta, si bien se permitía también que este extremo se dedujera de los términos del contrato de gestación subrogada. De este modo, acreditado todo lo anterior (tanto la negativa de la madre gestante a hacerse cargo del menor como la inscripción de la filiación en el Registro respecto de la madre comitente), si ésta presentaba algún vínculo genético con el nacido por haber aportado su óvulo para la fecundación, sería aplicable analógicamente lo previsto en el artículo 10.3 LTRHA en los términos antes expresados respecto de la filiación paterna, a efectos de poder reconocer e inscribir en el Registro Civil español la filiación materna a favor de la mujer cuyo material genético hubiere sido empleado en la formación del preembrión transferido a la madre gestante.

En definitiva, además del cauce previsto en la Instrucción de 2010, se constata cómo la DGRN tuvo intención de facilitar la determinación de la filiación de niños nacidos en países donde no existe la posibilidad de obtener una resolución judicial, a través de mecanismos extrajudiciales no previstos en el artículo 10.3 LTRHA⁵⁰, una vía que, como anunciábamos con anterioridad, fue anulada solo unos días después por medio de la Instrucción de 18 de febrero de 2019 sobre actualización del régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución⁵¹. La escueta Instrucción considera que se trata de un fenómeno en el que se produce una grave vulneración de los derechos de los menores y de las madres gestantes y que resulta necesario un tratamiento que permita valorar todas las circunstancias que se presenten en cada supuesto, especialmente a la vista de los claros abusos contra las mujeres gestantes que se han dado en ocasiones y de la ilicitud de la lucrativa actividad de las agencias mediadoras que operan en este terreno⁵².

Por ello, se deja sin efecto la Instrucción de 14 de febrero de 2019 en relación con los niños que hayan nacido mediante este procedimiento

⁵⁰ *Ibidem*, p. 73.

⁵¹ BOE núm. 45, de 21 de febrero de 2019.

⁵² En contra, 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 La Ley*, nº 9453, 2019, p. 5. El autor considera que la crítica vertida contra las agencias mediadoras es injusta y desproporcionada.

con posterioridad a la fecha de la publicación en el Boletín Oficial del Estado de esta Instrucción (esto es, con posterioridad al 21 de febrero de 2019), volviendo a estar vigente la Instrucción de 5 de octubre de 2010, lo que *de facto* excluye cualquier procedimiento registral que vaya a iniciarse en Ucrania⁵³ y demás países en los que no se dictan resoluciones judiciales para atribuir la filiación. Como opción alternativa ante la ausencia de sentencia extranjera, se indica que el solicitante podrá obtener, *si procede*, de las autoridades locales el pasaporte y permisos del menor para viajar a España, lo que transforma el problema de la determinación de la filiación en un problema de extranjería⁵⁴ (pudiendo dar lugar incluso a casos de apatridia⁵⁵), por lo que no va a ser siempre fácil de articular según el país de nacimiento del niño aunque resulte conforme con la jurisprudencia del TEDH en la materia⁵⁶. Una vez en España, se deberá iniciar el correspondiente expediente para la inscripción de la filiación, con intervención del Ministerio Fiscal, o interponer las acciones judiciales de reclamación de dicha filiación.

⁵³ Flores Rodríguez, J.: “Atrapados en un vientre de alquiler en Ucrania: ¿Bioética o biopoder?”, *Diario La Ley*, nº 9388, 2019, p. 2.

⁵⁴ Jiménez Blanco, P.: “La “crisis” de la gestación por sustitución en Ucrania y el caos en el Ministerio de Justicia...”, *cit.*, p. 28 de la Crónica de Derecho internacional privado.

⁵⁵ En efecto, el solicitante obtendrá esos documentos “si procede”, ya que dependerá de la legislación del país del nacimiento del niño, el cual otorgará el pasaporte al menor si ostenta su nacionalidad en virtud de su legislación nacional. Si la misma estableciera que ostenta directamente la nacionalidad de los comitentes, por ejemplo, ya no podría aplicarse esta disposición. Ya advirtieron sobre este problema en 2011 Calvo Caravaca, A.L. y Carrascosa González, J.: “Notas críticas en torno a la Instrucción de la Dirección General de Registros y del Notariado de 5 de octubre de 2010 sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 3, nº 1, 2011, p. 248. En esta misma contribución se advierte que el artículo 17.1 CC atribuye la nacionalidad española a “los nacidos de padre o madre españoles” y no a los “hijos de españoles”, por lo que no exige que la filiación haya quedado determinada legalmente, siendo incluso suficiente para estos autores que existan “indicios racionales de su generación física por progenitor español” (p. 257) o, para otros, que se demuestre por cualquier medio de prueba admisible en nuestro ordenamiento (mediante una prueba de ADN como permitía la Instrucción de 14 de febrero de 2019, por ejemplo). Vela Sánchez, A.J.: “Análisis estupefacto ...”, *cit.*, p. 13.

⁵⁶ Jiménez Blanco, P.: “La “crisis” de la gestación por sustitución en Ucrania y el caos en el Ministerio de Justicia...”, *cit.*, p. 29. La autora considera que aun contando con los inconvenientes que puede causar a las familias, la vía procedimental abierta en esta nueva Instrucción resulta compatible con las pautas hasta ahora sostenidas por el TEDH dado que deja abierta la posibilidad de la determinación de la filiación.

Se ha considerado que lo anterior supondrá una “desincentivación del recurso a la gestación por sustitución en el extranjero por parte de ciudadanos españoles” (al menos en países donde no conste la intervención de una autoridad judicial), y al mismo tiempo una desprotección de los menores, que deberán viajar a España con documentación obtenida en el país de su nacimiento sin tener vínculo jurídico con los comitentes españoles. De ahí que se aconseje la aplicación de esta Instrucción con “especial cautela” para “evitar que en la práctica se alargue innecesariamente la incertidumbre del menor en cuanto a la determinación de su filiación”⁵⁷.

III. Reflexiones finales.

El estudio que terminamos con estas reflexiones finales evidencia que el tratamiento actual de la gestación por sustitución en España es insatisfactorio. En España parece estar prohibida (¿o no?) pero las personas interesadas viajan al extranjero a celebrar esta clase de contratos y el propio ordenamiento español, así como los órganos administrativos y judiciales del país, permiten sortear en determinadas circunstancias la nulidad de los contratos (y, para algunos, la prohibición proclamada en España), “blanqueando” de este modo lo que algunos consideran un fraude de ley⁵⁸.

Una corriente doctrinal asegura que existe “un verdadero derecho a la reproducción o a la procreación con fundamento constitucional”⁵⁹. No estamos de acuerdo con esta postura, ya que el “deseo” de ser padres no es equivalente a un eventual “derecho” a serlo⁶⁰. Sin duda la

⁵⁷ Andreu Martínez, M^a.B.: “Una nueva vuelta de tuerca ...”, *cit.*, p. 83.

⁵⁸ Sales Pallarés, L.: “La pérdida del interés...”, *cit.*, p. 332.

⁵⁹ Recoge esta idea y se adhiere a la misma Vela Sánchez, A.J.: “La gestación por sustitución en las Salas de lo Social del Tribunal Supremo y de los Tribunales Superiores de Justicia. A propósito de la prestación por maternidad en los casos de nacimientos derivados de convenio gestacional”, *Diario La Ley*, nº 8927, 2017, pp. 3-4: este derecho “estaría basado en la libertad como valor superior del ordenamiento jurídico y en la dignidad de la persona (de los progenitores comitentes) como expresión del reconocimiento de sus derechos y del libre desarrollo de su personalidad (*ex art. 10.1. CE*)”.

⁶⁰ Tampoco considera que exista un derecho a ser padres Aguilar Griede, H.: “Derechos humanos fundamentales y gestación por subrogación en el marco de los nuevos modelos familiares”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 11, nº 2, 2019, p. 40.

expectativa es legítima, pero no a cualquier precio, por lo que aunque se pudiera argumentar la consagración de tal derecho, éste no puede configurarse como absoluto. La explotación de mujeres sin recursos es inaceptable⁶¹. Como también lo es el desamparo legal que sufren directamente los menores nacidos no inscritos, por lo que parece necesario encontrar un marco jurídico que asegure que se han cumplido unas mínimas exigencias legales, así como los derechos, por encima de todo, de los niños y de las mujeres gestantes.

Ante el panorama descrito, sería deseable regular la gestación por sustitución contratada en el extranjero⁶² teniendo en cuenta las circunstancias en que se ha tenido acceso a la misma antes de que nazca el niño, esto es, condicionando el reconocimiento de decisiones públicas extranjeras que fijen la filiación a determinadas restricciones que garanticen los derechos y la dignidad de las partes involucradas, principalmente los niños y las madres gestantes. Si se continúa valorando *ex post* los casos que lleguen a las autoridades españolas, las decisiones tendrán que tener en cuenta necesariamente el bienestar del menor y su interés superior, lo que a nuestro juicio pasa por reconocer la filiación y las prestaciones derivadas de la misma teniendo que obviar las circunstancias en que se pactó su nacimiento y, por ende, sin la posibilidad de proteger ya en ese momento a la madre gestante.

⁶¹ Los Estados que admiten esta técnica suelen ser bien países basados en un modelo económico muy liberal, bien países pobres en los que impera la necesidad económica sobre los Derechos Humanos. *Ibidem*, p. 43. En el caso de las mujeres pobres, además, no se puede hablar de un verdadero consentimiento libre según Nuño Gómez, L.: “Gestación comercial: deseos y derechos”, *Notario del siglo XXI*, Marzo-Abril 2017, p. 18. Considera la autora que “El ejercicio de dicha libertad requiere de un yo autónomo no mediado por la supervivencia o la subordinación. En un contexto globalizado de feminización de la pobreza y rearme del neoliberalismo patriarcal, el consentimiento está viciado porque no se dan los requisitos exigibles a un contrato libre entre iguales”.

⁶² No nos referimos en este trabajo, por tanto, a una eventual regulación sustantiva que permita esta práctica en España. Sí lo hace Durán Ayago, A.: “Gestación por sustitución en España: *a hard case needs law...*” *cit.*, p. 581. La Profesora Durán opina que “Si sentamos los parámetros dentro de España, luego será más fácil y coherente fijar los casos que estarían fuera de la esfera del Derecho, puesto que habríamos construido nuestro orden público internacional sobre la base de una realidad admitida en nuestro ordenamiento jurídico y respaldada constitucionalmente por varios artículos...” (p. 582).

Queda evidenciado pues que el régimen establecido por el artículo 10 LTRHA es insuficiente y no resuelve los problemas surgidos con esta problemática. Incluso obviando que “la aplicación directa a los casos internacionales de la legislación civil española sobre gestación por sustitución resulta completamente improcedente y constituye un error metodológico de envergadura”⁶³, determinar la filiación de estos niños por el parto (art. 10.2 LTRHA) en los casos con elementos de extranjería donde la mujer que gesta renuncia a la filiación carece de sentido y dejarlo a la acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico (art. 10.3 LTRHA) no cubre todos los supuestos, por no hablar de la indefensión que se generaría en aquellas situaciones en que el progenitor biológico se negara a entablar dicha acción judicial.

El elemento biológico hace tiempo que dejó de ser el único criterio generador de la filiación jurídica en parte para hacer frente al problema de la infertilidad humana, por lo que la importancia del elemento volitivo ha ido creciendo con los años en la legislación española en este sector⁶⁴. Lo que aún no sabemos es si la irrupción de la intencionalidad en la filiación incluirá en algún momento también esta práctica, pero de no ser así, si la decisión pasa por prohibirla, será necesario referirse tanto a la nacional como a la internacional porque de lo contrario se deberían regular las situaciones nacidas en el extranjero. En todo caso, en un sentido u otro, no se debe dejar en manos de los jueces lo que corresponde al legislador⁶⁵. Apelando pues a la necesaria reacción del legislador, consideramos razonable la doctrina de la Instrucción de la DGRN de 2010 aunque imponga un requisito extraordinario para el acceso al Registro⁶⁶ y siempre y cuando se plasme en una norma de

⁶³ Calvo Caravaca, A.L. y Carrascosa González, J.: “Gestación por sustitución y Derecho internacional privado...”, *cit.*, p. 49.

⁶⁴ Vela Sánchez, A.J.: “La gestación por sustitución...”, *cit.*, p. 4.

⁶⁵ Uno de los Votos Particulares de la sentencia de la Sala de lo Social de Tribunal Supremo de 25 de octubre de 2016 considera que la situación actual “aumenta el margen de discrecionalidad judicial a través del uso extensivo de la ponderación y con ello socava el imperio de la ley y el equilibrio del sistema”. Se posiciona a favor de la “radical prohibición” pero en todo caso opina que ésta es una cuestión que ha de ser abordada exclusivamente por el legislador, pero nunca “mediante ocurrencias coyunturales e irreflexivas de incierto futuro” (refiriéndose a la doctrina de la DGRN) o “a través de interpretaciones judiciales que desbordan la ponderada y discrecional aplicación de la ley”.

⁶⁶ Esta exigencia añadida por la DGRN es contraria a la Ley según Calvo Caravaca, A.L. y Carrascosa González, J.: “Gestación por sustitución y Derecho internacional privado...”, *cit.*, p. 63.

rango jerárquicamente superior⁶⁷, ya que el necesario control de legalidad puede realizarse por medio de la intervención de un juez extranjero (o, se podría valorar, de otra autoridad pública según la teoría de la equivalencia de funciones), un control judicial que se plasmará en una resolución, que será reconocida (o no) posteriormente en España.

Si en el supuesto particular no se ha aportado tal decisión o, aun habiéndose aportado, el Encargado del Registro Civil no obtiene la certeza de que dichos aspectos sean veraces y que han sido probados en la resolución extranjera (doble control por tanto, primero de la autoridad extranjera y después de la española), el acceso al Registro español deberá ser denegado y el salvoconducto del bebé de salida del país rechazado por los Consulados españoles⁶⁸. Pero, si no es el caso y existe una resolución dictada por una autoridad pública extranjera de la que se infiera que la filiación se ha determinado legalmente, aunque se apreciara la existencia de una norma imperativa en el artículo 10 LTRHA, esta afectaría al contrato pero no necesariamente a un posible reconocimiento de la decisión extranjera⁶⁹. Es cierto que la corrupción existente en algunos países puede poner en peligro este control, al igual que exigir una decisión judicial en aquellos otros donde no existen cauces legales para que se puedan dictar esta clase de resoluciones en la materia, pero precisamente por ello no deberían registrarse menores nacidos en países donde no existan garantías jurídicas. Con el tiempo, este tipo de exigencias podría reconducir esta práctica solo a aquellos países que instituyan y protejan dichas garantías, eliminando la

⁶⁷ 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*, nº 10 bis, 2019, p. 731 opina que “la coexistencia del artículo 10.1 LTRHA y la Instrucción de 2010 encierra una profunda hipocresía por parte de la DGRN”, así como “una absoluta omisión del sistema de fuentes y jerarquía normativa”.

⁶⁸ En esta línea, la reciente sentencia del TSJ de Madrid de 13 de marzo de 2017 (JUR 2017/79536) desestimó acertadamente la pretensión de un matrimonio español ante el Consulado General de España en Moscú porque no se presentó resolución judicial con las exigencias requeridas en la Instrucción de la DGRN de 2010 y se consideró que el consentimiento de la madre gestante había sido anticipado y desprovisto de garantías. Noticia disponible en (consultado el 30 de octubre de 2019): http://www.eldiario.es/sociedad/decision-Consulado-Moscu-gestacion-subrogada_0_629937373.html

⁶⁹ Compartimos la opinión de Quiñones Escámez, A.: “El contrato de gestación...”, *cit.*, p. 206.

explotación de las mujeres extranjeras y otros efectos indeseables asociados actualmente a esta realidad.

En conclusión, a nuestro entender, la opción legislativa más adecuada en la materia pasaría por continuar exigiendo resolución judicial (o pública en todo caso) del país de origen, a pesar de que la próxima aplicación⁷⁰ de la nueva Ley del Registro Civil 20/2011⁷¹ (LRC 2011 en adelante) admitirá supuestos en que no se va a exigir necesariamente resolución judicial para el acceso al Registro. Se ha considerado que la nueva Ley generará en esta materia una situación de “esquizofrenia jurídica”⁷², aunque como se ha podido observar a la largo del trabajo, tal situación ya existe ante el mantenimiento de la nulidad de los contratos en la LTRHA, por un lado, mientras que, por otro, se permite que acceda al Registro Civil la filiación derivada de parte de estos contratos (resolución judicial extranjera mediante, en virtud de la Instrucción de la DGRN de 2010), por lo que más bien se va a perpetuar o incluso agravar la esquizofrenia jurídica existente.

Veremos en qué quedará en la práctica la aplicación conjunta de estas normas y directrices administrativas, al igual que resultará muy interesante seguir a nivel global la actividad de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado en esta materia, que se encuentra estudiando una iniciativa en el ámbito de la filiación que ha sido apoyada por la Unión Europea⁷³. Como muestran los trabajos de esta organización disponibles en línea⁷⁴, la idea de trabajar sobre esta materia surgió en 2001 y comenzó a impulsarse con mayor seriedad

⁷⁰ Tras diversos aplazamientos, entrará en vigor previsiblemente el 30 de junio de 2020. Disposición final primera de la Ley 5/2018, de 11 de junio, de modificación de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, en relación a la ocupación ilegal de viviendas (BOE núm. 142, de 12 de junio de 2018).

⁷¹ BOE núm. 175, de 22 de julio de 2011.

⁷² Durán Ayago, A.: “El acceso al Registro Civil...”, *cit.*, p. 266.

⁷³ European Parliament “Regulating international surrogacy arrangements – State of play”, August 2016: “This work at global level is necessary and relevant, as international surrogacy arrangements may imply relations between EU and third-country citizens, as well as conflicts of laws and jurisdictions with third countries”. Disponible en (consultado el 30 de octubre de 2019): [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2016/571368/IPOL_BRI\(2016\)571368_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2016/571368/IPOL_BRI(2016)571368_EN.pdf)

⁷⁴ Trabajos disponibles en (consultado el 30 de octubre de 2019): <https://www.hcch.net/es/projects/legislative-projects/parentage-surrogacy>.

en 2010, de modo que en un futuro (a muy largo plazo⁷⁵) tal vez contemos con un convenio internacional que armonice entre los Estados contratantes los aspectos internacionales de la filiación, dotándola de mayor seguridad jurídica en el ámbito de las relaciones transfronterizas.

El desafío no es menor: regular el reconocimiento de las filiaciones determinadas en el extranjero respetando la legislación en virtud de la cual se han establecido sin que se requiera una nueva determinación de la filiación en el país de la residencia final del menor. Según el último documento disponible de febrero de 2019⁷⁶, relativo a la reunión en La Haya del grupo de expertos sobre filiación (que representaron a veinte países de diferentes regiones del planeta) celebrada del 29 de enero al 1 de febrero de este año, existe un consenso en que la ausencia de normas de Derecho internacional privado sobre filiación producen situaciones indeseadas a nivel internacional, por lo que la adopción de un convenio internacional ayudaría a proporcionar previsibilidad, seguridad jurídica y continuidad de la filiación en las situaciones internacionales. Esta afirmación se hace extensible a la filiación derivada de la gestación por sustitución (que se desarrollaría en un protocolo separado), si bien se afirma que no debe entenderse como un apoyo a esta práctica, sino más bien como un mecanismo para afrontar en la práctica las situaciones claudicantes que resultan de estos contratos internacionales, así como para que los Estados puedan proteger mejor los Derechos Humanos de los implicados.

El informe asegura que la filiación se puede establecer en estos supuestos por distintas vías: a través de una decisión judicial, por mandato legal o por medio de un negocio unilateral o de un contrato. Entre estas opciones, muchos expertos opinan que una decisión judicial proporciona garantías que facilitan el reconocimiento de la filiación. De

⁷⁵ La diversidad de posturas sobre esta controvertida materia hace prever que se requerirá un largo tiempo hasta que se alcance un consenso internacional suficiente para adoptar este convenio, e incluso que la existencia de regímenes que quedarán fuera del mismo continuarán dando lugar a abusos y, consecuentemente, a los mismos dilemas. C. Fenton-Glynn: “The regulation and recognition of surrogacy under English law: an overview of the case-law”, *Child and Family Law Quarterly*, vol. 27, nº 1, 2015, p. 95.

⁷⁶ Documento disponible en (consultado el 30 de octubre de 2019): <https://assets.hcch.net/docs/55032fc1-bec1-476b-8933-865d6ce106c2.pdf>.

hecho, la propuesta, todavía incipiente, propone la adopción de normas sobre reconocimiento internacional de decisiones, bien en forma de condiciones a satisfacer para el reconocimiento (obligatorias) o de motivos de no reconocimiento a discreción del Estado requerido (no obligatorios), incluyendo un sistema de cooperación de autoridades que no necesariamente debería articularse por medio de Autoridades Centrales. También se apunta por algunos especialistas (otros no lo consideran viable) que debería valorarse el establecimiento de un control previo de las salvaguardas acordadas, antes de la concepción del niño, para evitar las situaciones actuales en que los Estados se ven abocados a lidiar con un hecho consumado (*fait accompli*).

Seguiremos atentos a la evolución de esta materia, tanto en el plano sustantivo (ya que existe una propuesta de regulación a iniciativa del Grupo parlamentario Ciudadanos, que parte de un derecho a la gestación por subrogación)⁷⁷ como en el internacional.

⁷⁷ BOCG, Congreso de los Diputados, Serie B, nº 145-1, 8 de septiembre de 2017. Analiza esta propuesta Quicios Molina, S.: “Regulación por el ordenamiento español de la gestación por sustitución...”, *cit.*, pp. 30 y ss.

GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO: POR UMA TEORIA A FAVOR DO RECONHECIMENTO DA MATERNIDADE NA DEFESA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

(https://doi.org/10.47907/clq2021_1a4)

GERALDO ROCHA RIBEIRO

I. Introdução: a evolução do direito da família

1.1. O problema da gestação de substituição e, num sentido mais amplo, das técnicas de procriação medicamente assistida (PMA) apresenta-se como o terreno de eleição para a disciplina do direito internacional privado (DIP)¹. As questões que levanta, de certa forma, sintetizam os problemas deste ramo do direito.

A concorrência de diferentes ordenamentos jurídicos para regular uma mesma situação jurídica convoca diferentes soluções legais que incidem sobre a posição jurídica dos interessados e que se repercutem no espaço, em particular, porque bulem com situações constituídas ou a constituir conforme o foro onde se coloquem em causa os seus efeitos. Isto implica a abordagem sobre o método (ou métodos) do DIP e sobre as suas dimensões: conflito de leis, conflitos de jurisdições e reconhecimento de sentença e actos públicos. As diferentes soluções materiais dadas por cada ordenamento retumbam no que constitui o âmago da esfera de interesses dos envolvidos na gestação de substituição: os progenitores intencionais, a gestante e, em especial, a criança.

¹ Cf. David Sindres — Le Tourism Procréatif et le Droit International Privé. *in* Journal du Droit International (Clunet) 142, no. 2 (2015), p. 434.

Não será irrelevante ter presente que a recente evolução do direito da família se tenha traduzido numa certa privatização das relações familiares, por oposição à sua regulação institucional levada a cabo pelo direito imperativo. Não só há uma maior liberdade na constituição das relações familiares, como na sua própria modelação. Enquanto instituto matricial das relações familiares e epicentro de efeitos jurídicos, o instituto do casamento tem vindo a perder relevância social e jurídica. A constituição da família não depende hoje somente do casamento, existem outros modelos e formas de família. Há alternatividade na forma de constituir e viver família, não só de facto e socialmente, mas igualmente em termos jurídicos. O confronto desta evolução social com o direito positivo nem sempre se apresenta claro, todavia a equiparação, por exemplo, da união de facto, no que toca à regulação das responsabilidades parentais (em particular no seu exercício, artigos 1901.º e seguintes, do Código Civil Português) na reforma de 2008², demonstra que, na relação entre progenitores e filhos, o casamento já não é o pilar fundamental do direito da família.

A família centraliza-se a partir de uma visão atomística de cada um dos indivíduos que a integram, e menos colectivamente na própria família.

Esta evolução não é um fenómeno isolado e muito menos nacional. Atendendo aos desenvolvimentos dos últimos anos no direito da família *européu* (ainda que não se trate de um conjunto unificado ou harmonizado integrante de uma ordem jurídica supra-nacional) há um processo silencioso de *harmonização* dos institutos de direito da família³. Isto apesar das diferenças culturais e sociais dos vários Estados europeus no que diz respeito à modelação jurídica das relações familiares.

Estamos perante um direito da família moderno balizado mais pela posição individual de cada um dos membros que integram a família, do que a sua diluição num grupo de interesses colectivos e

² Falamos da reforma aprovada pela Lei n.º 61/2008, de 31-10.

³ Para isso muito contribuí os grupos de trabalho de direito da família, verdadeiras fontes de direito, ainda que *soft law*, que tendem a oferecer critérios e normas de referências a incorporar dentro da margem de soberania de cada Estado. A reforma de 2008 bebeu em muito dos princípios da CEFL (Commission of European Family Law), disponíveis no sítio <http://ceflonline.net/principles/>.

prevalente face ao interesse de cada um dos seus membros⁴. Mesmo nas situações em que o grupo é chamado a responder perante as necessidades de um dos seus membros decorrentes dos deveres de assistência emergentes das relações familiares, o foco é centrado na posição do titular do direito e conseqüente prevalência do seu interesse em contraposição ao interesse do grupo família, valendo mesmo em situações em que ainda não estejam constituídas formalmente relações jurídico familiares⁵.

1.2. Para esta evolução contribuiu a revolução dos costumes operada a partir da década de 60 que trouxe ao mundo uma nova compreensão do que são as relações humanas e familiares. A moral de Estado e da colectividade diluiu-se em favor da garantia de defesa da reserva da vida privada e familiar numa perspectiva eminentemente individual. Deu-se a superação do direito imposto pela moral do Estado a partir das garantias de defesa individual da família privada do indivíduo. Veja-se a este respeito a jurisprudência sobre o direito à vida privada e familiar e sua evolução na interpretação do artigo 8.º, da Convenção Europeia dos Direitos Humanos (CEDH) e as transformações nos ordenamentos jurídicos dos Estados subsequentes⁶. As questões da

⁴ Esta dimensão individualística das relações familiares está patente no trabalho que discute a possibilidade de se reconhecer o direito de rejeitar a paternidade de um filho nascido contra a vontade do progenitor masculino. Jorge Martins Ribeiro — O direito do homem a rejeitar a paternidade de filho nascido contra a sua vontade. A igualdade na decisão de procriar (Coimbra: Coimbra editora, 2013) 335-341.

⁵ Um dos exemplos é a possibilidade de a mãe requerer alimentos do provável pai, artigo 1884.º, n.º 2, do Código Civil. Neste caso o interesse do filho, quer directo, quer mediado pela mãe, prevalece mesmo antes do estabelecimento formal da paternidade. Em igual sentido vale nos casos de estabelecimento da maternidade, onde o juízo provável justifica a atribuição de alimentos provisórios ao filho menor, interdito ou inabilitado (artigo 1821.º, do Código Civil). Ou mesmo, quando o conteúdo dos poderes funcionais integrantes das responsabilidades parentais é restringido pela inibição das responsabilidades parentais, o dever de assistência mantém-se (artigo 1917.º, do Código Civil).

⁶ Entre outros, Susana Almeida — O Respeito Pela Vida (Privada E) Familiar Na Jurisprudência Do Tribunal Europeu Dos Direitos Do Homem A Tutela Das Novas Formas De Família (Coimbra: Coimbra editora, 2008); Jorge Duarte Pinheiro — Direito ao respeito pela vida privada e familiar. *in* Comentário da Convenção Europeia dos Direitos Humanos e dos Protocolos Adicionais. Vol. II. Org. Paulo Pinto de Albuquerque (Lisboa: Universidade Católica Portuguesa, 2019) 1511-1537; Paulo Pinto de Albuquerque — O papel do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem na proteção da família e da criança – Convenção Europeia dos Direitos

transexualidade, os modelos de regulação das responsabilidades parentais, a protecção da criança e procriação medicamente assistida e adopção são alguns dos exemplos de como a jurisprudência do TEDH afirmou a liberdade do indivíduo e reflexamente do grupo a que pertence face ao modelo social de família do Estado.

Se este é o quadro de direito substantivo nacional, quando nos confrontamos com as especificidades das relações jurídicas internacionais, o objecto do DIP, a transformação do direito da família é ainda mais notória. Em particular, no que toca ao reconhecimento de situações constituídas no estrangeiro, os chamados direitos adquiridos ou mesmo às situações de reconhecimento de sentenças e/ou actos públicos (em especial, os actos de registo). A velocidade com que os costumes e moral avançaram nos últimos tempos e as diferenças de tratamento dadas por cada Estado são demonstrativos da actualidade e indeterminabilidade do que compõe e integra a defesa última do ordenamento jurídico nacional quando confrontado com a aplicação de direito estrangeiro: a excepção de ordem pública internacional (no nosso ordenamento, prevista no artigo 22.º do Código Civil). Tal tornou-se mais premente a partir do acórdão do *casamento espanhol*, do tribunal constitucional alemão e a aplicabilidade directa da Constituição às relações internacionais⁷.

do Homem; Regulamento (CE) 2201/2003 e Convenções da Haia. *in* Direito Internacional da Família (Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, 2019) [em linha www.cej.mj.pt] 9-11; António Marcelo Reis — Filiação e parentalidade à luz da jurisprudência do tribunal europeu dos direitos humanos. *in* Parentalidade e Filiação (Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, 2018) [em linha www.cej.mj.pt] 113-117; Maria Margarida Silva Pereira — O conceito de vida familiar na jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem face a turismo reprodutivo e maternidade de substituição. *in* *Julgar* 37 (2017).

⁷ Cf. Eheschließungsfreiheit; hier: Zulässigkeit der Eheschließung zwischen einem Spanier und einer geschiedenen Deutschen. BVerfG, 04-05-1971 (1 BvR 636/68), Neue Juristische Wochenschrift. 1971, 1509. Como nota o Tribunal Constitucional alemão, o resultado que advém da consequência da regra de conflito, mesmo que não contrária à ordem pública internacional, incorpora na decisão do Estado do foro que acomoda os efeitos prejudiciais aos direitos fundamentais dos interessados decorrentes da aplicação da lei estrangeira: «Ao mesmo tempo, resulta disto que a decisão impugnada contém uma intromissão excessiva e desproporcionada na liberdade do queixoso de se casar. Este direito fundamental protege a área mais íntima da constituição da família; o Estado não pode permitir que a realização da decisão conjunta sobre a constituição de família fique frustrada sem que tal encontre justificação num interesse superior com suficiente dignidade. É precisamente nesta área que a

Assim, quanto maior é o processo de integração europeu (aqui considerando o sistema de direitos humanos consagrado a partir da

aplicação da lei deve ter em mente a ideia orientadora da Lei Básica que o homem está no centro da ordem constitucional de valores e que as regras legais não são um fim em si mesmas. Por esta razão, também não é aceitável ver a única solução possível para sair do dilema legal seja a naturalização de um dos interessados. Para além do facto de que os pré-requisitos legais relativamente rigorosos para tal não serão frequentemente cumpridos, tal recomendação equivale à capitulação do direito internacional privado, cuja função é precisamente permitir que as pessoas em causa moldem as suas vidas pessoais de forma apropriada sem terem de renunciar à sua nacionalidade.» (cf. *Neue Juristische Wochenschrift*. 1971. 1514). Por si, este resultado é contrário à garantia dos direitos fundamentais, logo, é a danosidade do direito competente para a posição jus-fundamental do indivíduo e não necessariamente para a ordem jurídica como um todo que se concretiza na cláusula de excepção de ordem pública internacional. Aliás, a questão da conexão bastante ao Estado do foro levanta-se com a discussão sobre a *universalidade* da ordem pública internacional quando reportada à referência aos direitos fundamentais no artigo 6 EGBGB, a denominada *Inlandsbeziehung* da ordem pública internacional e a alteração ao artigo. 6 EGBGB ((MüKoBGB/v. Hein, 8. Aufl. 2020, EGBGB Art. 6 Rn. 148)). Ver sobre a conexão bastante com a ordem jurídica, Natalie Joubert — La notion de liens suffisants avec l'ordre juridique (*Inlandsbeziehung*) en droit international privé (Dijon: Litec, 2007) 133-293, em esp. 287-290. O entendimento pugnado na jurisprudência alemã convoca uma ideia de proporcionalidade, onde a existência de proximidade com o ordenamento do foro é inversamente proporcional à gravidade da violação dos direitos fundamentais, tal como reconhecidos por este ordenamento (cf. Patrick Kinsch — Droits de l'homme, droits fondamentaux et droit international privé. in *Recueil des cours de l'Académie de droit international* (Leiden: Brill, 2007) 248). Ver ainda Cf. Rui Moura Ramos — Regards sur les sources et les méthodes du droit international privé de la famille dans l'espace Européen. In *Tui Memores: La dimension culturelle du droit international privé*. (Genève-Zurich-Bâle: Schulthess, 2017): 85-113. 95-96.

O problema advém do alcance do sistema internacional de direitos humanos em confronto com os direitos fundamentais de matriz *nacional*. Como nota Looschelders, a excepção de ordem pública não legitima o escrutínio do direito estrangeiro, quanto mais não seja porque os direitos fundamentais não vinculam as autoridades do Estado estrangeiro (cf. *Die Ausstrahlung der Grund- und Menschenrechte auf das Internationale Privatrecht*. in *RabelsZ* 65 (2001) 3, 463, 477). Ainda a respeito da conformidade com a Constituição e a tutela de direitos fundamentais o avanço destes tende a depender mais do reconhecimento supra-nacional do que para-constitucional. Pelo menos esta a opinião de Amélie Gogos-Gintrand — La fondamentalisation du droit des personnes et de la famille: controle de constitutionnalité *versus* controle de conventionnalité. in *Recueil Dalloz* 2020 [em linha, www.dalloz.fr]. p. 2409.

Ainda a respeito do conceito de *Inlandsbeziehung*, como nota Helena Mota «Nas coordenadas em que se move o Direito de Conflitos, é possível distinguir entre as situações plurilocalizadas que são reguladas pela lei estrangeira mas que não manifestam com a lei do foro uma conexão significativa, das demais. De facto, a lei do foro pode apresentar-se apenas qua tale ou estar ligada à hipótese por um elemento de conexão

CEDH e, no âmbito do Direito da União, em especial, a Carta dos Direitos Fundamentais (CDF)) mais limitado será o alcance do instituto de ordem pública internacional na sua vocação de baluarte da ordem pública (inter)nacional. O confronto passa a ser mediado por um outro ordenamento jurídico que obedece a normas próprias e fins autónomos aos dos direitos nacionais. Contudo, tal desiderato está dependente da parificação de valores dentro da comunidade supra-nacional e objecto da harmonização⁸. Os limites da lei estadual eminentemente assentes na força na conexão territorial e que reclamam que a excepção de ordem pública seja o instrumento de defesa perante as consequências da lei estrangeira estão hoje condicionados a uma leitura supra-nacional de interesses feita a partir da posição individual de cada cidadão. Esta repercute-se no próprio entendimento interno do que são os valores prevalentes da comunidade nacional e a sua oposição face ao direito estrangeiro⁹. O cidadão é portador de um estatuto próprio e

que, do ponto de vista da questão jurídica a regular, é irrelevante. Esta exigência da ligação expressiva com o foro, a *Inlandsbeziehung*, consagra a ideia de uma justiça relativa, isto é, uma justiça que pode mudar de paradigma em função das circunstâncias de tempo e lugar em que é aplicada. Para que a aplicação da lei estrangeira no foro resulte intolerável é necessário que de alguma forma ela belisque de forma real e impressiva os interesses, direitos e situação jurídica das pessoas ou das instituições concretas. Não poderá ser indiferente à comunidade o resultado da aplicação daquela lei; de alguma forma, ela terá incomodado o sentimento jurídico vigente e, por isso, torna-se evidente para o julgador que é imperioso e urgente expurgar o “corpo estranho poluente” [cf. Baptista Machado. — Lições De Direito Internacional Privado. 3.^a ed. (Coimbra: Almedina, 1995). 263]» (cf. — Debatendo a procriação medicamente assistida. in Debatendo a procriação medicamente assistida. Ed. Luísa Neto; Rute Teixeira Pedro (Porto: FDUP, 2018) [disponível <https://sigarra.up.pt/fdup/>] 76).

⁸ Ernst Frankenstein afirma que «évident qu'un accord international sur l'application ou la non-application de l'ordre public suppose l'existence de conditions sociales et culturelles qui ne sont pas radicalement différentes» (cf. — *Projet D'un Code European De Droit International Privé* (Lugduni Batavorum: Brill, 1950) 5). Ora, esta ideia de parificação não é sempre garantida atendendo à posição do TEDH quanto à teoria da margem de apreciação.

⁹ Aliás, o fenómeno do direito supra-nacional e a ideia de soberania nacional é representativa de uma ideia de oposição à comunidade internacional como afronta aos processos democráticos e soberanos de um Estado. O exemplo maior desta reacção advém do BREXIT e da tentativa de afirmação da plena soberania estadual sobre o território nacional e que, apesar de mais tímida, afronta o próprio sistema de CEDH. Ainda que assente num modelo de cooperação por oposição ao modelo de integração da EU, a incorporação dos direitos e garantia dos mesmos a partir de decisões de um tribunal *supra-nacional* confronta os limites da legitimidade e validade da legislação nacional.

autónomo relativamente ao ordenamento jurídico a que pertence, porquanto existe uma tutela dos seus direitos reconhecida pelo direito internacional público (ainda que carecida de mediação pelo direito nacional).

1.3. Quando recentrado o problema no DIP, constatamos a crescente preocupação em promover a harmonização e unificação de soluções de direito internacional privado. A Conferência da Haia e o Conselho da Europa deram o mote a essa missão, sendo na UE que tal função assume particular destaque a partir do Tratado de Amesterdão. A harmonização e unificação do direito internacional privado (seja a partir de regras de conflito uniformes aprovadas por regulamentos ou convenções, ou pela abordagem metodológica plural) apresenta-se não como um processo de neutralização do direito, mas sim como salvaguarda da construção de um espaço jurídico comum (que tem como exemplo máximo, mas não exclusivo, o mercado interno da UE), cuja aplicação da lei estrangeira e livre circulação de decisões compreende a sua legitimidade à luz da comunidade de nações europeias e legitima a sua prevalência face ao direito nacional ou a acomodação deste face àquele. À medida que se alarga o espectro da unificação do direito internacional privado europeu nas suas múltiplas concretizações, menor é o impacto da excepção da ordem pública internacional. Tal sucede em particular dentro do direito da união europeia. Todavia, a mesma ganha foros de legitimação e funcionamento tradicional quando em causa esteja situações em contacto com Estados terceiros ou mesmos em domínios que bulem com o quadro de valores fundamentais e integrantes do núcleo de competência ainda sob a égide dos Estados membros¹⁰.

A porosidade que caracteriza as soluções do DIP, em termos de método, é o espelho das mudanças sociais e culturais, tentando-se, a partir da pluralidade metodológica, coordenar as múltiplas diferenças normativas, em particular, perante a liberdade individual e realidade institucional do direito da família. A inclusão das pessoas num mesmo

¹⁰ O problema que representa a excepção de ordem pública internacional quando abordada numa perspectiva supra-nacional é a luta entre a lei estrangeira e o direito nacional. Aquela será sempre apreciada do ponto de vista da ordem pública territorial. Como tal, os fins da unificação tendem a restringir o seu âmbito de aplicação, sob pena de se frustrar aqueles (cf. Ernst Frankenstein — *Projet D'un Code Europeen De Droit International Privé* (Lugduni Batavorum: Brill, 1950) 5 e 12).

espaço jurídico parte do pressuposto de que os limites dos ordenamentos jurídicos se devem estabelecer por referência ao respeito e garantia dos seus direitos fundamentais. No espectro europeu, o artigo 8.º CEDH ganha uma importância redobrada na tentativa de delimitar a força dos direitos nacionais, em particular, nos seus efeitos para as relações jurídico-privadas e direitos individuais do cidadão.

Encontramos uma relação dialética entre a volatilidade dos interesses privados e públicos inerentes ao direito da família e o carácter territorial ou nacional¹¹ dos critérios que permitem a constituição de uma relação familiar. Como nota Baptista Machado¹² o tempo e o espaço limitam *ab extrinseco* a norma de conduta, pelo que não existe um direito dotado de validade universal e despido da ideia de conexão espaço-temporal. Pode existir um direito tendente a superar as barreiras estabelecidas pelas fronteiras de cada Estado, como é o caso do espaço europeu, no entanto este direito *super-nacional* não deixará de ser um produto limitado, desde logo, porque mesmo o espectro europeu se encontra confinando a um bloco plural de ordenamentos jurídicos.

Nesta perspectiva, o direito, enquanto produto dos Estados, seja directa ou indirectamente, corresponde a uma perspectiva unilateral de interesses de um determinado ordenamento jurídico, seja este internacional, nacional ou regional. É inegável a relevância do âmbito de validade das leis e há, sem recrudescimento neo-estatuário (ainda que se possa discutir perante as soluções de reconhecimento do estabelecimento de filiação a partir da gestação de substituição por aplicação de normas materiais do Estado onde se executa o contrato), um impacto no âmbito de aplicação das normas. A vocação do direito nacional é regular situações internas, pelo que a natureza plurilocalizada muitas

¹¹ A diferença reside na escolha da conexão adequada a regular as questões integrantes do estatuto pessoal. O carácter territorial ou extraterritorial ganha especiais contornos com a determinação de um conexão dependente de um vínculo jurídico-político como é a nacionalidade e que tende a favorecer o reconhecimento extra-territorial de uma identidade cultural e social sedimentada no vínculo da nacionalidade. Sobre as questões de identidade cultural e integração ver Erik Jayme — *Identité culturelle et intégration: le droit international Privé Postmoderne* (vol. 251). In *Recueil des cours de l'Académie de droit international* [Brill Reference Online, acedido em 3 de Janeiro de 2021]).

¹² Cf. João Baptista Machado — *Âmbito de Eficácia e âmbito De Competência Das Leis (Limites Das Leis E Conflitos De Leis)*. (Coimbra: Almedina, 1998). 8.

vezes reclama (ou pode reclamar) o ajuste daquelas normas. De acordo com os ensinamentos de Castanheira Neves, o direito apresenta-se como «apenas uma solução possível para um problema necessário»¹³. Há, assim, uma dimensão necessariamente relativa decorrente da limitação espaço-temporal das normas jurídicas, porque a *extraneidade*, mesmo que conatural à situação plurilocalizada, se reporta à determinação da validade e eficácia de *normas* dependentes da efectivação por um Estado.

1.4. Quando convocamos a ideia de ordem jurídica, estamos a incorporar uma unidade de sentido a um conjunto de múltiplas normas. A projecção destas pressupõe a validação interna e, conseqüente, coerência axiológica-normativa dos valores de uma determinada comunidade, tanto mais relevantes quanto nevrálgicos ao eixo de valores em que assenta o Estado. Isto partindo de uma ideia de uma ordem jurídica nacional enquanto sistema aberto. Na verdade, há uma procura de equilíbrio necessário ao funcionamento do sistema, análogo ao processo de *homeostase*, quando no confronto com interesses a valores exógenos ao ordenamento. Deve, aliás, ser nesta óptica explicado o funcionamento da excepção de ordem pública internacional.

Também em relação ao direito da União é viável desenvolver um raciocínio paralelo. Não está excluída a possibilidade de cogitar a existência de uma ordem pública europeia ou, de qualquer modo, se reconhecer eficácia aos princípios e liberdades sancionados pelo Direito da União como um limite autónomo à aplicação da lei considerada competente pela concreta regra de conflitos de leis, à semelhança daquilo que acontece no caso dos instrumentos relativos aos direitos humanos e aos direitos da criança. Como nota Muir Watt, será nos domínios não regulados por direito europeu dos conflitos onde tal se fará maior tensão e sentido, desde logo, quanto às liberdades de circulação, decisões e actos públicos reguladas por regras uniformes, porquanto tende a provocar o desaparecimento gradual da territorialidade quanto à questão da execução¹⁴.

¹³ Cf. Castanheira Neves — O direito como alternativa humana. Notas sobre o problema actual do direito. *in* *Digesta: Escritos acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e Outros*. Vol. I (Coimbra: Coimbra Editora, 1995) p. 299.

¹⁴ Cf. Horatia Muir Watt — European Federalism and the New Unilateralism. *in* *Tulane Law Review* 82 (2008) 1984.

Exemplos paradigmáticos das transformações operadas no espaço europeu são os casos *Garcia-Avello*¹⁵ e *Grunkin-Paul*¹⁶ 17. A admissibilidade da composição do nome com apelidos dos progenitores, contra a lei competente (no caso, as leis da nacionalidade belga e alemã, respectivamente) foi fundada nas liberdades europeias. A liberdade de circulação impede que à mesma pessoa não se reconheça juridicamente o mesmo nome por diferenças na consequência jurídica da regra de conflitos e que determinam que a pessoa possa ter nomes diferentes em dois Estados-membros. Mas esta liberdade e consequente reconhecimento não se verifica apenas no direito ao nome. Também se estende às questões da transexualidade e consequente reconhecimento da mudança de sexo, como sucedeu no acórdão do *K.B.*¹⁸. Neste acórdão, vê-se a intersecção entre direito da união e direitos fundamentais consagrados na CEDH¹⁹, contudo circunscrita ao reconhecimento de efeitos quanto ao direito a prestações sociais.

Há (ou haveria até recentemente) uma ideia de convergência dos ordenamentos jurídicos²⁰. A autonomia do ordenamento jurídico europeu não representa, assim entendemos, uma estrita separação entre direitos europeu e nacionais. A autonomia existe, mas a tutela de interesses é comum e dentro dessa comunhão-convergência, a diferente valoração e vinculatividade normativas dos diferentes ordenamentos é tida, com respeito pelo princípio do primado do direito da União e sua

¹⁵ Cf. C-148/02 - ECLI:EU:C:2003:539.

¹⁶ Cf. C-353/06 - ECLI:EU:C:2008:559.

¹⁷ Num certo sentido, o funcionamento das liberdades europeias como mecanismo *ex ante* do DIP nacional teria como consequência criar um *tertium genus* na regulação das situações internacionais — o espaço europeu estaria imune às regras conflituais quando destas resultassem restrições ou limitações desproporcionais —, bem como incorporaria um estatuto autónomo e autolimitado na regulação destas situações convergindo o método conflitual para um sistema unilateral-estatutário.

¹⁸ C-117/01 (ECLI:EU:C:2004:7).

¹⁹ C-117/01 (ECLI:EU:C:2004:7). Para. 33-34. De acordo do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, no acórdão *Christine Goodwin c. Reino Unido* não há lugar a conceder margem de apreciação aos Estados quando tal represente uma solução que impeça o reconhecimento de capacidade para contrair casamento a transexuais (ECLI:CE:ECHR:2002:0711JUD002895795. §§103-104).

²⁰ Cf. Ludovic Bernardeau — «Citoyenneté Et Droit Communautaire». in *Europäisches Privatrecht in Vielfalt Geeint - Droit Privé Européen: L'unité Dans La Diversité*. Ed. Christian Baldus; Peter-Christian Müller-Graff (München: Sellier Europa Law Publishers, 2011) 283-96. p. 296.

interpretação conforme, numa relação biunívoca. Só desta forma podemos compreender a interconexão que resulta do direito da União²¹ mesmo em matérias para as quais não tem competência directa e por referência ao funcionamento do sistema instituído pela CEDH. Isto sem prejuízo da limitação que resulta da garantia dos direitos fundamentais consagrados na Carta de Direitos Fundamentais e pelo facto de o *acquis* estar dependente da aplicação do direito da União (artigo 51.º, n.º 1, CDF)²².

A integração europeia passa por uma abordagem sectorial atendendo à dimensão de integração económica que a encerra e orientou (*sectorial federalism*²³), mas que se expandiu a partir da actividade pretoriana do TJUE. Todavia, os princípios estruturais que sedimentam a ordem jurídica europeia cumprem uma função decisiva no processo de integração, nomeadamente, o princípio do mútuo reconhecimento e o princípio do funcionamento democrático das políticas europeias (24).

²¹ Os artigos 67.º e 81.º TFUE são respaldo deste fito do qual se desenvolveram instrumentos comunitários acima mencionados. A cooperação judicial em matéria civil visa promover a confiança comunitária, reconhecendo-se competências próprias da União para aprovação de normas sobre competência internacional, normas de conflitos, normas de reconhecimento, execução, prova e documentos e normas de processo civil. E, como vimos, competências para cooperação internacional entre o bloco da União e países terceiros. Para além da já referida Convenção de Lugano, temos, ainda a participação da União Europeia enquanto membro da Conferência da Haia. Já quanto à possibilidade de adesão à Convenção Europeia dos Direitos Humanos, tal apresenta-se mais distante, sem prejuízo da adopção, como direito da união vinculativo, a Carta de Direitos Fundamentais. A este respeito veja-se o Parecer 2/13 (ECLI:EU:C:2014:2454) onde o TJUE conclui que «O Acordo relativo à adesão da União Europeia à Convenção Europeia para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais não é compatível com o artigo 6.º, n.º 2, TUE nem com o Protocolo (n.º 8) relativo ao n.º 2 do artigo 6.º do Tratado da União Europeia respeitante à adesão da União à Convenção Europeia para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais.»

²² Cf. Armin Von Bogdandy, Matthias Kottmann, Carlino Antpohler, Johanna Dickschen — Reverse Solange - Protecting the Essence of Fundamental Rights against EU Member States. *in* Common Market Law Review, vol. 49, no. 2. (489-520).pp. 497-498.

²³ Cf. Carl Michael Quitzow — Some Brief Reflections About Federalism in the European Union and in the United States of America. *in* Modern Issues in European Law. Nordic Perspectives. Ed. Göran Melander (Göteborg: Norstedts Juridik, 1997) 183-98. pp. 192-193.

²⁴ Cf. Armin Von Bogdandy, Matthias Kottmann, Carlino Antpohler, Johanna Dickschen — Reverse Solange - Protecting the Essence of Fundamental Rights against

A este respeito, Weatherill sublinha que o sistema europeu assenta na cooperação activa entre a União e as autoridades nacionais, pelo que aquela só pode sobreviver se as reacções negativas a nível nacional forem absorvidas e respondidas a nível europeu (25). Por sua vez, Bieber refere que relação entre direito supra-nacional e direito nacional nunca é estática, apesar de circunscrita a um Tratado ou Constituição. É nos domínios de sobreposição que há movimentos de fluxo e influxo que modelam o direito supra e nacional (26).

1.5. O DIP está sob o comando da concepção mais elementar de justiça que gerou as linhas de rumo essenciais da ordem jurídica global (incluindo as normas de direito de conflitos) e à qual nenhuma lei pode renunciar sem se negar a si própria²⁷. É da sua essência ou da sua natureza conferir instrumentos de coordenação de sistemas que permitam realizar o fim último do direito, a justiça, enquanto negação da arbitrariedade. Considerando as relações de direito privado como o objecto do DIP, Jitta pugnava por ver aquele direito a partir da posição intersubjectiva que cada uma das pessoas ocupava, enquanto verdadeiro *ius gentium privatum*: partindo da situação jurídica e promovendo a sua *coabitação transfronteiriça, por oposição à teoria dos estatutos que se preocupa tão só da natureza das leis*²⁸.

EU Member States. *in* Common Market Law Review, vol. 49, no. 2. (489-520).pp. 490-491. Cf. C-26/62 - Van Gend en Loos (ECLI:EU:C:1963:1). p. 212: «A vigilância dos particulares, interessados na salvaguarda dos seus direitos». No acórdão Ruiz Zambrano o TJUE afirmou que o artigo 20.º TFUE obsta a medidas nacionais que tenham o efeito de privar os cidadãos do gozo efectivo do essencial dos direitos conferidos pelo seu estatuto de cidadão da União (cf. C-34/09 (ECLI:EU:C:2011:124) para. 42).

²⁵ Cf. Stephen Weatherhill — Cases and Materials on EC Law. 3rd (Oxford: Blackstone, 1996) 20.

²⁶ Cf. Roland Bieber — On the Mutual Completion of Overlapping Legal Systems: The Case of the European Communities and the National Legal Orders. *in* European Law Review. 13 (1988) 147-58. 147. A respeito do paralelo entre ordens jurídicas federais e o direito da União, resulta da visão de inter-partilha: «the scope and substance of the supranational and the overlapping national legal orders in federal system of United States are clearly interrelated and hence modify each other» (cf. *Bulmer v. Bollinger SA*, 1974). Ver ainda Xavier Groussot — Creation, development and impact of the general principles of community law towards a jus commune europeum? (Lund: Lund University press, 2005) 1.

²⁷ Cf. João Baptista Machado — Lições De Direito Internacional Privado. 3.ª ed. (Coimbra: Almedina, 1995). p. 256.

²⁸ Cf. Daniel Josephus Jitta — La Méthode Du Droit International Privé (La Haye: Belinfante, 1890). p. 41.

Ora, hoje falar em estatuto não é mais reportar somente ao conjunto de direito objectivo enquanto direito-quadro regulador de um conjunto de efeitos integrados ou unitários de elementos ou partes de uma situação jurídica. Antes é centrado, sobretudo a partir de Mancini, no conjunto de efeitos decorrentes de uma determinada situação jurídica. Por exemplo, a natureza extra-territorial decorrente do vínculo jurídico-político que é a nacionalidade, resulta da preocupação de prever que as questões que dizem respeito à pessoa são reguladas pela lei que lhe é próxima. Uma ideia de pretensa identidade social, cultural e política acompanha a projecção territorial de uma lei que, não fora esta natureza especial, estaria restrita no seu âmbito de aplicação às fronteiras do seu território. É, por isso, comum ver-se na discussão entre a conexão relevante domicílio e nacionalidade a questão social e política da integração e subordinação legal a uma *regula agendi* do quadro de efeitos pessoais. Há uma dupla circunscrição não necessariamente correspondente ou sobreposta. A escolha da conexão depende de opções de política legislativa que podem contrariar o *status quo* dos interessados particulares. Não é irrelevante o crescimento da autonomia conflitual como contrapolo à imperatividade da escolha da lei competente (vejam-se os exemplos da Convenção de Haia de 2000, do Protocolo da Haia de 2007, do Regulamento sobre as parcerias registadas e regime de bens, entre outros). Bem como os mecanismos de acomodação ou inclusão de normas ou regimes não primariamente competentes, desde logo através da substituição, transposição e adaptação²⁹.

Dito isto, o *estado da arte do método* do DIP, em particular, no que tange à gestação de substituição (objecto deste trabalho) convoca especiais desafios, em especial perante as consequências das regras de conflito em confronto com os direitos e expectativas dos interessados (muito em particular, dos progenitores intencionais). Com nota Muir Watt, a abordagem a partir do caso convoca uma certa condescendência por uma abordagem unilateralista a favor do reconhecimento com invocação dos direitos fundamentais *per se*, sem remissão para as

²⁹ Numa perspectiva síntese sobre as figuras de substituição, transposição e adaptação (sem prejuízo do desenvolvido *infra*), veja-se Afonso Patrão — A «adaptação» dos direitos reais no Regulamento Europeu das Sucessões. *in* Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. 92 (2016) 1. p. 121. 139-153.

regras de conflito do foro³⁰. De certa forma, apela-se a um valor de substantivização típica de uma abordagem estatutária, porque os efeitos a reconhecer, ancorando-se nos direitos fundamentais, partem do seu reconhecimento a partir de uma norma material aplicada e julgada competente a partir da conexão territorial onde se celebra e executa o contrato de gestação. Ou seja, ao arrepio da *lex causae* indicada pela regra de conflitos do Estado de destino da criança e de onde os progenitores intencionais saíram temporariamente por impossibilidade legal de realizarem o seu projecto de parentalidade e onde pretendem regressar e ver reconhecidos os efeitos permitidos à luz de outro Estado.

II. Filiação social, biológica ou genética

2.1. O problema e a sua discussão exigem que façamos uma abordagem *substantiva*, de modo a incorporar o problema do *reconhecimento* da maternidade da progenitora intencional. Será, ainda que não a única, a principal dificuldade no reconhecimento de efeitos da gestação de substituição³¹.

O estabelecimento da maternidade parte da máxima *mater semper certa est*. Até ao advento das técnicas de procriação medicamente assistida, o acto de dar à luz tornava certo de que a criança nascida tinha como progenitora a gestante-parturiente. A partir das técnicas de PMA, a possibilidade de implantação de um ovócito sem a identidade genética da gestante traz a lume o problema da definição do critério prevalente para o estabelecimento da maternidade.

A maternidade constrói-se ao arrepio do que era até aqui entendido como resultado de um processo natural de gestação onde a tríplice identidade biológica-gestante-parturiente não era posta em causa. Neste sentido, o critério natural teria uma correspondência com o critério jurídico. No entanto, o avanço da ciência trouxe a possibilidade de se romper com a correspondência desta trindade natural-jurídica. Há uma revolução relativamente ao que se entende ou se assume como

³⁰ Cf. Muir Watt — European Federalism and the New Unilateralism. *in* Tulane Law Review 82 (2008). 1885.

³¹ Este é pelo menos o entendimento que partimos, sem descurar as diferentes abordagens feitas por países como a Espanha, com a informação da DGRN de 18-02-2019 e que será tratada *infra*.

critério de estabelecimento de maternidade a partir do momento em que se altera *o natural devir da maternidade*. Por oposição, a paternidade sempre pressupõe uma correspondência entre paternidade genética-social, a partir do instituto do casamento ao se estabelecer como critério matricial um efeito *ex lege* a partir do nascimento ocorrido em momento contemporâneo ao casamento (prévio, constância e após, artigos 1826.º a 1831.º, do Código Civil).

A divergência entre identidade da paternidade social *versus* biológica sempre foi encarada a partir do casamento e na óptica de protecção do núcleo familiar por ele formado, bloqueando intromissões exteriores a essa unidade. Ainda que se tenha revogado o instituto da filiação ilegítima, podemos apontar a existência da sua reminiscência quando confrontamos o estabelecimento da paternidade a partir da presunção legal decorrente do casamento com os casos de paternidade estabelecida a partir da vontade do perfilhante e fora do casamento (artigo 1796.º, n.º2, do Código Civil).

Tal reminiscência da ilegitimidade está patente no regime de impugnação da perfilhação (artigo 1859.º, do Código Civil) em contra-posição com o regime de impugnação da paternidade estabelecida a partir da presunção de paternidade pelo casamento (artigos 1838.º do Código Civil). Em particular, no que tange ao prazo de impugnação, no segundo há prazos de caducidade (artigo 1842.º do Código Civil)³² e não os há para o primeiro (artigo 1859.º, n.º 2, 1.ª parte, do Código Civil). Por último, nas regras que conferem legitimidade às acções de impugnação, ao contrário da impugnação da presunção de paternidade pelo casamento, cuja legitimidade se restringe, estando o interesse do pretense progenitor mediado pela intervenção do Ministério Público (artigo do Código Civil), já na perfilhação, terá legitimidade qualquer pessoa com interesse «moral ou patrimonial» (artigo 1859.º, n.º 2 do Código Civil). Tal alarga, e muito, a tutela de interesses na acção de impugnação para lá do interesse do progenitor

³² Cf. Guilherme De Oliveira — Manual de Direito da Família. Col. Rui Moura Ramos (Coimbra: Almedina, 2020). 428-429 e — Caducidade das acções de investigação ou caducidade do dever de perfilhar, a pretexto do acórdão n.º 401/2011 do Tribunal Constitucional. in «Lex Familiae» Revista Portuguesa de Direito da Família. ano IX (2012) n.ºs 17 e 18: 107-115; e — Caducidade das acções de investigação. in Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977. Vol. I: Direito da Família e das Sucessões (Coimbra, Coimbra Editora, 2004): 49-58.

no estabelecimento da correspondência entre a verdade jurídica com a verdade biológica.

Quando analisada numa perspectiva de direito dos conflitos, a gestação de substituição traz a lume a insuficiência de um sistema conflitual que parte, ainda, da conexão pessoal da mãe (residência habitual ou nacionalidade, na opção na regra de conflitos portuguesa do artigo 31.º – na dupla dimensão de definição de lei pessoal e de tutela dos direitos adquiridos – *ex vi* artigo 56.º, n.º 1, todos do Código Civil³³)

³³ Sobre a lei aplicável ao estabelecimento da filiação maternal e paternal veja-se Nuno Ascensão Silva — O estabelecimento da filiação no direito internacional privado português. *in* Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1993: 647-698; e Nuno Ascensão Silva e Geraldo Rocha Ribeiro — A maternidade de substituição e o direito internacional privado português. *in* Cadernos do CE-NO R 3 (2015): 9-73. 44-50: considerasse aplicável, nos termos do artigo 56.º, n.º 1, do Código Civil, tanto a lei pessoal da gestante, como da progenitora intencional. À primeira para determinar em que medida pode renunciar à maternidade, e à segunda se pode estabelecer em seu benefício. Como se dá nota «em termos práticos na prática desemboca na aplicação cumulativa de duas leis, prevalecendo a lei portuguesa que é a lei mais restritiva. Por conseguinte, consideramos que o conceito-quadro da norma de conflitos portuguesa, autonomamente considerado, abrange no seu âmbito os pressupostos constitutivos e extintivos (a renúncia ou não) da filiação maternal, pelo que se é indiscutível a aplicação da lei da “mãe-hospedeira”, também nos parece que deverá ser aplicada a lei da “mãe-intencional”, para que sobre esta se constitua o vínculo de filiação». Ver ainda Dário Moura Vicente — Maternidade de substituição e reconhecimento internacional. *in* Estudos de homenagem ao Professor Doutor Jorge Miranda. ed. Marcelo Rebelo de Sousa [et al.]. Vol. V (Coimbra: Coimbra Editora, 2012) 607-626. 622; Luís De Lima Pinheiro — Direito Internacional Privado. Vol. II: Direito de Conflitos - Parte Especial. 4.ªed. (Coimbra: Almedina, 2016) 672-673.; Helena Mota — Debatendo a procriação medicamente assistida. *in* Debatendo a procriação medicamente assistida. Ed. Luísa Neto; Rute Teixeira Pedro (Porto: FDUP, 2018) [disponível <https://sigarra.up.pt/fdup>] 69-71. Deve ainda ser tido em consideração o Parecer emitido pelo Conselho Técnico do IRN, de 23-03-2012, quanto à posição dos serviços registrais ainda das subsequentes alterações legislativas e a invocação da exceção de ordem pública internacional (Proc. CC96/2010 SJC, acessível em <https://www.irn.mj.pt/>).

A questão da lei aplicável acresce, ainda, o problema dos ordenamentos plurilegislativos, regulado no artigo 20.º, do Código Civil. Tal é pertinente para as situações que tenham origem nos Estados Unidos, por exemplo. Há diferentes soluções adoptada pelos Estados (admissível na Califórnia e Colorado), aplicando os n.ºs 1 e 2, do artigo 20.º, do Código Civil (uma vez que não existem normas interlocais, vale o previsto na parte final, do n.º 2, do artigo 20.º, do Código Civil). Por sua vez, o Reino Unido, determina que as regras relativas à PMA se apliquem a todo o território (inclui a Irlanda do Norte e Escócia), secção 67 (1) da Human Fertilisation and Embryology Act 2008.

para determinar a lei competente para o estabelecimento da filiação, fazendo depender aquela do estabelecimento da paternidade, quando a mãe seja casada (para efeitos de funcionamento da presunção de paternidade). É relevante dizer, que o estabelecimento da filiação constitui verdadeira questão prévia e ancilar relativamente ao reconhecimento de certos estatutos jurídicos e direitos. É o caso da aquisição da nacionalidade quando resultante do critério *ius sanguinis* (artigo 1.º, n.º1, alíneas b) e c) da Lei da Nacionalidade)³⁴, ou ainda, das questões

Pode ainda suceder, ocorrer uma cisão na regulamentação a partir de critérios pessoais (religião), como sucede na Índia ou Israel. Ainda que em matéria de PMA não exista qualquer regulamentação, ao contrário de outras matérias integrantes do estatuto pessoal, que preveja a cisão da ordem jurídica (cf. Konrad Duden — *Leihmutterchaft im Internationalen Privat- und Verfahrensrecht: Abstammung und ordre public im Spiegel des Verfassungs-, Völker- und Europarechts*. (Tübingen: Mohr Siebeck, 2015). p. 35), o que levaria à aplicação do n.º 2, do artigo 20.º, do Código Civil. No entanto, no caso indiano deve ser considerada a resposta interna contra a gestação de substituição internacional, proibindo-se o recurso a gestação de substituição a pessoas que não tenham nacionalidade indiana, e exigindo que as mesmas estejam casadas há 5 anos, cf. secção 4. (iii) (c) (II) (Surrogacy Regulation Act (2019), disponível no sítio www.prsindia.org).

³⁴ Aprovada pela Lei n.º 37/81, de 03-10, última alteração Lei Orgânica n.º 2/2018, de 05-07. A este respeito, veja-se, na sequência do acórdão do Conselho de Estado de 12-12-2014 (cf. *Recueil Lebon - Recueil des décisions du conseil d'Etat 2014* [em linha, www.dalloz.fr]), o mesmo órgão, em acórdão de 31-07-2019 (n.º 411984), quanto à limitação dos efeitos de ordem pública internacional quanto ao não reconhecimento da filiação estabelecida a partir de contratos de gestação de substituição, para efeitos de naturalização e consequente aquisição de nacionalidade francesa do progenitor intencional. Este Tribunal conclui que a possibilidade de recusa de naturalização do progenitor deve ter em conta as possíveis consequências das para os filhos, mesmo que nascidos no âmbito de um contrato de gestação de substituição: « Si le ministre chargé des naturalisations pouvait, dans l'exercice du large pouvoir d'appréciation dont il dispose en la matière, refuser de faire droit à la demande de naturalisation de M. D. en prenant en considération la circonstance que celui-ci avait eu recours à la gestation pour le compte d'autrui, prohibée en France par les dispositions citées ci-dessus du code civil, une telle circonstance ne pouvait en revanche, alors qu'il n'est pas soutenu que les actes d'état civil des deux enfants, établis selon la loi applicable aux faits dans l'Etat du Colorado, seraient entachés de fraude ou ne seraient pas conformes à cette loi, conduire à priver ces enfants de l'effet qui s'attache en principe, en vertu de l'article 22-1 du code civil, à la décision de naturaliser M. D., sans qu'il soit porté une atteinte disproportionnée à ce qu'implique, en termes de nationalité, le droit au respect de leur vie privée, garanti par l'article 8 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.» (cf. *Recueil Lebon - Recueil des décisions du conseil d'Etat, 2019* [em linha, www.dalloz.fr, acedido em 24-11-2020]. p.1672). Ver Olivera Boskovic/Sabine Corneloup/Fabienne Jault-Seske/Natalie

respeitantes ao direito ao nome e ao direito a alimentos, ainda que tratadas autonomamente face ao estabelecimento da filiação, por serem reguladas por regras de conflitos próprias, mas que não deixarão de estar condicionadas por aquele em sede do seu tratamento a título de questão prévia.

Com a gestação de substituição há um fluxo de decisões que convergem para o estabelecimento da maternidade a partir de um contrato no qual se firma o direito à maternidade da progenitora intencional, em contraponto com a renúncia desse mesmo direito pela gestante. É das vontades das partes envolvidas que resulta o facto constitutivo do vínculo de filiação maternal. Por isso, podemos dizer que o vínculo, mais do que biológico, advém da autodeterminação da gestante e progenitora intencional através da manifestação de uma declaração de vontade constitutiva de um negócio jurídico, cujo objecto e efeitos não são admitidos no nosso ordenamento jurídico (artigo 280.º, do Código Civil). Caso sejam superadas as dificuldades geradas pelas declarações de inconstitucionalidade dos acórdãos n.º 225/2018 e n.º 465/2019, continua a pretensão da progenitora intencional dependente da estrita observância do procedimento previsto na lei da PMA (artigo 8.º).

Em termos de sistema jurídico, tal como se encontra em vigor actualmente, a relevância da vontade traduz-se no acto jurídico (quase-negócio jurídico) conducente ao estabelecimento da paternidade (perfilhação) e da adopção (acto complexo), ao contrário do estabelecimento da maternidade enquanto simples acto jurídico (mera *declaração de ciência*). A vontade deve conduzir à correspondência com a realidade biológica (princípio da verdade biológica)³⁵, estando condicionada a relevância dos meios de estabelecimento da filiação a esse propósito (princípio da taxatividade). Aliás, a limitação dos meios

Joubert/Karine Parrot — Droit des étrangers et de la nationalité. Recueil Dalloz 2020 [em linha, www.dalloz.fr, acedido em 24-11-2020]. p.298; Anne-Marie Leroyer — La nationalité française à l'épreuve de la GPA e, em anotação, Fabienne Jault-Seseke — Effet collectif de la naturalisation au bénéfice d'enfants nés à la suite d'une gestation pour autrui. in *Revue critique de droit international privé*. 2020. [em linha, www.dalloz.fr] 83. Esta autora fala mesmo de um controlo de proporcionalidade da decisão de recusa de naturalização com fundamento no não reconhecimento da filiação em contraponto à protecção das crianças e do *efeito colectivo de naturalização* como meio de protecção da vida familiar, tutelada pelo artigo 8.º CEDH.

³⁵ Cf. Guilherme de Oliveira — Manual de Direito da Família. Col. Rui Moura Ramos (Coimbra: Almedina, 2020).p. 375.

possíveis de estabelecimento da filiação demonstram que não há espaços deixados à autonomia privada constitutiva do vínculo. Nas palavras de Guilherme de Oliveira, «os vínculos de filiação [estabelecem-se] apenas através dos modos previstos imperativamente na lei, com exclusão de quaisquer acordos privados pelos quais se pretenda constituir vínculos diferentes ou com fundamentos diferentes»³⁶.

Isto significa que, não obstante a possibilidade de se estabelecer a maternidade através da presunção de *posse de estado* (artigo 1816.º, n.º 2, do Código Civil³⁷), o confronto com a concepção biologista, resultante do o princípio *mater sempre certa est*, no que toca à maternidade, faz prevalecer uma noção própria de vínculo biológico conducente ao estabelecimento de maternidade que vai além da *correspondência da identidade genética* e que o artigo 1801.º, do Código Civil, pretendeu erigir como critério³⁸. De acordo com o artigo 1796.º, n.º 1, do Código Civil (cujo critério eleito se associa à natureza de mera declaração de ciência que é a declaração de maternidade) há uma responsabilidade absoluta da mãe, sem contudo se atenuar este critério no âmbito da PMA, onde se permite que o projecto de parentalidade possa ser estabelecido por outra mulher (artigo 20.º, da Lei da PMA, alterada pela Lei n.º 17/2016, de 20-06)³⁹.

³⁶ Cf. Guilherme de Oliveira — Manual de Direito da Família. Col. Rui Moura Ramos (Coimbra: Almedina, 2020).p. 376.

³⁷ O confronto entre o vínculo social e biológico a partir do contrato de gestação de substituição e a *família de facto* encontra-se patente na discussão em França, em particular a partir do caso *Menesson* e mesmo após o alargamento de adopção a casais do mesmo sexo, com a lei de 17-05-2013. Cf. Laurence Brunet — *Affaire Menesson: épilogue*. in AJ Famille. 2019 [em linha, www.dalloz.fr]. 481. Em Portugal, o facto constitutivo da maternidade pressupõe a prova do parto e da identidade do filho e correspondente nexos entre um e outro. A possibilidade de prova da maternidade por recurso a meio de testes científicos, sendo possível, ultrapassando a prova do parto, não deixa de convocar dificuldades quando em confronto com a possibilidade de existência de um contrato de gestação de substituição, onde o princípio *mater sempre certa est* prevalece, tendo em consideração a declaração de inconstitucionalidade do artigo 8.º, n.º 8, pelo acórdão n.º 225/2018, do Tribunal Constitucional. Dito de outra forma, para o estabelecimento da maternidade, enquanto não for ultrapassada a questão constitucional, não existe outro meio de estabelecimento da maternidade que não coincida com a identidade da gestante-parturiente.

³⁸ Cf. Guilherme De Oliveira — Manual de Direito da Família. Col. Rui Moura Ramos (Coimbra: Almedina, 2020). pp. 376-377.

³⁹ Cf. Guilherme De Oliveira — Manual de Direito da Família. Col. Rui Moura Ramos (Coimbra: Almedina, 2020). pp. 394-395.

2.2. A natureza do estatuto de filiação maternal, imbrica com uma dimensão próxima da regulação imperativa dos factos que permitem o estabelecimento da maternidade. Diz respeito aos efeitos íntimos da personalidade humana. Como nota Van Loon, a partir de uma abordagem empírica, o estatuto pessoal (aqui se incluindo as relações familiares), reporta-se num mundo *global* a todas as interações da pessoa, pelo que envolvem direitos humanos, nacionalidade e cidadania, leis de migração e asilo⁴⁰.

Diferentes dimensões ou órbitas de interesses e regulamentação acarretam diferentes competências, autoridades e sistemas jurídicos que se compadecem mal com uma ideia de *summa divisio*, em particular, no enquadramento direito internacional público, direito público, direito internacional privado e direito privado. Sendo certo que a nacionalidade se apresenta como um elemento integrante do estatuto pessoal⁴¹ que se afirma autonomamente face à nova realidade conflitual na sua regulação, em particular, contrapondo com o crescer de relevância da conexão de residência habitual. Visível dentro de um direito internacional privado europeu de matriz integracionista que assume o *assento* da pessoa a partir da determinação do seu centro de vida (residência habitual), mais do que a sua origem.

Não obstante a crescente preterição da conexão da nacionalidade para regular matérias de estatuto pessoal (em particular, factos

⁴⁰ Cf. Hans Van Loon — Ensuring Continuity of Personal Status and Family Relations across Borders: The Interaction between Private International Law and Human Rights. *in* Global Private International Law. Adjudication without Frontiers. Ed. Horatia Muir Watt, Lucia Bíziková, Agatha Brandão de Oliveira and Diego P. Fernández Arroyo (Cheltenham; Northampton: Edward Elgar Publishing, 2019) 530-38. p. 537.

⁴¹ A este respeito veja-se o voto de vencido do Juiz Pinto De Albuquerque, no caso *Ramadan c. Malta*, req. 76136/12, para 24: «...citizenship belongs to the core of someone's identity, which is protected by Article 8 of the Convention. This is an autonomous Convention human right. This right to citizenship should neither be amalgamated with the right of an alien to enter, to reside or to work in a particular country, nor with the alien's right to family life. The right of States to decide who their citizens are is not absolute, since States must comply with their international human rights obligations when adopting practices or laws concerning citizenship. In this connection, three rights are of particular relevance, namely, the right to citizenship, equal protection by law and non-discrimination. In particular, any denial or deprivation of citizenship on arbitrary or discriminatory grounds will be in breach of international human rights law and the Convention».

constitutivos de relações familiares) continua presente como conexão relevante, na medida em que o estatuto jurídico de cidadania que incorpora, mantém o seu elo com o Estado de origem (nacionalidade). Exemplo disso são os já citados acórdãos do TJUE *Garcia-Avello* e *Grunkin-Paul* (42). O efeito transformador que estes acórdãos provocaram no direito internacional privado convoca uma relação biunívoca entre o direito internacional privado interno e direito europeu em contraponto com a relevância da conexão a regular o estatuto pessoal. Também aqui, por efeito colateral, há o reconhecimento de autonomia na escolha do estatuto a regular efeitos íntimos da pessoa. Em ambos os casos, foram os interessados que procuraram o Estado que lhes acomodasse a sua pretensão para proceder ao registo do nome dos seus filhos e a partir desse reconhecimento opor os efeitos constitutivos a outros Estados.

2.3. A gestação de substituição expõe a insuficiência de um sistema conflitual que parte, ainda, da conexão pessoal da mãe (residência habitual ou nacionalidade, opção esta na regra de conflitos portuguesa, artigo 31.º, n.º1 *ex vi* artigo 56.º, n.º 1, todos do Código Civil) para determinar a lei competente para o estabelecimento filiação, fazendo depender daquela o estabelecimento da paternidade. A este se condiciona, como sucede no sistema português, a aquisição da nacionalidade. Em especial, e quanto ao objecto do nosso trabalho, o artigo 1.º, n.º1, alíneas b) e c) da Lei da Nacionalidade⁴³.

As regras de conflito, tal como concebidas a partir de Savigny, partem de uma ideia internacionalista assente no espírito de liberalidade e tolerância para com outros sistemas jurídicos que são aceites em princípio como equivalentes ao direito interno: princípio da paridade de tratamento de ordens jurídicas, como meio de potenciar a tutela das legítimas e justas expectativas dos interessados⁴⁴. Esta ideia de

⁴² Acrescem ainda os acórdãos C-208/09 - Sayn-Wittgenstein (ECLI:EU:C:2010:806) e C-391/09 - Runevič-Vardyn e Wardyn (ECLI:EU:C:2011:291).

⁴³ Aprovada pela Lei n.º 37/81, de 03-10, última alteração Lei Orgânica n.º 2/2018, de 05-07.

⁴⁴ Cf. Ferrer Correia — *Licções de Direito Internacional Privado*. Vol. I (Coimbra: Almedina, 2000) 31 e 39. Aliás, a paridade de tratamento das ordens jurídicas é um princípio geral porque, ao contrário da afirmação da aplicação da *lex fori*, é susceptível de ser universalizável como regra comum, muito pela aptidão para se afirmar como *imperativo categórico* (cf. Wilhelm Wengler — *Les principes généraux du droit international privé et leurs conflits*. in *Revue critique de droit international privé*. 1952. 622).

tolerância, nas palavras de Mills constitui o princípio básico da tolerância da diferença que está na base do direito internacional privado⁴⁵.

A partir da Convenção das Nações Unidas sobre os direitos da criança (CDC) a emergência de um estatuto jurídico é reconhecido de forma expressa. A criança como titular de direitos fundamentais implica, de certa forma, recentrar a relação de filiação a partir de si e não dos progenitores, em especial no que toca ao exercício das responsabilidades parentais, mas não só. Tal implica, igualmente, reconsiderar os critérios de estabelecimento da filiação. Em particular, com a emergência de um direito fundamental corporizado no conhecimento da ascendência genética ou da historicidade pessoal. O poder que se concede à criança ao se afirmar como titular de um verdadeiro direito fundamental, representa o reconhecimento de uma relação jurídica correspondente ao estabelecimento de um vínculo securitário que assegure o seu superior interesse. Contudo, a ideia de filiação a partir de progenitores que assegurem os melhores interesses não é, nem de perto, nem longe, conforme a ideia de que basta o vínculo social para o estabelecimento da filiação. A carga genética, ou seja, o vínculo biológico, continua a ser o critério decisivo para o estabelecimento da filiação, com exceção da adopção e do recurso a técnicas de PMA.

Quanto ao estabelecimento da filiação, o conceito indeterminado do superior interesse da criança (artigo 3.º, n.º 3, CDC) materializa-se, atenta a sua função, no estabelecimento de um vínculo securitário que permita o bem-estar e desenvolvimento da criança para a aquisição da plena cidadania. Contudo, a ideia do estabelecimento da relação de «filiação» a partir de progenitores que assegurem os melhores interesses não é, nem de perto, nem longe, conforme a ideia de que basta a verificação de facto de um vínculo social para o estabelecimento da filiação. Tal como resulta do caso *Wagner*, decidido pelo TEDH⁴⁶, só as situa-

⁴⁵ Esta ideia ou valor é colocado em causa quando se admite o recurso de excepção de ordem pública internacional. Segundo Alex Mills «The case is rightly controversial because it appears to undermine the policy behind the rules on the recognition and enforcement of foreign judgments public policy was applied in a case without proximity to the forum state to give effect to a clearly relative norm, violating **the basic principle of tolerance of difference which underpins private international law**», sublinhado nosso (cf. — The Dimensions of Public Policy in Private International Law. *in* Journal of Private International Law. 4 (2008), (234-236). p. 234).

⁴⁶ ECLI:CE:ECHR:2007:0628JUD007624001.

ções de facto consolidadas no tempo, e não a constituir, reclamam um estatuto jurídico justificador de uma tutela a favor do seu reconhecimento, mesmo que ao arrepio da *lex causae*. À expectativa ou pretensão imediata de reconhecimento e tutela não se assegura protecção. Por isso, podemos continuar a afirmar que carga genética continua a ser o critério decisivo para o estabelecimento da filiação, com excepção da adopção e do recurso a PMA.

O que convoca uma compreensão do vínculo de filiação a partir do vínculo social e da sua relevância quando reconhecido *per se*. A natureza deste vínculo, de certa forma, encerra um elemento volitivo como condição necessária. É a vontade dos progenitores, quer enquanto candidatos à adoptantes, quer no âmbito das técnicas de PMA, que determina ou condiciona o efeito jurídico do estabelecimento da filiação. São, no entanto, critérios especiais que estão longe de serem a regra.

No caso da PMA, a relevância da autodeterminação materializada na informação e consentimento a prestar para o acesso das múltiplas técnicas. Afirma-se uma nova *parentalidade*, em particular quando o projecto passa pela ausência de correspondência genética entre os progenitores e o filho (artigo 14.º, da Lei da PMA). O critério social, enquanto tal, assenta na pura ficção jurídica quando em confronto com a *natureza das coisas*. Natureza esta que se encerra na máxima *mater sempre certa est* e que confronta inclusive com a «verdade» biológica, quando a progenitora intencional não é a dadora do ovócito. Contudo, não se deve encarar este estado de coisas como uma anormalidade, quando se acerta como fazendo parte da *natureza das coisas* que a criança nascida na constância do casamento é o marido da mãe. É da *norma* transmutada para o sistema jurídico que advém a consequência jurídica, enquanto construção artificial e abstracta de um mundo autónomo ao real, mas que se quer conforme este.

III. Confronto de jurisprudência nacional em matéria de gestação de substituição

3.1. No entanto, antes da abordagem do problema metodológico, é relevante olhar para algumas das decisões proferidas nesta matéria.

A gestação de substituição enfatiza, no que toca à maternidade, o momento da concepção e da relevância do vínculo biológico, mesmo

perante a paternidade. A contraposição entre os acórdãos *Mennesson*⁴⁷ e *Paradiso Campanelli*⁴⁸ constitui o paradigma. Em particular o primeiro, onde a recusa de transcrição do registo advém somente quanto à progenitora intencional e não quanto ao progenitor biológico (na sequência da interpretação dada ao acórdão do TEDH pelas instâncias francesas⁴⁹).

No segundo, o caso *Paradiso-Campanelli*, o TEDH analisou a questão do ponto de vista da situação da criança e da actuação das autoridades italianas que a retiraram aos progenitores intencionais. A questão não se prendia directamente com o reconhecimento de maternidade a partir de um acto registral estrangeiro, mas os limites do reconhecimento de uma relação de filiação a partir de critérios proibidos pela ordem pública internacional italiana e, em particular, porque os progenitores intencionais não eram *biológicos*. O vínculo social como fundante das relações de família não é bastante, porquanto a posição dos progenitores intencionais não é merecedora de protecção autónoma pelo artigo 8.º. Logo a situação de facto não era merecedora da protecção conferida pelo acórdão *Wagner*, na medida em que não se tinha consolidado de facto a relação de família e porque as autoridades asseguraram a legalidade da permanência da criança e promoveram o seu interesse através da adopção. Neste sentido, o Estado italiano não estava obrigado a tutelar as expectativas ou direitos reconhecidos por um direito estrangeiro a quem não tem um vínculo biológico com a criança.

O artigo 8.º, CEDH, não garante o direito ao estabelecimento da filiação ou à constituição de uma família, como situação constituenda. A protecção conferida limita-se à tutela das situações constituídas, dando liberdade à legislação dos Estados nacionais decidir se e por que

⁴⁷ ECLI:CE:ECHR:2014:0626JUD006519211.

⁴⁸ ECLI:CE:ECHR:2017:0124JUD002535812.

⁴⁹ Neste sentido ver o desfecho dado pelos tribunais franceses ao caso *Mennesson* através do acórdão da *Cassation* de 04-10-2019 (ECLI:FR:CCASS:2019:AP00648). Ver, *inter alia*, Hugues Fulchiron/Christine Bidaud-Garon — Ne punissez pas les enfants des fautes de leurs près (regard prospectif sur les arrêts *Labassée* et *Mennesson* de la CEDH du 26 juin 2014). *in* Recueil Dalloz 2014. 1773 ss.; dos mesmos autores. — Gestation pour autri internationale: changement de cap à la Cour de cassation. *in* Recueil Dalloz 2015. p. 1819; em especial, numa retrospectiva da jurisprudência da *Cassation*, Sylvain Bollée/Bernard Haftel — L'art d'être inconstant - Regards sur les récents développements de la jurisprudence en matière de gestation pour autrui. *in* Revue critique de droit international privé 2020. p.267.

critérios devem ser reconhecidas as relações familiares, incluindo os critérios de estabelecimento da filiação. O poder que cada Estado tem na concretização da margem de apreciação que lhe confere o objecto de protecção do direito da vida privada e familiar é tanto maior quando em causa estejam técnicas de PMA, face à ausência de uma bitola comum sobre o seu acesso, atentas as implicações éticas e morais que tais procedimentos implicam e que colidem com o núcleo essencial do que constitui a ordem pública de um Estado.

A estas decisões acrescem ainda as referentes aos casos *Labasse*⁵⁰, *Foulon e Bouvet*⁵¹ e *Laborie*⁵². Nestas, o TEDH manteve a linha de jurisprudência a favor de uma interpretação que obsta à materialização de efeitos sancionatórios do não reconhecimento de quaisquer efeitos resultante do contrato de gestação de substituição que possam afectar o estatuto jurídico das crianças. O conjunto de garantias reconhecidas enquanto direitos humanos, como direito à nacionalidade, estabelecimento de um vínculo securitário e direito à família, são o fio de prumo na definição de uma decisão que materialmente possa colocar as crianças como párias, por serem contrárias ao seu superior interesse. A presença de um vínculo social por decorrência da existência de uma família de facto em correlação com a verificação de um vínculo biológico com os progenitores intencionais, impõe uma força abrogante às soluções jurídicas aplicadas pelos Estados vinculados à CEDH.

De destacar, ainda, a *nova* função do TEDH reconhecida a partir da entrada em vigor do Protocolo 16, próxima do reenvio prejudicial do TJUE. A pedido do *Cour de Cassation*, o TEDH emitiu o Parecer P16-2018-001, dando resposta a duas questões formuladas por aquele tribunal superior: (1) o direito à vida privada de uma criança nascida nos termos de um contrato de gestação por outrem, cujo vínculo de filiação ao pai beneficiário, também pai biológico, está assegurado, exige o reconhecimento legal da sua relação com a mãe beneficiária, a qual não é a mãe biológica?; (2) é necessário que o reconhecimento do vínculo de filiação com a mãe beneficiária se deveria fazer por certidão e registo de nascimento, ou se o recurso a um instituto jurídico diferente seria bastante?

⁵⁰ ECLI:CE:ECHR:2014:0626JUD006594111.

⁵¹ ECLI:CE:ECHR:2016:0721JUD000906314.

⁵² ECLI:CE:ECHR:2017:0119JUD004402413.

À primeira questão, o TEDH reconheceu que o direito da criança à vida privada e familiar, nos termos do artigo 8.º CEDH, pressupõe o acesso a meios jurídicos de reconhecimento de uma relação existente entre a criança e a progenitora intencional, quando esta é identificada e reconhecida como mãe-legal na certidão de nascimento emitida por autoridades estrangeiras competentes.

Quanto à segunda questão, este direito da criança não exige que este reconhecimento se opere por meio do registo de nascimento. Um outro meio – como o do recurso ao instituto da adoção pela mãe beneficiária – pode ser utilizado, sob a condição de o processo interno ser célere e efetivo, de acordo com os melhores interesses da criança. Esta posição acabou por merecer acolhimento pelo *Cour de Cassation*, no acórdão que analisaremos *infra*, passando agora, precisamente, a debruçar-nos sobre experiências no direito comparado.

3.2. Ora, é a confluência entre critérios biológico e social que leva a uma solução *ad hoc* favorável ao reconhecimento como resultou da decisão do Supremo Tribunal alemão (BGH: *Bundgerichtshof*) de 2014. Um critério de reconhecimento passa pela verificação de um vínculo biológico e o estabelecimento de um vínculo familiar *de facto*⁵³. A situação de facto reportava-se ao reconhecimento de uma decisão do tribunal californiano que identificou dois homens a viver em parceria registada em Berlim como pais de uma criança nascida na sequência de um contrato de gestação de substituição celebrado e executado na Califórnia. Em termos biológicos, o gâmeta correspondia a uma dos membros do casal.

O BGH considerou que não há violação da excepção de ordem de pública internacional, apesar de a gestação de substituição ser proibida

⁵³ Cf. Dagmar Coester-Waltjen — A Case for Harmonisation of Private International Law? Juggling between Surrogacy, Interests of a Child and Parenthood. *in* Global Private International Law. Adjudication without Frontiers. Ed. Horatia Muir Watt, Lucia Bíziková, Agatha Brandão de Oliveira and Diego P. Fernández Arroyo (Cheltenham; Northampton: Edward Elgar Publishing, 2019) 504-09. p. 506. Sobre a interpretação do artigo 8.º CEDH no âmbito das técnicas de PMA, sobre K. Parizer-Krief — Étude comparative du droit de l'assistance médicale à la procréation. (Aix-en-Provence: Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2016) 299-300; bem como as referências aos acórdãos do TEDH *Keegan c/ Irlanda* (ECLI:CE:ECHR:1994:0526JUD001696990); *Kroon e outros c/ Países Baixos* (ECLI:CE:ECHR:1994:1027JUD001853591), *XY Z c/ Reino Unido* (ECLI:CE:ECHR:1997:0422JUD002183093).

e até criminalizada pelo direito alemão (§ 1 I n.º 7 *Embryonenschutzgesetz* (ESchG) e § 13c *Gesetz über die Vermittlung der Annahme als Kind und über das Verbot der Vermittlung von Ersatzmüttern* (AdVerMiG)). Em ordem à tutela da gestante e da criança, reconheceu a decisão estadunidense e consequente estabelecimento da filiação. O contrato de gestação e sua execução não violam a dignidade humana da gestante, uma vez que houve uma decisão tomada de forma voluntária e livre por parte daquela. Acresce a existência de um vínculo genético por parte do progenitor intencional, tendo o tribunal desconsiderado o facto de se tratar de uma parceria registada entre pessoas do mesmo sexo. Tal não prejudica os interesses da criança, nem tão pouco o estabelecimento da filiação, perante a natureza social do vínculo, por oposição à total correspondência do vínculo biológico. Bem como reconheceu o direito da criança a estabelecer um vínculo de filiação com o outro progenitor intencional que estava em condições de exercer as responsabilidades parentais conjuntamente com o outro progenitor⁵⁴. Por estes motivos, o BGH concluiu pela não violação da excepção de ordem pública e pugnou pelo reconhecimento da sentença⁵⁵.

Em 12-04-2017, por contraste, o Tribunal Regional Superior (OLG) de Brunswick decidiu em sentido contrário quando pugnou pelo não reconhecimento num caso semelhante, mas não idêntico, permitindo não entrar em oposição expressa à decisão do BGH⁵⁶. No entanto, a motivação partiu de uma distinção face à situação de facto, tendo o tribunal apresentado dois argumentos que motivaram o não reconhecimento da decisão e que distingue esta decisão da proferida pelo BGH. Um dos argumentos avançados, foi o anonimato do

⁵⁴ Cf. Bettina Heiderhoff — Anmerkung: BGH, Beschluss vom 10-12-2014 – XII ZB 463/13, *Neue Juristische Wochenschrift* (NJW). 2015. p. 479

⁵⁵ Cf. BGH, acórdão de 10-12-2014 – XII ZB 463/13. *in* *Neue Juristische Wochenschrift* (NJW). 2015. p. 479. Em particular os parágrafos 38 a 39, 44, 49 e 53.

⁵⁶ Cf. OLG Braunschweig (ECLI:DE:OLGBS:2017:0413.1UF83.13.0A), 12-04-2017 – 1 UF 83/13. *in* *Neue Zeitschrift für Familienrecht* (NZFam) 2017. p. 522. Com nota o acórdão não se pode ignorar que a ideia de *serviço* acarreta não só a procura de ordenamentos jurídicos que a admitem (ou permitem), como a procura (oferta) de mulheres disponíveis para *prestar o serviço* de gestantes. Enquanto prestadores de serviço, sem qualquer contacto ou vínculo prévio, encontram um meio de obtenção de rendimentos e que acentua a disparidade económica em que se encontram as partes da relação triangular e que promove o *aproveitamento* económico de uma pessoa em favor dos progenitores intencionais.

dador que impede a criança de obter o conhecimento das suas origens genéticas, violando o seu direito à historicidade pessoal. O outro foi a situação da gestante, quer no processo de implantação e de gravidez (referindo os tratamentos e tentativas de implantação com sucesso de ovócitos e o desconhecimento do destino dos não utilizados), quer no seu consentimento ou consequências da sua não prestação, anotando a situação económica vulnerável em que se encontrava. Ambas as dimensões de interesses que se materializam na criança e gestante constituem valores e direitos fundamentais constitutivos do núcleo intransponível da ordem pública internacional alemã (§6 EGBGB) e que, na posição firmada pelo tribunal, são violadores dos direitos humanos.

Já nos acórdãos de 20-03-2019⁵⁷ ⁵⁸ o problema colocava-se na determinação da lei aplicável por se considerar que a apresentação da certidão de nascimento não era bastante para se aplicarem as regras de reconhecimento de sentenças. Ao determinar o problema à luz do direito de conflito por oposição ao reconhecimento de sentenças, mada aplicar o §19 EGBGB, que tem como consequência a aplicação da lei da residência habitual da gestante e o estabelecimento desta, como mãe. A possibilidade de estabelecimento da maternidade em relação à progenitora intencional passa então pelo vínculo da filiação adoptiva⁵⁹.

3.3. No acórdão proferido pelo tribunal constitucional austríaco (VfGH: *Verfassungsgerichtshof*) de 14.12.2011⁶⁰, concluiu-se que não há fundamento para recusar o reconhecimento da filiação estabelecida a favor da progenitora intencional, quer por tal ser desconforme o superior interesse da criança, quer por ser aquela a mãe biológica, não tendo a gestante qualquer vínculo a não ser o acto de gestação,

⁵⁷ BGH, 20-03-2019 – XII ZB 320/17 (ECLI:DE:BGH:2019:200319BXII-ZB530.17.0).

⁵⁸ BGH, 20-03-2019 – XII ZB 530/17 (ECLI:DE:BGH:2019:200319BXII-ZB530.17.0).

⁵⁹ Veja-se, *inter alia*, OLG Düsseldorf, Beschluss vom 17.3.2017 – II-1 UF 10/16, *in* NJW 2017, 2774.

⁶⁰ ECLI:AT:VFGH:2011:B13.2011, disponível <https://www.ris.bka.gv.at/>. O caso reportava-se a um casal que se deslocou à Geórgia (E.U.A.) com vista a recorrer a técnicas de PMA e gestação de substituição. Os progenitores intencionais residiam na Áustria, a mãe era austríaca e o pai italiano. A gestante era americana, tendo do contrato nascido duas crianças, a quem as autoridades georgianas reconheceram a parentalidade legal e biológica dos progenitores intencionais.

assumindo-se mãe intencional socialmente como progenitora (*progenitora de facto*)⁶¹. Ainda que não o tenha feito de forma expressa, o tribunal pressupõe (ou subentende) que as normas sobre gestação de substituição na Geórgia (E.U.A.) poder-se-iam enquadrar como normas espacialmente autolimitadas, verdadeiras normas de aplicação necessária imediata, logo colocando-se à margem do âmbito de aplicação da regra de conflitos e valendo *per se* em detrimento das regras de conflito austríacas⁶². Por isso, conclui que o interesse da criança deveria ter sido considerado na decisão de recusa de reconhecimento da filiação sob recurso, não existindo motivos para considerar que há violação da ordem pública austríaca (§137b ABGB) (63). Não se pode ignorar a existência de um vínculo biológico com os progenitores intencionais, uma vez que concorrem para compreender a motivação e alcance do «contrato» e estabelecer a diferença do que pode ser compreendido como *gestação de substituição* e tráfico humano⁶⁴.

Numa decisão subsequente, em 11 de Outubro de 2012, o Tribunal Constitucional austríaco manteve a posição de que não há fundamento para não reconhecer os efeitos de filiação a favor dos progenitores intencionais resultantes de um contrato de gestação de substituição. Um casal de nacionalidade austríaca celebrou na Ucrânia um contrato de gestação de substituição. A partir deste contrato, nasceram duas crianças, tendo os progenitores intencionais requerido a atribuição da

⁶¹ ECLI:AT:VFGH:2011:B13.2011. (2012) RdM, 104, disponível no sítio <https://www.ris.bka.gv.at/>.

⁶² Cf. Brigitta Lurger — Das österreichische IPR bei Leihmutterschaft im Ausland – das Kindeswohl zwischen Anerkennung, europäischen Grundrechten und inländischem Leihmutterschaftsverbot. IPrax 2013. 283.

⁶³ Veja-se o para. 22 do acórdão. Neste afirma o tribunal que, sem se comprometer com a qualificação, o estatuto de pai e mãe não está dependente da nacionalidade ou residência habitual e consequente funcionamento da regra de conflito (em particular, veja-se as citações feitas). Neste sentido Brigitta Lurger — Das österreichische IPR bei Leihmutterschaft im Ausland – das Kindeswohl zwischen Anerkennung, europäischen Grundrechten und inländischem Leihmutterschaftsverbot. *in* IPrax 2013. 283.

⁶⁴ Como nota Konrad Duden, a respeito da anotação ao acórdão *Paradiso-Campanelli* a falta de vínculo biológico com os progenitores intencionais tornam fundada a dúvida sobre a natureza da situação e justifica o controlo pelo Estado sobre o reconhecimento ou não da situação (Anotação ao acórdão do TEDH (ECLI:CE:CHR:2017:0124JUD002535812): Art. 8 EMRK: Inobhutnahme eines Leihmutterkindes in Italien. FamRZ. 2017. p. 446.

nacionalidade austríaca das mesmas, apresentando as suas certidões de nascimento traduzidas e com apostilha. As autoridades administrativas austríacas recusaram reconhecer a filiação invocando a falta de idoneidade da certidão para provar o estabelecimento da relação de filiação, bem como tal reconhecimento violar a ordem pública internacional austríaca (§6 IPRG).

Contudo, ao contrário da decisão de 2011, o VFGH pareceu bastar-se com a invocação da certidão de nascimento emitida pelas autoridades ucranianas⁶⁵. Invoca o artigo 8.º CEDH como pressuposto legal para atribuir efeitos constitutivo ao acto público estrangeiro em conjunto com a tutela do superior interesse da criança, como garantia do respeito à sua identidade e direito à nacionalidade⁶⁶.

O Tribunal Constitucional também não considera necessário determinar o direito competente a partir da regra de conflitos (§21 IPRG), nem qualifica o direito ucraniano como norma de aplicação necessária e imediata, ou se pronuncia sobre o seu conteúdo substantivo. O Tribunal bastou-se com a existência de uma certidão de nascimento devidamente legalizada através de apostilha (para. 6 do acórdão). Decide não aplicar o direito material austríaco (§ 137b do ABGB), invocando directamente o artigo 8.º CEDH para assegurar uma tutela do superior interesse da criança a partir de um juízo de ponderação dos interesses. Estes tendem a favor da criança quando há prova de um vínculo de filiação a favor dos progenitores intencionais, pelo que as autoridades austríacas ao se recusarem reconhecer efeitos à filiação estabelecida a partir de um contrato de gestação de substituição averbado num acto de registo, para efeitos de aquisição de nacionalidade austríaca, violaram o artigo 8.º CEDH (ponto 7).

3.4. No acórdão de 21-05-2015⁶⁷, o Supremo Tribunal Federal Suíço conclui pela violação da excepção de ordem pública quanto se exclua a gestante do estabelecimento de maternidade. Na fundamentação

⁶⁵ ECLI: AT: VFGH: 2012: B99.2012, disponível <https://www.ris.bka.gv.at/>. Segundo BRIGITTA LURGER a situação de facto é semelhante ao acórdão do VG de Berlim (ECLI:DE:VGBE:2011:0415.23L79.11.0A) (. — Das österreichische IPR bei Leihmutterschaft im Ausland – das Kindeswohl zwischen Anerkennung, europäischen Grundrechten und inländischem Leihmutterschaftsverbot. IPrax 2013. 283)

⁶⁶ ECLI:AT:VFGH:2012:B99.2012, para. 7.

⁶⁷ Cf. BGE 141 III 312, disponível no sítio oficial do tribunal <http://relevancy.bger.ch/>

do aresto é afirmado que a proibição de gestação de substituição, ainda que resultante de lei interna, tem um efeito extraterritorial que visa proteger a criança de ser degradada como uma mercadoria e, igualmente, tutelar a gestante do perigo de ser instrumentalizada. Desde logo, a gestante não deve ser colocada a decidir entre a criança e o cumprimento do contrato. O facto de os progenitores intencionais serem um casal do mesmo sexo, ou dos cuidados tidos durante a gestação, foram desconsiderados como decisivos para a fundamentação. Na razão deste aresto, conclui-se que os progenitores intencionais não tinham qualquer vínculo ou contacto com os Estados Unidos. Ambos são nacionais e residentes na Suíça, tendo-se deslocado à Califórnia com o propósito exclusivo de beneficiar da permissibilidade legal dos contratos de gestação de substituição. O contacto que se verifica com os Estados Unidos resulta da celebração e execução do contrato de gestação, pelo que a procura de um ordenamento permissivo representa a vontade dos progenitores intencionais contornarem a proibição do seu Estado de origem. Estar-se-ia perante uma situação de *fraude* à lei porque se pretendem assacar efeitos constitutivos a uma situação vedada *ab initio* aos progenitores⁶⁸. O tribunal manteve o sentido

⁶⁸ Cf. Jean-François Perrin —La Fraude à la Loi Et L'ordre Public En Droit Privé. in *Mélanges Pierre Engel*. ed. François Dessemontet (Lausanne: Diffusion Payot, 1989) 259-69. p. 265. Faz uma abordagem entre a fraude à lei como instrumento de protecção da ordem pública, enquanto sanção ao uso abusivo da liberdade que tende a mediatamente a violação a *ordre public* e *bonnes moeurs*, concluindo que a *fraude à lei* sanciona não a *utilização* de direito estrangeiro, mas a sua *exploração abusiva*, está em causa a *moralidade na aplicação do direito*. Contudo esta ideia incorpora uma segunda *dimensão* à ordem pública internacional, porque a sua invocação em domínios como a gestação de substituição pressupõe que na ausência da manipulação do elemento de conexão, estará sempre em causa o reconhecimento dos efeitos de uma situação constituída no estrangeiro pelo que, ultrapassado o problema da lei aplicável — no caso português, perante progenitores intencionais portugueses seria irrelevante em termos de direito a constituir — a questão é sempre em função dos efeitos do reconhecimento, logo ordem pública internacional, o que atende não à manipulação ou efeito contrário à ordem pública interna, antes aos efeitos que o reconhecimento provocam no edifício jurídico do ordenamento *ad quem*. Ainda que se compreenda o problema em termos de deslocação ao estrangeiro, a questão coloca-se, sempre, na conformidade dos efeitos da situação que acarretam a integração de disposições contrárias a um ordenamento jurídico. A ideia de contornar a proibição e o sancionamento de tal comportamento centra-se na censura individual dos interessados ou da não verificação de pressupostos que justifiquem a tutela das suas expectativas.

de decisão do acórdão de 2014 de não reconhecimento da filiação estabelecida a partir de contratos de gestação de substituição. Afirma ainda que o reconhecimento automático é contrário à salvaguarda do bem-estar da criança. A ideia de reconhecimento por constatação de um «facto consumado» teria como consequência a supressão do efeito jurídico proibitivo previsto na lei interna, tendo como consequência a promoção do turismo reprodutivo como forma de alcançar, sobre o chapéu da legalidade à luz do direito estrangeiro, um fim proibido pela lei nacional. Este contornar da proibição legal prevista no ordenamento interno, constitui uma evasão ao propósito da lei suíça e cujo fim é prejudicado se tal fosse admissível. Conclui o Tribunal «a protecção da criança de ser degradada para uma mercadoria que pode ser encomendada a terceiros, mas também a protecção da gestante da comercialização do seu corpo, não faria sentido»⁶⁹ ⁷⁰. O problema centra-se, essencialmente, no problema do efeito de prevenção inerente às disposições materiais internas quando se admite o efeito por mero reconhecimento da situação constituída à luz do direito estrangeiro. Tal representa um perigo de violação do superior interesse da criança ao potenciar turismo reprodutivo, colocando-a numa qualidade de mercadoria contrária ao seu bem-estar e à margem de qualquer controlo. Conclui o Tribunal que a decisão de não reconhecimento não prejudica os direitos da criança, na medida em que não é prejudicado o reconhecimento da paternidade, ao permitir que o outro progenitor possa recorrer ao estabelecimento da filiação por recurso à adopção⁷¹.

3.5. De realçar a jurisprudência francesa, onde a articulação com a jurisprudência do TEDH é um exemplo maior da coordenação ou diálogo entre tribunais. Começando, pelas decisões da *Cassation*

⁶⁹ Bundesgericht, Urteil vom 21. Mai 2015, BGE 141 III 312, E. 6.4.3., Disponível no sítio www.bger.ch/.

⁷⁰ Bundesgericht, Urteil vom 21. Mai 2015, BGE 141 III 312, E. 5.3.

⁷¹ Tal é dito de forma expressa pelo Tribunal que invoca as conclusões do Comité sobre os Direitos da Criança como indo ao encontro às preocupações formuladas nas conclusões inscritas no Relatório CRC/C/CHE/CO/2-4, de 04-02-2015, para. 46 e 47: «(a) Accelerate the assessment procedure and ensure that the child is not stateless or discriminated against during the waiting period between his or her arrival in the State party and formal adoption; and (b) Ensure that the best interests of the child is the paramount consideration in the decision concerning adoption».

que foram desencadeadas a partir da pronúncia do TEDH nos casos *Mennesson e Labassee*⁷².

Na sequência do Parecer de P16-2018-001 emitido pelo TEDH, conclui a *Cassation*, em 04-10-2019⁷³, que, à luz do superior interesse da criança, o facto de o nascimento de uma criança no estrangeiro ser o resultado de um contrato de gestação de substituição, proibido pelos artigos 16-7 e 16-9 do Código Civil, não é, por si só, bastante para fundar a recusa de transcrição da certidão de nascimento emitida pelas autoridades do Estado estrangeiro. Quer no que respeita ao progenitor intencional-biológico da criança, ou no reconhecimento da relação de filiação quanto à progenitora intencional, sob pena de violar desproporcionadamente o direito da criança ao respeito pela sua vida privada, quando a relação de família com os progenitores intencionais se tenha estabelecido. A *Cassation* foi mais longe na concretização da tutela do interesse da criança. Esta decisão avança para uma posição favorável ao reconhecimento dos efeitos de filiação no estrangeiro, prescindindo o Tribunal francês da sujeição a um processo de adopção⁷⁴, não obstante a progenitora intencional ter mantido vontade em que o mesmo prosseguisse. Ainda assim, não se prescindiu que aos tribunais coubesse um controlo da validade e eficácia do acto registral estrangeiro, no seu todo, e não somente quanto à apreciação do superior interesse da criança a partir

⁷² Cf. Dominique Bureau/Horatia Muir Watt — Droit international privé. Tome II. Partie spéciale. 4. Éd. (Paris: PUF, 2017).204-206.

⁷³ ECLI:FR:CCASS:2019:AP00648.

⁷⁴ Cf. Thomas Coustet. — GPA : la Cour de cassation ordonne la transcription totale de l'acte de naissance étranger. in Dalloz actualité 08 octobre 2019 [em linha www.dalloz.fr, consultado em 20-10-2020]. Opção que o TEDH no caso *D. c. França*, de 16-07-2020, afirmou não violar o artigo 8.º e 14.º, CEDH (ECLI:CE:ECHR:2020:0716JUD001128818), em especial os §§50, 52, 54, na sequência da decisão do *Cour d'Appel de Rennes*, de 18-12-2017 (cf., Amélie Dionisi-Peyrusse — Actualités de la biéthique. in *AJ Famille* 2018 [em linha, www.dalloz.fr]. p. 6). Em anotação, Maïté Saulier dá conta que a apreciação do TEDH se centrou na sindicância dos parâmetros de discriminação quanto à tutela dos interesses da criança (uma vez que o pedido de registo foi feito em nome desta e não da progenitora intencional), pelo que fica em aberto a discussão da apreciação da não discriminação quanto aos direitos da progenitora intencional, uma vez que não conheceu destes (cf. — Maternité pour autrui, adoption et transcription: fin du débat? Décision rendue par Cour européenne des droits de l'homme. in *AJ Famille* 2018 [em linha, www.dalloz.fr]. p. 588).

das circunstâncias do caso, como resulta do Parecer do TEDH (cf. §54)^{75 76}.

⁷⁵ Cf. Laurence Brunet — *Affaire Mennesson: épilogue*. In *AJ Famille*. 2019 [em linha, www.dalloz.fr]. p .481. Não obstante, deve ser dada nota de que o reconhecimento da filiação pode acometer situações problemáticas e que encerram o problema do *tráfico de seres humanos*. Um desses casos resulta da decisão proferida pelo *Cour de Cassation*, de 12-09-2020 (ECLI: FR: CCASS: 2019: C100758), ainda que se reportando a uma situação puramente interna (isto é, o contrato e sua execução foram celebrados em França). Neste, a gestante, ao contrário do contrato celebrado e de onde resultou o gâmeta utilizado para a fecundação, sob o pretexto da morte da criança, entregou-a a outro casal de progenitores intencionais, tendo estes adoptado a criança. Discutiui-se a admissibilidade da acção de impugnação de paternidade pelo progenitor biológico (e intencional, com quem a gestante celebrou o primeiro contrato) e o progenitor intencional do segundo contrato, tendo o acórdão da *Cassation* concluído pela inadmissibilidade do conhecimento do pedido de impugnação e estabelecimento da paternidade, por se fundar num contrato de gestação de substituição proibido por lei, não sendo esta recusa violadora dos direitos da criança, face à sua integração na família *intencional*. Conclui pela proporcionalidade da decisão de recusa de apreciação do pedido do progenitor-biológico-intencional). Numa análise crítica Anne Etienney-De Sainte Marie— *L'histoire de l'enfant vendu deux fois*. in *Recueil Dalloz*. 2019 [em linha, www.dalloz.fr]. p.2112; Anne-Marie Leroyer — *L'instrumentalisation de l'intérêt de l'enfant en matière de GPA*. in *RTD civ*. [em linha, www.dalloz.fr] 2019. 838

⁷⁶ O tratamento dado pela *Cassation* opõe-se à posição assumida pela maioria na Assembleia nacional francesa que, na 1.^a versão do projecto de lei de bioética, n.º 2187, aprovado em 04-02-2019, previa a alteração ao artigo 47-1 *Code Civil*, que afastava o reconhecimento da maternidade da progenitora intencional nos casos de transcrição do acto de registo estrangeiro, apenas admitindo o registo parcial quanto à linha paterna (e mesmo nesta, apenas quanto a um dos pais, sendo um casal do mesmo sexo) (cf. Anne-Marie Leroyer— *AMP-GPA: La transcription intégrale de l'acte de naissance étranger sauvée par les juges et condamné par le Parlement?*. in *RTC Civ* 2020. 81 [em linha, www.dalloz.fr]). A oposição entre jurisprudência e lei aprovada levou a uma reacção por parte do executivo francês, que provocou a necessidade de uma segunda discussão na Assembleia Nacional, esperando-se que até final do mês de Janeiro de 2021 o Senado se pronuncie sobre a lei de bioética (cf. *Loi bioéthique: l'Assemblée adopte le projet de loi en deuxième lecture*. *Le Monde* – 01-08-2020 [em linha, www.lemonde.fr]). A consequência imediata foi suprimir a proposta do artigo 47-1 *Code Civil*, remetendo a apreciação da possibilidade de transcrição para a aplicação da lei francesa (Emenda n.º 1528) e consequente critério de estabelecimento de maternidade previsto no artigo 325 *Code Civil* (mãe é aquela que dá a luz) sem prejuízo do reconhecimento da maternidade em benefício da progenitora intencional em coerência com a decisão de 18-12-2019 da *Cassation*. Na fundamentação da emenda aprovada, foi intenção assegurar suficiente flexibilidade à norma para acautelar a tutela dos interesses da ordem pública francesa e da criança. Para o processo legislativo, consultar www.assemblee-nationale.fr.

3.6. Esta discussão assumiu particular acuidade em Espanha. Para Dirección General de los Registros y del Notariado (DGRN), na sua resolução de 18-02-2009, as autoridades registrais tinham o dever de controlar a legalidade do acto de registo estrangeiro, invocando para o efeito o artigo 12.6 do Código Civil, o que significava aplicar as regras de conflito espanholas. Contudo, admitiu a transcrição do registo emitido pelas autoridades californianas invocando que o acto de registo civil de Los Angeles cumpre os requisitos formais e não há violação da ordem pública internacional espanhola (nomeadamente, o superior interesse da criança impõe a continuidade do estatuto jurídico reconhecido à luz da lei californiana, bem como não está em causa a execução do contrato de gestação, antes a eficácia de um certificado de registo estrangeiro)⁷⁷.

Em sede de impugnação judicial desta resolução pelo Ministério Público espanhol, o tribunal de Valência declarou-a ineficaz, contrariando os argumentos invocados pela DGRN, uma vez que o facto sujeito inscrito a registo era contrário ao direito espanhol, invocando o artigo 23.º da Lei de Registo Civil⁷⁸.

Na sequência da impugnação judicial, a DGRN emitiu um Instrução em 05-10-2010 com vista a normalizar os critérios de admissibilidade da transcrição de registos estrangeiros matizando os critérios materiais de controlo: um dos progenitores tem de ter nacionalidade espanhola, certificação de que não se trata de uma situação de tráfego internacional (em particular, garantir a protecção da gestante), garantir que não ficou prejudicado o direito da criança a conhecer a sua origem biológica⁷⁹. Nesta instrução faz-se a distinção entre actos de jurisdição voluntária e decisões judiciais face aos meros actos de registo resultantes de declaração dos interessados e declaração médica. Nos

⁷⁷ Sobre a análise da resolução 18-02-2009 da Dirección General de los Registros y del Notariado ver Sílvia Vilar González — La gestión subrogada en España y en el derecho comparado (Las Rozas: Wolters Kluwer, 2018). 112-115. Ver ainda Henar Alvarez Alvarez — Aspectos civiles más relevantes de la gestación por subrogación: la inscripción en el registro civil. *in* Revista Jurídica de Castilla y Leon. 49 (2019): 85-106. 93-97.

⁷⁸ Sobre a decisão do tribunal de Valência e posteriores desenvolvimentos recursivos ver Sílvia Vila González — La Gestación Subrogada En España Y En El Derecho Comparado. (Las Rozas: Wolters Kluwer, 2018). 116-117 e 120-122.

⁷⁹ Cf. Sílvia Vila González — La Gestación Subrogada En España Y En El Derecho Comparado. (Las Rozas: Wolters Kluwer, 2018) 117-118.

actos de jurisdição voluntária há lugar a controlo incidental por parte do registo, enquanto que nas decisões judiciais há apenas a necessidade do seu reconhecimento (atribuição de *exequatur*). O que se recusa é a transcrição de actos registais resultante da mera declaração dos interessados acompanhada de declaração médica⁸⁰. A posição da DGRN é de recusa do controlo conflitual quanto à lei aplicável ao facto levado ao registo estrangeiro⁸¹.

Como culminar da saga espanhola e na sequência da resolução da DGRN de 2009, o Supremo Tribunal espanhol em decisão 835/2013, de 06-02-2014, confirmou a anulação daquela resolução determinada pelos tribunais valencianos. Refutando o argumento do superior interesse da criança (atento o seu carácter indeterminado, invoca que a protecção da criança se justifica igualmente na proibição de reconhecimento de efeitos aos contratos de gestação de substituição), a ausência de uma situação de facto que justificasse a tutela da família de facto aquando da decisão da DGRN (invocando para o efeito o acórdão *Wagner*) e, por último, a obrigação das autoridades registrais de controlarem a legalidade do acto estrangeiro a partir da determinação da lei aplicável ao facto inscrito no registo. Não obstante a confirmação, o Supremo Tribunal espanhol adoptou uma posição pragmática (realista) tendente a acautelar a posição das crianças, desde logo pelo efeito da pendência da lide, e integração de *facto* num núcleo familiar, incumbindo ao Ministério Público agir como garante dos direitos das crianças⁸².

⁸⁰ Cf. Sílvia Vilar González — La gestación subrogada en España y en el derecho comparado (Las Rozas: Wolters Kluwer, 2018) 118-119.

⁸¹ Sobre a posição dos registos espanhóis e poder de controlo dos mesmos ver Carmen Ruiz Sutil — Control por la DGRN de la certificación de nacimiento extranjera y la aplicación imperativa de la presunción de la paternidad del marido de la madre. *in* Cuadernos de Derecho Transnacional 12, no. 2 (October 2020): 758-783. 772-774.

⁸² Para uma súmula do acórdão ver Sílvia Vilar González — La gestación subrogada en España y en el derecho comparado (Las Rozas: Wolters Kluwer, 2018) 122-123. O acórdão teve quatro votos de vencido. Na declaração de voto que foi subscreta por todos os vencidos foi dado nota da necessidade de uma abordagem casuística atento no controlo da ordem pública internacional, recusando assim generalizações. Isto sem colocar em causa a necessidade de acautelar situações de tráfico e de mercantilização da vida humana, deve ser ponderado caso a caso as situações em que os efeitos resultantes de um contrato asseguram os direitos da gestante e da criança.

No entanto, a evolução da situação, em particular a partir da aplicação da Instrução de 2010 da DGRN a respeito de contratos celebrados em países onde não há regulamentação ou procedimentos judiciais, como é o caso da Ucrânia, mostrou um problema que a DGRN tentou acomodar e regular. A situação de facto típica é um casal espanhol que celebra um contrato de gestação de substituição com uma gestante na Ucrânia. A partir do vínculo biológico estabelecido, e provado com testes de ADN junto do Consulado, estabelece-se a paternidade do pai e com fundamento na filiação assim estabelecida obtém passaporte da criança como espanhol, permitindo trazê-la para Espanha⁸³.

Esta situação alterou-se, o que levou a um bloqueio, ao não admitir o Consulado espanhol em Kiev a prova da paternidade por testes biológicos realizados na Ucrânia. Tal prova dependia da obtenção junto das autoridades ucranianas da documentação ucraniana da criança e remeter o processo de estabelecimento de paternidade na Espanha. Foi este contexto de bloqueio que levou a DRGN a prever instruções a regular os procedimentos⁸⁴.

A DGRN voltou a *regular* a transcrição do registo de nascimento, com vista a substituir a instrução de 2010 e em seu lugar a instrução de 14-02-2019⁸⁵. Esta partia dos critérios e pressupostos fixados

⁸³ Estaria, segundo P. Jiménez Blanco, a aplicação prática do que resultou dos casos decididos pelo TEDH Labassee e Mennesson, sendo admitido o estabelecimento da paternidade, mesmo nos casos em que os progenitores intencionais procurassem contornar a proibição legal do seu Estado de origem (cf.— La “crisis” de la gestación por sustitución en ucrania y el caos en el ministerio de justicia (comentario a las instrucciones de la DGRN de 14 y 18 de febrero de 2019) — Crónica De Derecho Internacional Privado. *in* Revista electrónica de estudios internacionales. 37 (2019): 23-30. 24).

⁸⁴ P. Jiménez Blanco — La “crisis” de la gestación por sustitución en ucrania y el caos en el ministerio de justicia (comentario a las instrucciones de la DGRN de 14 y 18 de febrero de 2019) — Crónica De Derecho Internacional Privado. *in* Revista electrónica de estudios internacionales. 37 (2019): 23-30. 24-25. A situação gerada pela posição do Consulado levou ao governo espanhol proferir um comunicado a justificar a nova posição: «... o Governo tem a obrigação de garantir e proteger os direitos das gestantes (ou mães biológicas) envolvidas neste processo, independentemente da sua nacionalidade, bem como de proteger os melhores interesses da criança nascida.» (cf. <http://www.exteriores.gob.es/> [acedido em 24-01-2020])

⁸⁵ A este respeito ver P. Jiménez Blanco — La “crisis” de la gestación por sustitución en ucrania y el caos en el ministerio de justicia (comentario a las instrucciones de la DGRN de 14 y 18 de febrero de 2019) — Crónica De Derecho Internacional Privado. *in* Revista electrónica de estudios internacionales. 37 (2019): 23-30; e Henar

em 2010, distinguindo as situações que resultavam de uma decisão judicial das que resultavam somente de um acto de vontade. As principais novidades encontravam-se no segundo e terceiro parágrafos e visavam tutelar a gestante, nos casos de ausência de uma decisão judicial a estabelecer a parentalidade a favor dos progenitores intencionais. No segundo parágrafo, mantinha-se a impossibilidade de transcrição do acto de registo estrangeiro ou certificado médico sem que esteja identificada a gestante e assegurado o seu consentimento/renúncia. O propósito era garantir e tutelar a autodeterminação da gestante e evitar o tráfico de crianças, prevenindo-se situações de falta de uma oportunidade real da gestante renunciar à maternidade, de forma livre e esclarecidamente. A mais valia da instrução era admitir que a regularização do procedimento pudesse ocorrer no Consulado, antes do regresso a Espanha. A instrução visava, assim, evitar a retenção das famílias na Ucrânia e dar garantias da existência de um consentimento e renúncia válidos da gestante. A terceira directriz reforça o problema da determinação da lei competente, em particular perante a dificuldade de determinação da residência habitual da criança (artigo 9.4 do Código Civil espanhol), ao considerar o local onde nasceu até à sua deslocação para o Estado de destino.

Contudo, em 16-02-2019, o Governo espanhol revogou tal instrução, ripristinando a instrução de 2010, o que levou a DGRN a aprovar, em 18-02-2019, nova Instrução⁸⁶. Nesta revoga-se a instrução de 2010 e prevê-se novos critérios para a transcrição do acto de registo estrangeiro, fazendo-se menção expressa da necessidade de regulação internacional do fenómeno, como instrumento adequado a acautelar os interesses envolvidos em tal prática. Do teor da mesma, resulta a distinção entre dois modelos de gestação de substituição (de certa forma coincidente com a abordagem alemã): reconhecimento a partir de uma decisão judicial, em sede de processo de revisão e atribuição de *exequatur*; e recusa do reconhecimento de efeitos por mero efeito da vontade dos interessados. Afirma-se a recusa de quaisquer efeitos ao acto registral estrangeiro *per se*, sendo o facto constitutivo da relação da filiação estabelecido de forma autónoma e prévia ao acto de transcrição do registo e em território Espanhol. A suspensão do processo de

Alvarez Alvarez — Aspectos civiles más relevantes de la gestación por subrogación: la inscripción en el registro civil. in Revista Jurídica de Castilla y Leon. 49 (2019): 85-106. 103-105.

⁸⁶ Publicado no BOE, núm. 45, de 21 de febrero de 2019, páginas 16730 a 16730.

transcrição nas autoridades consulares e remessa do problema para o reconhecimento da decisão estrangeira implica uma condição necessária à transcrição, fazendo depender a vinda da criança para Espanha da obtenção junto das autoridades locais de passaporte ou outra documentação bastante⁸⁷. Mesmo para os casos de estabelecimento da paternidade biológica do progenitor intencional. Como nota P. Jiménez Blanco, a instrução de 18-02-2019 transforma o estabelecimento da filiação, mesmo em relação ao pai, num problema de estrangeiros⁸⁸. Há por isso uma espécie de tutela preventiva da lei espanhola e da sua proibição legal na medida em que estabelece um efeito dissuasor aos interessados em procurarem países onde a gestação de substituição não é precedida de um procedimento administrativo-judicial com garantias plenas, porquanto torna-se demorado, custoso e arriscado procurar realizar a parentalidade através de contratos assim celebrados⁸⁹.

⁸⁷ Cf. Henar Alvarez Alvarez — Aspectos civiles más relevantes de la gestación por subrogación: la inscripción en el registro civil. in Revista Jurídica de Castilla y Leon. 49 (2019): 85-106. 103-105. Esta autora dá nota que a exigência é excessiva, em particular perante a possibilidade de estabelecer a paternidade e com esse facto a criança poder adquirir a nacionalidade espanhola.

⁸⁸ Cf. — La “crisis” de la gestación por sustitución en ucrania y el caos en el ministerio de justicia (comentario a las instrucciones de la DGRN de 14 y 18 de febrero de 2019) — Crónica De Derecho Internacional Privado. in Revista electrónica de estudios internacionales. 37 (2019): 23-30. 28.

⁸⁹ P. Jiménez Blanco dá conta que a regulamentação aprovada — de alguma forma implícita no *Paradiso-Campanelli* — tem cobertura na interpretação do artigo 8.º CEDH, perante a ausência de uma situação de facto consolidada não ser bastante para tutelar os direitos dos progenitores intencionais. Para tal invoca o caso *D. and Others v. Belgium*, n.º 29176/13 (ECLI:CE:ECHR:2014:0708DEC002917613), deixando a nota de que tal instrução, ao não vedar o *reconhecimento por transcrição do acto de registo* em relação ao pai, estaria a obviar a possibilidade de chocar contra o decidido pelo TEDH no *Mennesson e Lambasse* — La “crisis” de la gestación por sustitución en ucrania y el caos en el ministerio de justicia (comentario a las instrucciones de la DGRN de 14 y 18 de febrero de 2019) — Crónica De Derecho Internacional Privado. in Revista electrónica de estudios internacionales. 37 (2019): 23-30. 29). Ainda a respeito do *D. and Others v. Belgium*, n.º 29176/13 (ECLI:CE:ECHR:2014:0708DEC002917613), o TEDH, no para. 63, conclui pela não violação do artigo 8.º CEDH, por entender que a não emissão de documentos para a viagem da criança tinha fundamentos válidos e acomodados dentro da margem de apreciação reconhecida na interpretação do direito à reserva da vida familiar. para tal invoca as dificuldades legais que deveriam ser conhecidas de antemão, em particular pela assistência jurídica prestada por advogados belgas e ucranianos, bem como pelo facto de ter sido um período relativamente curto (cerca de três meses) (cf. para.(s) 54-60) .

IV. O problema na sua múltipla abordagem: conflitual, estatutária, *vested rights*

4.1. Olhar para a questão da gestão de substituição é tocar no âmago do que constitui o problema do DIP e respectivo método, no confronto entre diferentes *estatutos*: um permissivo, que admite a constituição do vínculo de filiação a partir de um contrato de gestão de substituição, e o outro proibitivo, que não garante uma extraneidade dos seus efeitos através da excepção de ordem pública internacional. É no ordenamento que proíbe o reconhecimento de efeitos de tais contratos que os interessados pretendem ver reconhecido o vínculo. É um problema típico do DIP: qual é a lei competente e quais são os efeitos a reconhecer no caso de uma situação geneticamente internacional resultante da natural mobilidade espacial dos seus elementos (aqui referentes aos interessados).

Tendo em conta as divergências consideráveis nas ideias básicas da cultura jurídica e os diferentes níveis de desenvolvimento dos sistemas jurídicos existentes a nível mundial, esta não é, contudo, um retrato real dos sistemas jurídicos individuais, mas sim uma hipótese de trabalho funcionalmente condicionada, que pretende tornar possível chegar a um acordo internacional sobre os efeitos a atribuir à situação. A lei aplicável deve, em princípio, ser determinada sem recurso às preferências do direito substantivo e aos conceitos de justiça material da própria lei, pois de outra forma não seria garantido que a mesma lei fosse aplicada no caso, independentemente da escolha do tribunal em que a acção foi instaurada. No entanto, as regras de conflitos são normas de 2.º grau, que não regulam em concreto as situações de factos, antes visam a coordenação espacial das normas potencialmente aplicáveis dos diferentes ordenamentos jurídicos em contratos, pelo que valem em virtude da sua função, e não em virtude da sua posição na hierarquia das fontes legais⁹⁰.

⁹⁰ Cf. Jan Kropholler — *Internationales Privatrecht. 6. Aufl. (Tübingen: Mohr Siebeck, 2006)* 2-3; e Von Hein — Art. 6 EGBGB. MüKoBGB. 8. Aufl [beckonline] (Beck: München, 2020) Rn. 1. Como nota Moura Ramos, a respeito da solução legal consagrada no Código Civil «o Código assumiu claramente uma ideia de justiça internacional-privatística (kollisionsrechtliche Gerechtigkeit) nos termos da qual a definição da lei competente em cada caso decorria da «relação em que ela se encontra com a situação de facto a regular», e não «da justiça maior ou menor dos seus preceitos» (materiellrechtliche Gerechtigkeit), o que conduzia à escolha, não da «melhor lei,

Porém, as regras de conflitos estão também vinculadas aos valores fundamentais consagrados do ordenamento jurídico de onde emanam e se manifestam em particular nos direitos fundamentais. Por isso, o *salto para a escuridão*⁹¹ deve salvaguardar o mínimo de respeito pelos valores e princípios fundamentais da ordem jurídica do foro, na medida em que não é indiferente a consequência que advém da aplicação da lei estrangeira. Assim, a exceção de ordem pública internacional constitui um baluarte⁹² da ordem jurídica do foro e uma exceção ao princípio de paridade de tratamento das ordens jurídicas estrangeiras.

mas [d]a melhor colocada para intervir - em razão, claro está, da sua posição espacial relativamente aos factos, ou de uma relação com as pessoas a quem estes respeitam», no que se entendia, dada a relatividade (espacial) inerente à noção de justiça, ser a única forma de assegurar a harmonia jurídica internacional. E a ideia de que este critério de decisão (do qual, como teremos ocasião de verificar, o legislador se afastou não poucas vezes, preferindo-o em favor de outros assumia uma centralidade nesse processo de escolha levou ao reconhecimento de um princípio de paridade entre as distintas ordens jurídicas, que implicava não reconhecer à *lex fori* uma qualquer posição preferencial, antes fazendo depender *in casu* a sua competência da verificação do mesmo elemento (em princípio a referida posição espacial relativa aos factos ou às pessoas a quem estes respeitam) que, quando preenchido em relação a uma outra, igualmente determinaria a respectiva competência. Concepção que estava na base do reconhecimento do carácter bilateral ou plurilateral da regra de direito internacional privado (a regra de conflitos, tal como ela surgia na parte especial), de que só em circunstâncias muito limitadas o nosso legislador se afastou, e que iluminaria particularmente o sentido da resolução de algumas das questões tratadas na parte geral.» (cf. — A codificação do direito internacional privado português em perspectiva, meio século mais tarde *in* Revista Española de Derecho Internacional. 71 (2019) 2. (27-48) 31). No entanto, mesmo a neutralidade da regra de conflitos exige, no que tange ao princípio da igualdade, uma concretização, mesmo que formal, na sua estrutura. Tal é o caso da concretização do elemento de conexão e que teve como principal consequência a reforma de 1997 do Código Civil e a consagração do princípio da igualdade entre os cônjuges. A este respeito veja-se Dirk Looschelders — Die Ausstrahlung der Grund- und Menschenrechte auf das Internationale Privatrecht. *in* RabelsZ 65 (2001) 3. 468.

⁹¹ A aplicação do direito estrangeiro implica um salto para o desconhecido («sprung ins Dunkle») Cf. Leo Raape — Internationales Privatrecht. 6. von Fritz Sturm ((München: Franz Vahlen, 1977) 90.

⁹² Cf. Dieter Martiny — Ordre public. *in* Handwörterbuch des Europäischen Privatrechts. ed. Jürgen Basedow, Hopt, Klaus J., Zimmermann, Reinhard [em linha, https://hwb-eup2009.mpipriv.de/index.php/Ordre_public, acesso em 20-10-2020)]. Como nota este autor, a concepção clássica de ordem pública em DIP funciona como baluarte necessário contra os efeitos danosos de normas e decisões estrangeiras. Enquanto tal, afasta os efeitos resultantes da aplicação da lei estrangeira (ou das sentenças estrangeiras), como foram de evicção do direito estrangeiro competente que, por princípio, seria de valor equivalente ao direito do foro.

Contudo, há um pressuposto necessário a considerar, a ordem pública internacional supõe uma reacção ao efeito imputado à consequência de aplicação de uma norma estrangeira. É seu desígnio funcionar em ordem da necessidade de evicção de um concreto resultado produzido por aplicação de uma norma estrangeira e por causa dos efeitos ofensivos que esse *reconhecimento* provoca no direito do foro.

Há duas dimensões de controlo, no que tange ao reconhecimento da filiação a partir de um contrato de gestação. Uma reporta-se à lei competente através do funcionamento do método conflitual, em particular atendendo aos artigos 16.º, 17.º, 18.º, 19.º, e 31.º, n.º 2, do Código Civil. Serão as situações em que não se toma como competente o direito português. Será o caso clássico, ou seja, como necessidade de corrigir a consequência da regra de conflitos⁹³. Outro, prende-se com o controlo dos efeitos decorrentes da prova que o acto registral estrangeiro desencadeia e que é objecto de controlo pelo conservador (artigo 7.º, do Código de Registo Civil) ou do reconhecimento de sentenças estrangeiras (em particular, o artigo 980.º, alínea f), do Código de Processo Civil)⁹⁴.

A jurisprudência alemã é um exemplo das duas dimensões. A primeira, ao determinar a aplicação da lei dos progenitores intencionais na concretização da conexão da residência habitual da criança, e a segunda, quanto ao reconhecimento da sentença, no reconhecimento da filiação constituída a partir de uma decisão judicial. Diferente do que aparenta ser a posição do Tribunal Constitucional austríaco, que avança para um efeito constitutivo do acto de registo estrangeiro (ver pontos 3.2 e 3.3).

4.2. Desta feita, a gestação de substituição internacional é *ab initio* uma relação plurilocalizada, porque os progenitores internacionais procuram um ordenamento que lhes faculte o acesso a um *serviço* indisponível no seu Estado de origem. A pretensão é beneficiar da sua admissibilidade ou tolerância reconhecida a partir de um determinado estatuto previsto no Estado. É o efeito extra-territorial deste que está em causa apurar no Estado onde a relação visa produzir

⁹³ Cf. Natalie Joubert — La notion de liens suffisants avec l'ordre juridique (Inlandsbeziehung) en droit international privé (Dijon: Litec, 2007) 287.

⁹⁴ Numa perspectiva global, ver Elsa Dias Oliveira — A gestação de substituição e o direito internacional privado. A realidade portuguesa. in Cuadernos de Derecho Transnacional. 11 (2019) 2 [acessível em <https://e-revistas.uc3m.es/>]. 45-75.

os seus naturais efeitos (residência ou nacionalidade, em especial nas questões de aquisição de nacionalidade ou estado civil). E tal efeito bule com o ordenamento da nacionalidade dos progenitores intencionais, assim tem ocorrido na casuística. A razão para tal prende-se, em particular, com a necessidade de *transcrição* para o registo civil. Este, ainda que de efeitos meramente declarativos (como sucede no ordenamento jurídico português e que veremos *infra*), assume-se como a porta de entrada ou primeira baliza de *controlo* da situação constituída no estrangeiro.

Resulta do exposto que existem duas dimensões a respeito do *reconhecimento* da maternidade a partir de um contrato de gestação de substituição e que bule com os efeitos e função do registo civil em conjunto com a competência das conservatórias, por oposição à competência jurisdicional.

Em primeiro lugar, não é despicienda a consideração sobre os requisitos para o estabelecimento da maternidade e que coenvolve o objecto do contrato de gestação de substituição. Este pressupõe que outras pessoas, que não os progenitores intencionais, levem a cabo a gestação e deem à luz a criança. A distinção entre *declarações de ciência* e declaração de vontade ou negocial que perpassa o direito material português e que determina a diferente abordagem no que tange à força probatória do registo, tal como prevista no artigo 3.º, do Código de Registo Civil, é relevante. Se as primeiras, que incluem tradicionalmente o nascimento, maternidade e óbito, podem ser rectificadas por meio de acções de registo e meios equivalentes, já as segundas, como o casamento e perfilhação, só podem ser impugnadas em acções de estado⁹⁵.

Os actos públicos, mesmo com efeitos declarativos, atestam a existência de uma determinada situação (pelo menos de facto) com efeitos jurídicos constitutivos (assim confiam os interessados). O acto que atesta a verificação ou declaração de um facto, enquanto dotado de «validação» pelo funcionário dotado de fé pública, pode sedimentar a legítima convicção dos interessados de que podem confiar nos efeitos

⁹⁵ Veja-se o acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 06-06-1969, quando deixa claro que o acto registral vale *per se* até que se impugne o facto que o mesmo dá publicidade. «Uma coisa é a perfilhação, outra o seu registo. (...) A perfilhação só pode ser impugnada mediante acção de processo comum. Se o vier a ser eficazmente, então é que o registo não poderá subsistir» (cf. Boletim do Ministério da Justiça, 188 (1969): 183-187. 186.

declarados e com isso no cristalizar da situação com a passagem do tempo⁹⁶.

Logo, não é de descartar a ideia do método de reconhecimento de situações em analogia com o reconhecimento de sentenças de situações que não sejam constituídas em fraude e/ou violem a ordem pública internacional⁹⁷. Assim, o reconhecimento de situações de facto que tivessem ocorrido no estrangeiro seria admitida por equivalência de critérios e pressupostos com o reconhecimento de sentenças estrangeiras. Bastaria que a situação não fosse constituída em fraude ou sem contacto com o ordenamento jurídico de onde se invocam os efeitos, e, por último, não fosse violada a excepção de ordem pública internacional do foro⁹⁸. Segundo Kintsch, o direito ao reconhecimento não é um

⁹⁶ Cf. Pierre Mayer — Les Méthodes De La Reconnaissance En Droit International Privé. *in* Le Droit International Privé: Esprit Et Méthodes. Mélanges En L'honneur De Paul Lagarde, 547-73. Paris: Dalloz, 2005. 562; David Sindres — 'Foreign Situations' and Conflict of Laws: Thinking Outside-the-Box Approach to Private International Law. *in* Global Private International Law. Adjudication without Frontiers. Ed. Horatia Muir Watt/Lucia Bíziková/Agatha Brandão de Oliveira/ Diego P. LinkFernández Arroyo (Cheltenham; Northampton: Edward Elgar Publishing, 2019): 538-47. 540.

⁹⁷ Cf. Paul Lagarde — Développements Futurs du Droit International Privé dans une Europe en Voie d'unification: Quelques Conjectures. *in* *RabelsZ.* 68 (2004) 2: 225-43; Janis Leifeld — Das Anerkennungsprinzip im Kollisionsrechtssystem des internationalen Privatrechts. (Tübingen: Mohr Siebeck, 2010); Horatia Muir Watt — Quelques Remarques Sur La Théorie Anglo-Américaine Des Droits Acquis. *in* *Revue Critique de Droit International Privé.* 75 (1986) 3: 425-55; Dulce Lopes — Eficácia, reconhecimento e execução de actos administrativos estrangeiros (Coimbra: Almedina, 2018). 421 e seguintes; Heinz-Peter Mansel — Anerkennung Als Grundprinzip Des Europäischen Rechtsraums: Zur Herausbildung Eines Europäischen Anerkennungs-Kollisionsrechts: Anerkennung Staat Verweisung Als Neues Strukturprinzip Des Europäischen Internationalen Privatrechts?. *in* *RabelsZ.* 70 (2006) 4: 651-731; Gian Paolo Romano — La Bilateralité Éclipsée par l'autorité. Développements Récents en Matière d'état des Personnes. *in* *Revue Critique de Droit International Privé* 95 (2006) 3: 467-519.

⁹⁸ «Thus, the recognition of factual situations that occurred abroad would be permitted whenever the conditions ordinarily applied to verify the legality of foreign judgments are met. The situation shall therefore have been created free of fraud, in a legal order having a connection with the situation. Furthermore, its recognition should not harm the international public policy of the forums». Cf. David Sindres — 'Foreign Situations' and Conflict of Laws: Thinking Outside-the-Box Approach to Private International Law. *in* Global Private International Law. Adjudication without Frontiers. Ed. Horatia Muir Watt/Lucia Bíziková/Agatha Brandão de Oliveira/ Diego P. LinkFernández Arroyo (Cheltenham; Northampton: Edward Elgar Publishing, 2019): 538-47. 541.

mecanismo que assegure que o ponto de vista do Estado de origem, isto é, não representa uma extensão do seu direito material, antes assegura a continuidade dos direitos subjectivos a partir dele constituído. Logo, não se garante que haja um reconhecimento como faculdade de a pessoa se evadir da lei. Continua a ser verdade, a partir do caso *Négrépontis*⁹⁹, que uma condição prévia para a existência do direito ao reconhecimento pressupõe que o requerente possa invocar a legítima confiança na estabilidade da situação resultante da decisão a reconhecer¹⁰⁰.

Contudo, tal possibilidade entronca com a eficácia do facto e da sua dependência a um ordenamento jurídico. Falar em reconhecimento em sentido amplo é questionar qual deverá ser a relevância a conceder a um acto externo¹⁰¹. Tal irá confluir com as exigências de certeza que o método conflitual visa assegurar¹⁰². Nas palavras de Rogério Soares, «a existência dum eficácia de facto tem somente que ser aceite nos precisos termos em que o «facto» é considerado pela ordem jurídica» (103), desembocando, no âmbito do DIP, na determinação do âmbito de aplicação do ordenamento jurídico.

O problema coloca-se no valor a atribuir ao acto de registo estrangeiro que tenderá a corresponder ao local de celebração e execução do contrato de gestação de substituição. Dentro da categoria de actos públicos o acto de registo estrangeiro estará, no que Dulce Lopes classifica, na dos «actos administrativos estrangeiros *stricto sensu* [aqueles] cuja vocação extraterritorial é puramente eventual, não resultando, da edição do acto, uma especial pretensão, muito menos um título, à produção dos seus efeitos fora do Estado de origem. A ausência de um enquadramento que *ab initio* suporte – e muito menos imponha – aquela extraterritorialidade conduz a que o reconhecimento do acto administrativo estrangeiro seja unilateral e facultativo para o Estado de acolhimento, que pode decidir, com grande amplitude, em que

⁹⁹ ECLI:CE:ECHR:2011:0503JUD005675908.

¹⁰⁰ Cf. Patrick Kinsch — La Non-Conformité du Jugement Étranger à l'ordre Public International mise au Diapason de la Convention Européenne des Droits De L'homme. *in* Revue critique de droit international privé. 2011 [acedido em dalloz.fr, em 23-11-2020].

¹⁰¹ Lima Pinheiro — Direito Internacional Privado: Reconhecimento de decisões estrangeiras. Vol. III – Tomo II. 3.^a ed. (Lisboa: AAFDL, 2019). pp. 20-21.

¹⁰² Cf. Erik Jayme/ Christian Kohler — Europäisches Kollisionsrecht 2001: Anerkennungsprinzip statt IPR?. *in* IPRax 2001: 501-514. 501.

¹⁰³ Cf. Rogério Soares — Interesse público, legalidade e mérito (Coimbra: s.n. 1956) 303.

situações reconhecer ou não o acto estrangeiro»¹⁰⁴. Ora, as disposições internas previstas no artigo 365.º, do Código Civil e no artigo 7.º, do Código de Registo Civil, incorporam um princípio de reconhecimento de eficácia atenta a função do acto.

O que, reportando-nos ao acto de registo, é essencialmente declarativa-probatória. Ao fazer prova de um estado civil, a filiação representa tão-só o incorporar na ordem pública portuguesa do efeito que resulta do acto civil estrangeiro, verificada que se encontra autenticidade e equivalência entre actos públicos. Por isso, no rigor dos termos, mais do que reconhecimento, seria a incorporação dos efeitos emergentes do acto *a quo*, e, como tal, o *acatamento* ou *aceitação* dos seus efeitos¹⁰⁵ com a única previsão de controlo a possibilidade de violação de ordem pública internacional. Não que represente uma cristalização dos factos levados a registo ao ponto de os tornar inimpugnáveis, antes o problema transita para uma acção de estado: a impugnação do registo a partir do pedido de não reconhecimento da situação provada pelo acto de registo estrangeiro, por remissão ao direito competente de acordo com as regras de conflitos.

4.3. A ausência de uma decisão judicial que goze do efeito de caso julgado, significa que não há um direito adquirido, uma vez que o reconhecimento de efeitos jurídicos a partir do facto depende de uma determinada lei¹⁰⁶. As situações constituídas no estrangeiro continuam a ser consideradas como factos dependentes da determinação da lei competente a aferir dos efeitos jurídicos imputados às mesmas. Não originam *per se* qualquer direito ou pretensão juridicamente tutelada, pois o registo não goza de um efeito constitutivo¹⁰⁷.

¹⁰⁴ Cf. Dulce Lopes — Eficácia, reconhecimento e execução de actos administrativos estrangeiros (Coimbra: Almedina, 2018) 633 e seguintes.

¹⁰⁵ Pierre Callé, *L'Acte public en Droit International Public*, Paris, Economica, 2004, p. 157 referia-se também a vários métodos de “recepção” dos actos públicos, entendendo, noutra sede, que a noção de reconhecimento apenas fazia sentido quanto a actos públicos de carácter decisório (ob. cit. pp. 138- 139). Dagmar Coester-Waltjen usava já a terminologia de aceitação (cfr. “Anerkennung im Internationalen Personen-, Familien- und Erbrecht und das Europäische Kollisionsrecht”, *IPRax – Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts*, Ano 26, N.º 4, Juli/August, 2006, p. 393).

¹⁰⁶ Tal é a posição assumida pelo BGH alemão, bem como a nova instrução da DGRN espanhola (18-02-2019).

¹⁰⁷ Cf. Janis Leifeld — *Das Anerkennungsprinzip im Kollisionsrechtssystem des internationalen Privatrechts*. (Tübingen: Mohr Siebeck, 2010). 181.

No entanto, a questão do reconhecimento, a partir dos casos *Garcia-Avello* e *Grunkin-Paul* e, no que tange ao objecto do presente trabalho, os casos *Menesson* e *Lambasse*, são, na síntese de Dagmar Coester-Waltjen um problema ainda de direito de conflitos: identificar a possibilidade de reconhecer uma situação constituída num determinado país e neste eficaz independentemente da questão da lei aplicável ou aplicada ⁽¹⁰⁸⁾.

O problema coloca-se não propriamente nos efeitos decorrentes do reconhecimento do acto registral *per se*, mas do facto e dos seus efeitos reconhecidos a partir de um determinado ordenamento. Este reconhecimento encontra-se circunscrito aos poderes de controlo do Registo em sede de transcrição do mesmo para o registo nacional. Uma dessas dimensões é a autenticidade do acto estrangeiro que confere ao conservador o poder de verificar a idoneidade e integridade do documento, bem como da sua legalidade e efeitos do documento em confronto com as declarações complementares que o acompanham. Há um processo de transposição, através do qual o conservador nacional valida os efeitos do acto registral estrangeiro para os incorporar no registo civil português. Por isso, exigem-se análogas garantias às previstas para a certificação do facto no registo nacional. Há um exercício de correspondência mínimo com o direito registral português, como condição de atribuição e reconhecimento de efeitos ao acto registral estrangeiro. A autenticidade é aferida de forma intrínseca, quanto à fidelidade e veracidade (ideológica e material¹⁰⁹).

A segunda dimensão de controlo passa pela equivalência do acto registral estrangeiro ao acto de registo nacional. É uma dimensão extrínseca ao documento e que propende a fazer prova do facto por correspondência com as exigências do registo português. Estamos no domínio do artigo 4.º, do Código de Registo Civil.

¹⁰⁸ Cf. Anerkennung im Internationalen Personen-, Familien- und Erbrecht und das Europäische Kollisionsrecht. *in* IPrax 2006: 392-400. 392.

¹⁰⁹ Tal está expresso no artigo 372.º, n.º 2 do Código Civil, correspondendo a falsidade ideológica a um facto que na realidade não existiu e a material a contrafacção ou alteração do documento após a sua formação. Ver Luís Filipe Pires De Sousa — Direito probatório material. Comentado. (Coimbra: Almedina, 2020) 137; Fabio Rota — I Documenti. *in* La prova nel processo civile, ed. MICHELE TARUFFO (Milano: Giuffrè, 2012): 575 e seguintes. 615-616.

Para a actuação dos serviços registrais o problema é considerar se é de aceitar os efeitos probatórios independentemente das divergências substantivas previstas no ordenamento jurídico português¹¹⁰. E aqui parece-nos, que se encontram limitados os poderes de fiscalização do Conservador. Fora da invocação da ordem pública, só na apreciação da equivalência do acto registral estrangeiro é que competirá ao Conservador sindicá-lo. Esta equivalência pressupõe uma operação de substituição ou transposição. Isto é, equiparar o facto registado ao facto admitido pelo direito português. No entanto, trata-se de um problema de *lei do foro-procedimental* e não de *lex forização*. Não se aplica o direito material português, nem se controla a lei competente, tão-somente a sujeição aos meios de prova dos factos levados ao registo português. Este domínio é próximo da *forum rule by non-choice*. A rejeição não é substantiva (relativa à lei competente), é tão somente adjectiva inerente ao funcionamento do próprio registo que reclama uma equivalência de efeitos do acto registral estrangeiro a transcrever.

A natureza do acto de transcrição e as suas regras não constituem um procedimento de controlo do facto que o acto registral estrangeiro faz prova, mas da idoneidade do documento para incorporar no registo português e a que título (ou seja, a que facto). Não cabe ao conservador efectuar um controlo do estatuto das pessoas estabelecidas ou constituídas no estrangeiro, a não ser a idoneidade do acto, nos limites da conformidade ou não violação da ordem pública internacional. Não é um controlo equivalente a um procedimento de revisão e atribuição de *exequatur* de uma decisão jurisdicional estrangeira. O controlo restringe-se à verificação da regularidade formal do documento estrangeiro e à veracidade factual dos elementos contidos no documento, sem prejuízo do controlo incidental decorrente da notificação ao Ministério

¹¹⁰ Segundo Dagmar Coester-Waltjen, o reconhecimento é, nestes casos, aceitar os efeitos produzidos de acordo com uma lei estrangeira, apesar de possíveis diferenças, aceitação legitimada por uma presunção de equivalência (cf. *Anerkennung im Internationalen Personen-, Familien- und Erbrecht und das Europäische Kollisionsrecht*. in *IPRax* 2006: 392-400. 393). Ver ainda Erik Jayme/ Christian Kohler — *Europäisches Kollisionsrecht 2001: Anerkennungsprinzip statt IPR?*. in *IPRax* 2001: 501-514. 501; CARL Friedrich Nordmeier — *Stand, Perspektiven und Grenzen der Rechtslagenanerkennung im europäischen Rechtsraum anhand Entscheidungen mitgliedstaatlicher Gerichte*, in *IPRax* 2012:31-40. 31 e 39-40; Christian Kohler/ Walter PINTENS — *Entwicklungen im europäischen Personen- und Familienrecht 2012–2013*. in *FamRZ* 2013: 1437-1442. 1440-1441.

Público em caso de dúvidas¹¹¹. O controlo material do acto advém somente da danosidade dos seus efeitos em termos de excepção de ordem pública internacional.

Claro está que as consequências vão além da *relação registral*, porquanto a prova do estatuto, tratando-se de cidadão português, está limitado pelo direito probatório material e, conseqüentemente, pela prova do registo (artigos 3.º e 4.º, do Código de Registo Civil). Contudo, esta dimensão levanta a possibilidade de os meios de prova de um estado civil também estarem sujeitos ao estatuto que o regula, no caso, o estabelecimento da filiação (se a declaração de vontade é bastante, se há necessidade de outros documentos (informação médica), se pode ser prestada por terceiros). Como tal, o problema volta-se a deslocar para o domínio da lei competente, a jusante do acto registral estrangeiro e seus efeitos, pelo que a lei competente impõe que se possa produzir um efeito, mesmo na falta de equivalência, ao abrigo do direito estrangeiro. Pensamos na situação da aplicação do artigo 31.º, n.º 2, do Código Civil, quando se tratem de cidadãos portugueses. Nestes casos, há uma limitação natural ao controlo da equivalência dos efeitos do acto por parte do Conservador, resultante da *lex causae*. Estamos no domínio da transposição e/ou substituição¹¹².

¹¹¹ Neste sentido Christine Bidaud— La transcription des actes de l'état civil étrangers sur les registres français. *Revue critique de droit international privé* [acedido através de dalloz.fr]. 2020. 247

¹¹² Para Hans Lewald a transposição corresponde a um expediente técnico que permite a transferência de um de um conceito ou categoria de um ordenamento jurídico para outro (do Estado do foro), isto é, um conceito sucedâneo. Subjaz uma ideia de equivalência de efeitos através de um exercício de analogia entre diferentes ordenamentos jurídicos. Muitas vezes, pressupõe um exercício de interpretação da própria vontade dos interessados (como aponta nos casos relatados). Esta ideia de procura de conceitos equivalentes está igualmente presente na figura de substituição. Esta diz respeito à possibilidade de comutar um *rapport* de direito interno a um análogo de direito estrangeiro, quanto à verificação de um pressuposto/condição prejudicial considerado por aquele primeiro (Cf. Règles générales des conflits de lois Contribution à la technique du droit international privé. in *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*. Vol. 69 [acedido 07-01-2021. doi:http://dx.doi.org/10.1163/1875-8096_pplrdc_A9789028610620_01] 127-132). Para Rigaux e Baptista Machado, contudo, o problema de transposição não se circunscreve aos casos em que a questão principal é regulada pela lei do foro, basta que se trate de um situação em que se convoquem leis diferentes (cf. François Rigaux — La théorie des qualifications en droit international privé (Paris: L.G.D.J., 1956) 447-448; Baptista Machado — Problemas na Aplicação do Direito Estrangeiro — Adaptação e

No caso da transposição, como nota Hans Lewald, o objecto não se reporta necessariamente a um problema de eficácia de um acto jurídico, pode também incluir o reconhecimento de um direito constituído ao abrigo de uma lei que não é competente. O autor reporta-se às situações de sucessão de estatuto¹¹³, o que não é o problema que se coloca, em princípio, na gestação de substituição, por força da conexão reguladora do estatuto pessoal (nacionalidade ou residência).

Por regra, o problema advém da falta de reconhecimento pela lei competente para regular a pretensão da progenitora intencional, elemento estrangeiro por confronto com o ordenamento onde o contrato é celebrado. Logo, não é um problema de sucessão de estatutos, no entanto inscreve, agora, sobre uma outra perspectiva metodológica, numa sucessão de estatutos decorrente da diferente lei material aplicável. De um lado a *lei naturalmente competente* por recurso às regras de conflito, do outro, a *lei substantiva* a partir da qual se constitui a situação jurídica. Nesta abordagem, o problema é da *sucessão de âmbito de aplicação de leis materiais, em particular*, do elemento de extraneidade que a lei sob a qual foi reconhecida a gestação de substituição e cujo estatuto é provado através de um acto público (acto registo). Poderá este estatuto almejar à produção de efeitos jurídicos no Estado *ab initio* destinatário dos efeitos da filiação estabelecida a partir do contrato celebrado e cujas regras de conflito remetem para lei diferente daquela (muitas vezes é a sua própria lei a competente). Tal é relevante para enquadrar o problema de duas formas, uma conflitual, a qual não oferece margem para dúvidas que, na impossibilidade de aplicação de uma lei que reconheça o contrato de gestação de substituição como facto bastante para o estabelecimento da maternidade, não há relevância jurídica dos factos por não verificação da hipótese prevista na *lex causae*

Substituição. in João Baptista Machado – obra. Vol. I (Braga: Scientia Iuridica, 1991) 339). No caso da gestação de substituição, tal problema decorre da transposição do acto de registo estrangeiro, assente na declaração dos interessados, na sequência de um contrato para o efeito celebrado, facto este que não é reconhecido pela ordem do foro.

¹¹³ Cf. Règles générales des conflits de lois Contribution à la technique du droit international privé. in Collected Courses of the Hague Academy of International Law. Vol. 69 [acedido 07-01-2021. doi:http://dx.doi.org/10.1163/1875-8096_pplr-dc_A9789028610620_01] 127. Tal é apontado por Karl Neumeyer ao se reportar à alteração dos factos constitutivos da conexão que determina a lei competente e ao problema da sucessão de estatutos (cf. Internationales Verwaltungsrecht. Vol. IV. (München-Berlin: Schweitzer, 1936) 206-208).

(com a abertura que o nosso sistema concede à luz dos artigos 16.º, 17.º, 18.º, 19.º e 31.º, n.º 2 do Código Civil). A outra material, que advém da natureza e função da norma material do local de execução do contrato, como conexão subsidiária oculta, decorrente da conexão unilateral que a lei do Estado de execução do contrato encerra como uma norma de aplicação necessária e imediata (NANI).

4.4. É a natureza internacional que conduz a uma dispersão espacial no que toca ao reconhecimento do estatuto jurídico dos intervenientes e, em último termo, à protecção das partes mais vulneráveis. Não se pode, por isso, ignorar o risco da criança se tornar numa *mercadoria* dispensável perante o frustrar do projecto de vida idealizado pelos progenitores intencionais, quer seja, por resultar do divórcio destes ou mesmo problemas de saúde da criança, ou simples desistência da intenção daqueles¹¹⁴. Ou ainda, mesmo perante a vontade em concretizar o contrato de gestação de substituição, encontrarem os progenitores intencionais os constrangimentos legais de obter a necessária documentação para permitir a criança acompanhá-los, residirem no país de destino ou obter uma nacionalidade. Neste último caso, face ao critério de *ius sanguinis* adoptado, pode suceder que a criança caia numa situação de apatridia se não lhe for atribuída relevância no Estado onde não nasceu ao critério *ius soli*, perante a impossibilidade de estabelecer o vínculo a partir da gestante e dos progenitores intencionais, se não vier a ser reconhecido¹¹⁵.

¹¹⁴ Os casos mediáticos são demonstrativos deste perigo. Veja-se o caso da bebé Yamada (contrato celebrado na Índia) em que a progenitora intencional rejeitou a criança, tendo as autoridades japonesas se recusado a emitir passaporte para a ida da criança para o Japão, ou mesmo o caso da bebé Gammy, em que os progenitores intencionais apenas levaram consigo uma das crianças para a Austrália, deixando para trás na Tailândia o rapaz com síndrome de Down. Sobre o contexto ver Kellen Trilha — Surrogacy Issues: Mennesson V. France. *in* Global Private International Law. Adjudication without Frontiers. Ed. Horatia Muir Watt/Lucia Bíziková/Agatha Brandão De Oliveira/Diego P. Fernández Arroyo (Cheltenham; Northampton: Edward Elgar Publishing, 2019): 494-504. 496-497.

¹¹⁵ Cf. Kellen Trilha — Surrogacy Issues: Mennesson V. France. *in* Global Private International Law. Adjudication without Frontiers. Ed. Horatia Muir Watt/Lucia Bíziková/Agatha Brandão De Oliveira/Diego P. Fernández Arroyo. (Cheltenham; Northampton: Edward Elgar Publishing, 2019): 494-504. 497. A este respeito veja-se a circular *Taubira* de 2013 pelas autoridades francesas que visa garantir a atribuição de certidões de nascimento de crianças na decorrência de gestação de substituição quando seja possível estabelecer a filiação a um dos progenitores de origem francesa.

Como vimos, central à gestação de substituição é a prévia celebração de um «acordo — contrato de gestação — mediante o qual uma mulher aceita engravidar com o objectivo de gerar e dar à luz uma criança cuja filiação não será por si assumida, não arcando, por isso, a responsabilidade de um qualquer projecto de filiação, intenção que será antes avocada por outrem, seja um casal seja uma pessoa individual, homem ou mulher. A partir deste contrato ou convenção, uma mulher assume o dever de gerar e dar à luz um filho a cuja maternidade ela renuncia e que, na maior dos casos, se constituirá relativamente a outra mulher (a «progenitora intencional»), normalmente impossibilitada em termos absolutos de engravidar. No entanto, tal pode suceder como constituição de família a partir de casais do mesmo sexo (quase sempre masculino) ou projectos monoparentais»¹¹⁶.

Falamos aqui, portanto, dos contratos em que a gestação está associada ao recurso de técnicas de procriação medicamente assistida (¹¹⁷).

Em decisão do *Conseil d'État* de 12.12.2014, não foi colocada em causa a legalidade da mesma (ECLI:FR:CESSR:2014:365779.20141212).

¹¹⁶ Cf. Nuno Ascensão Silva/Geraldo Rocha Ribeiro — A maternidade de substituição e o direito internacional privado português. in *Cadernos do CENoR* 3 (2015): 9-73. 12-16.

¹¹⁷ O método analítico ou especialização da regra de conflito determina que os efeitos do contrato, nomeadamente, quando mediado por uma agência, possa convocar problemas de responsabilidade contratual, que por natureza estão sujeitas ao estatuto contratual. Estas, quando respeitantes à prestação de um serviço (mediação para a celebração de um contrato de gestação de substituição) e não do objecto do contrato de gestação de substituição, estarão sujeitas, de acordo com o artigo 1.º, n.º 1, às regras do Roma I (Regulamento (CE) n.º 593/2008 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 17 de Junho de 2008, sobre a lei aplicável às obrigações contratuais), nomeadamente aos artigos 3.º e 4.º, mas dependentes da apreciação da sua validade ao crivo das NANI ou mesmo da ordem pública internacional, artigos 9.º e 21.º Roma I, que podem desencadear a nulidade do referido contrato, o que poderá desencadear a necessidade de aplicação do Roma II para determinação da responsabilidade *in contrahendo* (artigo). Tal será, assim entendemos, perante uma situação de facto análoga à descrita na decisão da Audiencia Provincial de Barcelona (ECLI:ES:APB:2019:74, disponível no sítio <http://www.poderjudicial.es/>), a considerar-se o contrato como sendo resultante de uma situação absolutamente internacional. Para mais sobre o problema da liberalização internacional do mercado e os escolhos para a *legalização* da filiação resultante da gestação de substituição, P. Jiménez Blanco (cf. — La “crisis” de la gestación por sustitución en ucrania y el caos en el ministerio de justicia (comentario a las instrucciones de la DGRN de 14 y 18 de febrero de 2019) — *Crónica De Derecho Internacional Privado. in Revista electrónica de estudios internacionales*. 37 (2019): 23-30. 30.).

Nesta existem várias possíveis combinações quanto à proveniência do material genético. Casos em que a gestante é também a progenitora biológica, por o óvulo lhe pertencer. Outros existem, em que o material genético provém da progenitora intencional ou do progenitor, ou de terceiro.

Aliás, numa perspectiva ampla, a gestação de substituição é um *serviço* que integra os cuidados de saúde prestados no âmbito da PMA. O que traz a lume uma dimensão necessariamente interna ao problema, na medida em que a prática de cuidados de saúde depende da lei onde os mesmos são prestados. Isso pode implicar o cumprimento de regras procedimentais e judiciais próprias (caso da Grécia, Inglaterra, mas igualmente, nos estados norte-americanos, como a Califórnia) pois a sua efectivação depende de um acto jurisdicional. Outros casos há em que basta a mera declaração de renúncia da gestante e/ou de estabelecimento da maternidade perante os serviços registrais para se constituir a situação (caso da Ucrânia).

São vários os problemas associados, sendo que o que convoca e constitui o objecto do presente trabalho diz respeito aos efeitos a atribuir ao contrato de gestação de substituição eficaz no local onde é celerado e é executado no Estado que proíbe tais contratos e onde a situação pretende produzir os seus efeitos úteis.

Considerando os interesses envolvidos, em particular a natureza imperativa dos critérios para o estabelecimento da filiação, constatamos que relevam exigências públicas de particular intensidade. O Estado tem um interesse próprio na regulamentação de como se funda e estrutura o parentesco e do modo como se praticam no seu território as técnicas de PMA. A este acresce a tutela das pessoas mais vulneráveis envolvidas, as crianças e as gestantes. A sanção que o Estado encontra para situações jurídicas constituídas no estrangeiro é impedir que as mesmas produzam efeitos onde originalmente os interessados pretendem, funcionando como efeito dissuasor, ou melhor, de prevenção negativa. Porquanto a procura por um serviço no mercado internacional trará consequências negativas por quem pretender contornar a ordem pública¹¹⁸. Tal não acontecerá, contudo, em todas as circunstâncias,

¹¹⁸ Cf. Kellen Trilha — Surrogacy Issues: *Menesson V. France*. in *Global Private International Law. Adjudication without Frontiers*. Ed. Horatia Muir Watt/Lucia Bíziková/Agatha Brandão De Oliveira/Diego P. Fernández Arroyo. (Cheltenham; Northampton: Edward Elgar Publishing, 2019): 494-504. 502.

se entre os progenitores intencionais existir um vínculo biológico adstringente ao progenitor masculino que não se anula com o âmago do critério de estabelecimento de maternidade, e onde se centra a censura aos efeitos dos contratos de gestação de substituição. O problema converte-se na determinação do âmbito de validade e âmbito de aplicação da lei do foro que regula a PMA, em particular, a gestação de substituição.

Não é, portanto, um domínio exclusivo da autodeterminação dos seus intervenientes, pois integra o núcleo do que o ordenamento jurídico considera como admissível estando na fina linha entre o que é moral e eticamente admissível como critério densificador da juridicidade e que visa organizar a sociedade, dentro do que se entendem ser as funções regulamentares das relações sociais e jurídicas e das ciências que regulam a sociedade. Aquelas que, nas palavras de Vogt Durkheim, estudam o fenómeno social das *fonctions régulatrices*: formas de solidariedade social próprias de cada sociedade que são os modos de organização da vida social¹¹⁹.

Isto convoca uma dupla face na abordagem do problema: a concepção personalista de ordem pública internacional *versus* a concepção territorial. Tal não deixa de ser contrabalançada pela ideia de liberdade individual de circulação conducente a uma privatização das relações familiares. Aliás, um dos argumentos contra o reconhecimento é que a admissão da constituição de situações contrárias à ordem pública interna representar um contornar da proibição legal interna. Uma situação de fraude (veja-se a posição Suíça, cf. ponto 3.4). No entanto, no rigor da abordagem metodológica, o problema nunca que se poderá colocar em sede de fraude à lei, pelo menos nos termos clássicos previstos no artigo 21.º do Código Civil. A aproximação passa pelo recurso a outros instrumentos: ordem pública internacional ou normas de aplicação necessária imediata ou normas de DIP material.

E a questão, tal como foi abordada, pelo DGRN espanhola, nas duas instruções de 14-02-2019 e 18-02-2019, é condicionar os efeitos de um acto de registo estrangeiro quando o facto levado a registo resulta, tão-só, de mera declaração dos interessados. Nós acrescentamos, quando tal implique o reconhecimento de um facto contrário ao

¹¹⁹ *Apud* Rémi Lenoir — Mœurs, Morale Et Droit Chez Durkheim. *in* Droits. Revue Française de Théorie Juridique 19 (1994): 23-36. 23.

critério legal da *lex fori* (podemos incluir também a *lex causae*). Se por regra se fala do problema do reconhecimento como método alternativo ao método conflitual, na verdade o problema advém do controlo de situações constituídas no estrangeiro quanto aos cidadãos nacionais e, conseqüentemente, numa expansão da lei da nacionalidade. Expliquemos. Atendendo ao *interesse* que subjaz o acto de registo e a sua transcrição, o mesmo tende a ser pertinente quanto ao âmbito de aplicação da lei do registo. E isto significa, que, num primeiro momento, independentemente da lei competente (considerando, desde logo, a possibilidade de ocorrer um conflito de sistemas solucionado através do reenvio), são as autoridades registrais, enquanto Estado do foro, a determinar os efeitos do acto estrangeiro. Primeiro, na determinação da lei competente (considerando as normas que regulam a PMA como NANI ou a lei pessoal (nacionalidade ou residência)) e, em segundo, no funcionamento da excepção de ordem pública. Tal implica que a situação constituída no estrangeiro, atento os efeitos necessários a produzir no país do foro, estará sujeito a um duplo controlo pela lei do foro: regras de conflito (que tendem a determinar a aplicação da lei do foro, por força do âmbito de competência das autoridades em função da nacionalidade portuguesa dos interessados ou da ocorrência em solo português do facto, quanto ao reconhecimento da filiação no que toca aos progenitores intencionais) e excepção de ordem pública (tal como foi explicitado no ponto 4.3).

Tanto mais relevante quando os contratos de gestação são feitos e executados num âmbito verdadeiramente internacional ao ser, por regra, a gestante residente ou nacional do país onde o contrato é celebrado ou pelo menos executado¹²⁰. E isto acarreta nuances no tratamento a dar à situação, quando confrontada com a jurisprudência do TEDH que pugna pelo princípio da segurança jurídica e respeito pelas legítimas expectativas (confiança) nas situações internas. Tal entendimento também se materializa nas situações de internacionais, de que o caso *Wagner* é paradigmático, bem como em decisões no âmbito da Convenção, sobre os Aspectos Civis do Rapto Internacional de Crianças, de 1980, acomodando a protecção da criança nos artigos 6.º e 8.º CEDH, em

¹²⁰ Contudo como nota a decisão do BGH, a presença da criança e dos progenitores intencionais no país onde a gestante se encontra e o contrato foi celebrado são de carácter naturalmente precário, na verdade, os efeitos pretendem que sejam integralmente relevado no Estado de destino, aquele que proíbe a gestação de substituição.

especial a protecção da vida privada e familiar como uma unidade e com respaldo global ou transfronteiriço¹²¹. Há uma dimensão de compromisso entre a ordem pública e o interesse no assegurar a continuidade das relações jurídicas, uma valoração necessariamente proporcional sobre o reconhecimento ou não da situação constituída.

Em particular, porque o problema bule com a extraneidade de efeitos reconhecidos a partir de um determinado direito material a *impor* a outro ordenamento. E tal imposição resulta na necessidade de reconhecimento, o que conflitua com a concepção *territorial de ordem pública*. O problema não está tanto no reconhecimento da gestação de substituição e seus efeitos, antes os efeitos que o mesmo impõe ao ordenamento jurídico por exigência de aplicação territorial das normas materiais onde a gestante renunciou à maternidade e/ou se estabeleceu a maternidade a favor da progenitora intencional. A gestação de substituição e seus efeitos configura-se como questão prévia ou ancilar ao reconhecimento, em regra, para efeitos de registo e nacionalidade.

4.5. Face ao exposto, existem duas dimensões quanto ao *reconhecimento* do facto da maternidade resultante de um contrato de gestação de substituição e que mexe com os efeitos e função do registo civil em conjunto com a competência das conservatórias, por oposição à competência jurisdicional e que passa pela já analisada distinção entre *declarações de ciência e declaração de vontade ou negocial*.

O que permite questionar a visão mais liberal do reconhecimento, uma nova ideia de princípio do Estado de origem, a partir da natureza das normas que regulam os contratos de gestação de substituição, enquanto NANI (quando exista tal regulamentação, o que não é o caso, por exemplo, da Ucrânia). Esta perspectiva, ainda que de forma não expressa, surge implícita na análise feita pelos acórdãos de 2011 e 2012, do Tribunal Constitucional austríaco (cf. ponto 3.3).

As normas que regulam a PMA (incluindo a gestação de substituição) são NANI e como tal, verificada a conexão eleita, os efeitos que delas resultam seriam garantia de reconhecimento da situação,

¹²¹ *Vide* Hans Van Loon —Ensuring Continuity of Personal Status and Family Relations across Borders: The Interaction between Private International Law and Human Rights. *in* Global Private International Law. Adjudication without Frontiers. Ed. Horatia Muir Watt/Lucia Bíziková/Agatha Brandão De Oliveira/Diego P. Fernández Arroyo. (Cheltenham; Northampton: Edward Elgar Publishing, 2019): 530-538. 532.

independentemente da lei competente. As normas têm uma vocação necessariamente territorial associada à natureza das suas regras técnicas e de acesso sujeito a um procedimento administrativo ou judicial. O problema está em determinar se tal qualidade inerente à vocação técnico-procedimental, que envolve a regulação de tais práticas e desta feita uma matriz eminentemente *jus-publicista*, é bastante para contornar a indisponibilidade do estatuto pessoal.

Na teoria de Francescakis, as NANI seriam normas que se aplicariam *per se*, à margem de qualquer concurso com a determinação do âmbito de aplicação de outras leis e por razões de interesse público e fundamental para a ordem jurídica de onde são emanadas. Todavia, este entendimento colide com a natureza e função das NANI, na medida em que as normas que regulam (e em alguns ordenamentos, inexistentes) a gestação de substituição, ainda que gozem de uma vocação territorial, e, por isso, se tratem de normas especialmente autolimitadas, fazem-no em ordem à regulamentação da actividade a ocorrer no seu território e não como critério indisponível e de interesse *nacional* no estabelecimento da maternidade. Dito de outra forma, não é da natureza e âmbito de competência da norma uma vocação extramuros do país onde se celebra e executa o contrato de gestação de substituição, antes determinar se os seus efeitos extra-territoriais podem alavancar a legítima expectativa da progenitora intencional com vista a invocar o seu chapéu constitutivo de uma relação jurídica perante o ordenamento requerido, muitas vezes conducente à aplicação da sua própria lei. É, pois, um problema de direitos adquiridos, ou reconhecimento de direitos à luz de um ordenamento jurídico não competente. O ordenamento onde se realiza a gestação de substituição prescreve normas exclusivas, na terminologia de Kegel, *Exklusivnormen*¹²², conducentes a regular os efeitos daquele tipo de actividade, mas circunscritas ao território onde ocorra, uma vez que a sua competência adstringe sempre à conexão territorial de tal contrato se «sentar» no país onde vigoram.

¹²² Cf. Gerhard Kegel/Klaus Schurig — Internationales Privatrecht. 9. ed. (München: C.H. Beck, 2004). 149-150, 303 e 533. Como diz Goldschmidt, na dimensão diketológica que adopta, o conceito de norma de aplicação necessária e imediata «equipara a la institución legítima del orden público internacional que se niega a tolerar lo intolerable, la aplicación *urbi et orbi* del Derecho Publico proprio que resulta injustificada» (cf. — Derecho internacional privado: derecho de la tolerancia: basado en la teoría trialista del mundo jurídico. 10 ed. (Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2009). 241).

Diferente é aferir se da situação constituída se podem retirar efeitos de extraneidade bastantes para impor o seu reconhecimento.

Segundo Savigny, existem normas com especial força positiva, ou seja, normas que, pela sua natureza e função se sobrepõem, em termos de valor face às demais¹²³. E esta força especial decorre da necessidade que um determinado Estado tem em proteger interesses seus que julga serem os mais caros. Daí que muitas vezes estas sejam identificadas como normas concretizadoras da moral comum ou do bem comum, representando a ordem de valores políticos, sociais e económicos de determinado ordenamento. Estas normas seriam uma auto-imposição aos limites do funcionamento das regras de conflitos e respectiva consequência jurídica. Para Mommsen, estaríamos perante *Prohibitivgesetze*, normas que impõe a sua aplicação, sem excepções e sem considerações da natureza plurilocalizada da situação. Desta feita, o autor estabelece uma excepção ao funcionamento de regras de conflitos e à admissão da aplicação da lei estrangeira em ordem da natureza e especial força derogatória que elas encerram¹²⁴. Para Kanh tratar-se-ia de um norma especial, *Vorschriften*, que materializaria o efeito proibitivo ou negativo da ordem pública internacional. Existia na sua *ratio* uma necessidade de dar prevalência à solução material do foro em detrimento da competência da lei estrangeira.

Ora, Neumeyer retira daqui a conclusão da existência de normas materiais especiais do foro que recusam atribuir qualquer competência à lei estrangeira, e que sua natureza e função devem ser autonomizadas face ao conceito de ordem pública. A estas normas o autor chama de *Eingriffsnormen*¹²⁵, enquanto normas especiais¹²⁶. O método

¹²³ Cf. Friedrich Carl Von SAVIGNY — System Des Heutigen Römischen Rechts. Vol. VIII (Berlin: Veit, 1849). 33.

¹²⁴ Transcrevendo: «... em todas as leis existem disposições que, por determinação expressa do legislador ou pela sua própria finalidade, não permitem qualquer derrogação, e que devem, portanto, ser aplicadas pelos tribunais nacionais em todas as circunstâncias; mas na medida em que as disposições legais não têm esse carácter (e isto é o caso em grande medida), a aplicação da lei estrangeira não está em si mesma impedida» (cf. Friedrich Mommsen — Wie Ist in Dem Bürgerlichen Gesetzbuch Für Deutschland Das Verhältniß Des Inländischen Rechts Zu Dem Ausländischen Zu Normiren?. in Archiv für die civilistische Praxis. 61 (1878) 2: 149-202. 150-151).

¹²⁵ Karl Neumeyer — Internationales Verwaltungsrecht. Vol. IV (Zürich - Leipzig: Verlag für Recht und Gesellschaft, 1936) 228.

¹²⁶ Com a designação de *Einsgriffnormem*, porque já referia a existência de normas especiais (cf. Wie Ist in Dem Bürgerlichen Gesetzbuch Für Deutschland Das Verhältniß Des Inländischen Rechts Zu Dem Ausländischen Zu Normiren?. in

conflitual admitia, por funcionamento da cláusula de ordem pública, o afastamento em função da aplicação concreta da norma estrangeira¹²⁷. De certa forma, mesmo perante a doutrina de Mancini e o carácter extraterritorial da lei da nacionalidade, as normas estrangeiras não podem prevalecer se estiver em causa a ordem pública do ordenamento foro. A ordem pública funciona como limite e crivo da conformidade entre os valores e princípios da lei estrangeira perante a lei do foro, mas para este tipo de normas, seria uma funcionamento antecipado da excepção de ordem pública, uma *Vorbehaltsklausel* que determina a aplicação da lei do foro independente das considerações sobre *lex causae* indicada pela regra de conflitos. A determinação da competência de uma lei estrangeira não deixará de representar, para o foro, a reprodução de interesses sociais e políticos do ordenamento estrangeiro de onde a norma provém e que é unitariamente considerado. Não se faz qualquer juízo axiológico ou material da solução de direito estrangeiro, tão somente se precavê e se impõe a tutela de especiais interesses que deverão ceder em função da natureza imperativa da norma do foro e dos interesses por ela prosseguidos¹²⁸. Todavia o autor não afasta a aplicação da lei estrangeira, apenas quanto esta confronte com as normas da lei do foro e não seja possível a salvaguarda das mesmas por recurso de outros meios¹²⁹.

Estamos paredes meias com a formulação de Neumeyer de *eingreifenden Rechtssatz* (princípio jurídico de aplicação imediata) aplicável ao direito internacional administrativo e que incluiria normas jurídicas a

Archiv für die civilistische Praxis. 61 (1878) 2: 149-202. 150-151), a Vorschriften enquanto norma a que Kahn viria a atribuir o efeito *proibitivo da ordem pública* (cf. Franz Kahn — Abhandlungen Zum Internationalen Privatrecht. Ed. Otto Lenel/Hans Lewald. Vol. I (München-Leipzig: Duncker & Humblot, 1928) 170).

¹²⁷ Karl Neumeyer — Internationales Verwaltungsrecht. Vol. IV (Zürich - Leipzig: Verlag für Recht und Gesellschaft, 1936) 228-229.

¹²⁸ Neumeyer fala da natureza imperativa, verdadeira autoridade, que justifica a aplicação do direito do foro (cf. Internationales Verwaltungsrecht. Vol. IV (Zürich - Leipzig: Verlag für Recht und Gesellschaft, 1936) 229). E não, como sucede na excepção de ordem pública, na sindicância do resultado material da lei estrangeira. Em termos metodológicos, aplica-se a NANI enquanto *forum-rule-by-non-choice*, isto é, é conatural que o interesse tutelado por esta norma implica a sua prevalência e derrogação de qualquer ponto de conexão com outro ordenamento e independente da solução que dele advenha.

¹²⁹ Cf. Karl Neumeyer — Internationales Verwaltungsrecht. Vol. IV (Zürich - Leipzig: Verlag für Recht und Gesellschaft, 1936) 230.

aplicar obrigatoriamente para a regulação de relações jurídicas privadas que servem primeiramente a interesses do Estado¹³⁰. Segundo a compreensão de então, o direito privado servia unicamente a um equilíbrio de interesses contraditórios entre privados de modo que as normas motivadas estadualmente apareciam como intervenções estranhas à natureza do direito privado. Seria contra a natureza da relação jurídica privada, mas sobrepunha-se por ordem aos interesses públicos que tais normas representavam e visavam garantir. Contudo, como nota Kahn, mais do que um reflexo da exceção de ordem pública internacional, estaremos perante normas especiais, cuja natureza, traz consigo a *derrogação* da relevância da lei estrangeira¹³¹.

Ora, o problema prático que emerge na gestão de substituição é a existência de normas no Estado do foro que afastam a eficácia de tais contratos, quer por efeitos *ex voluntate*, quer *ex lege*. De certa forma, a distinção entre reconhecimento de sentenças e situações constituídas por mera vontade volta a recentrar o problema entre a solução conflitual ou de *vested rights*. Uma vez que os efeitos constitutivos advêm do alcance que pretendemos retirar da lei material à qual foi celebrado e executado o contrato de gestão de substituição (*lex auctoris*) atenta ao âmbito de eficácia territorial daquela.

V. Gestão de substituição: como acesso a um serviço assegurado pela teoria dos direitos adquiridos

5.1. A visão *mercantilista* do problema alocada a soluções *nacionais* tem como consequência os acórdãos *Mennesson* (e subsequentes) e *Paradiso Campanelli*¹³². O *turismo procreativo* é tanto mais problemático quanto mais interfere com os direitos humanos dos interessados,

¹³⁰ Cf. Karl Neumeyer — Internationales Verwaltungsrecht. Vol. IV (Zürich - Leipzig: Verlag für Recht und Gesellschaft, 1936) 244.

¹³¹ Cf. Franz Kahn — Abhandlungen Zum Internationalen Privatrecht. Ed. Otto Lenel/Hans Lewald. Vol. I (München-Leipzig: Duncker & Humblot, 1928) 170. No entanto o autor não faz a citação integral de Mommsen e que em cima transcrevemos, uma vez que omite «nach ausdrücklicher Anordnung des Gesetzgebers» (de acordo com as prescrições estabelecidas por lei).

¹³² Cf. Kellen Trilha — Surrogacy Issues: Mennesson V. France. *in* Global Private International Law. Adjudication without Frontiers. Ed. Horatia Muir Watt/Lucia Bíziková/Agatha Brandão De Oliveira/Diego P. Fernández Arroyo. (Cheltenham; Northampton: Edward Elgar Publishing, 2019): 494-504. 499.

enquanto partes vulneráveis de toda a relação emergente do contrato: criança e gestante.

As decisões *Mennesson, Labasse, Foulon, Bouvet e Laborie* e o parecer P16-2018-001 todos do TEDH não colocam em causa a legitimidade da ordem pública francesa, se os efeitos de não reconhecimento assegurarem o mínimo dano aos interesses prevalentes (gestante e criança) através da margem de apreciação e superior interesse da criança¹³³. Como nota Ashenden, o problema coloca-se entre os limites da *soberania* estadual e conseqüente concretização do conceito de ordem pública, e os cidadãos que, aproveitando-se do mundo globalizado, procuraram encontrar alternativas ao seu projecto de vida inviabilizado no seu Estado de origem. A liberdade de circulação apresenta-se como um meio de realização de interesses próprios. A tensão dialéctica entre soberania do Estado e liberdade dos cidadãos é o que se pode identificar como o problema de determinar se se deve ou não reconhecer contratos gestação de substituição e seus efeitos¹³⁴.

Não se trata da legitimidade da decisão soberana de um Estado que proíbe a gestação de substituição, mas no alcance da ordem pública internacional, pelo que não é um problema de subjugação da *vontade popular*, isto é, não é um problema de âmbito de validade, mas sim de âmbito de aplicação de normas. Todavia, como já foi desmistificado, o DIP não convoca âmbitos de validade dos ordenamentos jurídicos, antes âmbitos de aplicação das normas atenta as finalidades próprias

¹³³ Cf. Samantha Ashenden — Dilemmas of Proceduralisation: Cross-Border Surrogacy, the French Republic and the European Court of Human Rights. *in* *Prozeduralisierung Des Rechts*, edited by Tatjana Sheplyakova (Tübingen: Mohr Siebeck, 2018): 265-88. 278-279. Ver ainda Dominique Bureau/Horatia Muir Watt — *Droit international privé*. Tome II. Partie spéciale. 4. Éd. (Paris: PUF, 2017). 231-232.

¹³⁴ Cf. Samantha Ashenden — Dilemmas of Proceduralisation: Cross-Border Surrogacy, the French Republic and the European Court of Human Rights. *in* *Prozeduralisierung Des Rechts*, edited by Tatjana Sheplyakova (Tübingen: Mohr Siebeck, 2018): 265-88. 282. Para esta autora a decisão do TEDH, atenta a sua natureza e função institucional permite deslocar o problema para a aferição do equilíbrio entre os direitos individuais dos envolvidos num concreto contrato de gestação de substituição e a comunidade que considera uma prática proibida. O problema não é a admissibilidade ou não da gestação de substituição e o juízo de censura feito a esta prática (não se coloca em causa a legitimidade dos Estados em proibirem tal prática), antes da justa medida de uma decisão resultante do interesse supra-individual da comunidade perante os direitos específicos e individuais de uma criança afectada. -rogação como uma prática, mas concentra-se antes nos direitos de indivíduos específicos contra a colectividade..» (op. cit. p. 282)

e dentro de instrumentos que asseguram o respeito pelos princípios basilares do Estado. Tal significa que a auto-contenção da ordem pública em razão da promoção e garantia de interesses prevalecentes e que valem como parâmetros de validade das normas internas é uma imposição em ordem da garantia de direitos fundamentais da parte mais vulnerável, no caso a criança e a gestante. E é, nesta essência, que os direitos fundamentais se apresentam como os *trunfos* (Dworkin) que prevalecem sobre a legitimidade democrática de uma ordem jurídica que recusa o reconhecimento de efeitos de tais contratos¹³⁵.

No entanto, há consequências directas para o ordenamento jurídico e a afirmação dos valores nele consagrados. O enfraquecimento da força das suas disposições confere uma limitação territorial acrescida, ao apontar para um abrir de portas ao que se entende ser uma prática ilícita, mas por causa da sua *internacionalidade*, a sanção interna não se opõe à situação internacional. Há uma liberalização da gestação de substituição exclusivamente *exterior*¹³⁶.

Porque o problema se coloca no Estado «destinatário» afastada a possível mitigação dos efeitos por recurso ao valor da identidade cultural como trunfo para a valorização da conexão nacionalidade¹³⁷, o problema coloca-se na perspectiva de reconhecimento dos seus efeitos no estado da nacionalidade, onde o *reconhecimento* produz os seus efeitos úteis, desde logo a aquisição da nacionalidade da criança. Tal não impede, que se recorra à conexão residência

¹³⁵ Cf. Samantha Ashenden — Dilemmas of Proceduralisation: Cross-Border Surrogacy, the French Republic and the European Court of Human Rights. *in* *Prozeduralisierung Des Rechts*, edited by Tatjana Sheplyakova (Tübingen: Mohr Siebeck, 2018): 265-88. 283.

¹³⁶ Cf. Gregor Puppink/Claire Hougue — ECHR: Towards the Liberalisation of Surrogacy [disponível no sítio https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2500075, acedido em 15-01-2021] (o artigo original, em língua francesa, encontra-se publicado em *Revue Lamy Droit Civil*, n° 118 (2014): 78 e seguintes.

¹³⁷ Ver Erik Jayme — *Identité Culturelle Et Intégration: Le Droit International Privé Postmoderne.* *in* *Recueil Des Cours De L'académie De Droit International (RCADI)*. (The Hague-Boston-London: Martinus Nijhoff Publishers, 1996): 9-268. 32 e Léna Gannagé dá nota da biunivocidade da identidade comunitária e identidade individual como fluxo de interesses igualmente dignos a ater na tutela de legítimas expectativas. — *Les méthodes du droit international privé à l'épreuve des conflits de cultures.* *in* *Recueil Des Cours De L'académie de Droit International (RCADI)*. Vol. 357 [Acedido 12-01-2020: doi: http://dx.doi.org/10.1163/1875-8096_pp1rdc_A9789004227316_02]. 242-244.

habitual¹³⁸, em particular por recurso ao artigo 8.º, CEDH, para, no inverso, subordinar a lei da nacionalidade ao reconhecimento da situação à luz de uma outra lei. O que já sucede no nosso ordenamento através do artigo 31.º, n.º 2, em especial, mas igualmente através dos artigos 17.º e 18.º, ambos do Código Civil. A estabilização da situação de facto¹³⁹, muito por causa do entendimento pugnado pelo acórdão *Wagner*, legitima a conclusão de que os direitos humanos são um critério *ex post* de funcionamento correctivo da regra de conflitos (ou mesmo *a priori*, dependendo da consideração metodológica a abordar)¹⁴⁰.

¹³⁸ Contudo esta consideração não permite, sem mais, invocar o local de nascimento da criança. A presença física da criança é um critério indiciador para a determinação da residência, sem prejuízo de outros. Veja-se o entendimento do TJUE nos acórdãos *Mercredi/Chaffe*; ECLI:EU:C:2017:436, para. 42-44 e *OL/PQ*, ECLI:EU:C:2018:835, para. 53, 57). Como nota Von HEIN o elemento objectivo da presença física convoca o problema de determinar se a vontade dos progenitores intencionais é bastante para se considerar como temporário o local de nascimento e se o Estado de destino se pode considerar como a sua residência habitual. Dá como exemplo, a determinação da residência habitual de uma criança nascida na Ucrânia que, de acordo com a vontade de todos os envolvidos no contrato de gestação, é legalmente levada para a Alemanha. Somente com a presença física da criança recém-nascida em território alemão é que se poderá admitir este como local da sua residência. ((MüKoBGB/v. Hein, 8. Aufl. 2020, EGBGB Art. 5 Rn. 178)). Veja-se o acórdão do BGH, de 20.3.2019, que considerou que a residência habitual da criança nascida na Ucrânia, era a alemã, tendo em consideração o contrato de gestação de substituição e a residência habitual dos progenitores intencionais ECLI:DE:BGH:2019:200319BXIIZB530.17.0.

¹³⁹ Cf. Hans Van Loon: «O caso mostra que o DIP pode enformar a norma de direitos humanos, aqui artigo 8.º, CEDH que será aplicada levando em consideração a identidade cultural de uma pessoa e sua evolução ao longo tempo» (cf. — Ensuring Continuity of Personal Status and Family Relations across Borders: The Interaction between Private International Law and Human Rights. *in* Global Private International Law. Adjudication without Frontiers. Ed. Horatia Muir Watt/Lucia Bíziková/Agatha Brandão De Oliveira/Diego P. Fernández Arroyo. (Cheltenham; Northampton: Edward Elgar Publishing, 2019): 530-538. 536).

¹⁴⁰ Como aponta Ives Lequette, a partir do caso *Wagner* conclui-se que a recusa do reconhecimento de uma decisão estrangeiro constitui uma violação do direito ao respeito da vida familiar (cf. — Le droit international privé et les droits fondamentaux. *in* Libertés et droit fondamentaux. 23. Éd. (Paris: Dalloz, 2017) : 129-157. 144). Não obstante, como nota Muir Watt o problema parece ter advindo das regras de reconhecimento de decisão estrangeira e a sua sujeição à regra de conflitos do Estado do reconhecimento e que foi suprimido pelo Cour de Cassation no acórdão *Cornelissen c Avianca Inc* (Chambre civile 1, 20 février 2007, 05-14.082) (cf. European Federalism and the New Unilateralism. *Tulane Law Review* 82 (2008) 1997-1998). Regra que não vigora no nosso Código de Processo Civil, salvo a excepção prevista

Mesmo na dimensão do reconhecimento de decisões estrangeiras está ínsita a tutela das expectativas firmadas a partir de uma decisão judicial. Como nota Ferrer Correia, são razões de ordem prática e lógica que o justificam. Na primeira ordem da razão porque deve ser assegurada «a continuidade e estabilidade das situações de vida jurídica internacional, a fim de que os direitos adquiridos e as expectativas dos interessados não sejam ofendidos. A circunstância de uma situação controvertida ter sido definida por um tribunal, cuja decisão é caso julgado no país em que foi proferida, não poderia ser ignorada. A decisão, pois que se tornou definitiva nesse país, pôs aí termo ao litígio, reforçou as expectativas das partes e de terceiros e consolidou direitos que anteriormente pareciam incertos». A segunda ordem de razões, porque a se aceitar a «competência dos tribunais de um Estado em certo caso traduz-se em aceitar que esses tribunais tinham perfeita legitimidade para conhecer da causa e para sobre ela emitir uma decisão revistada da força de caso julgado», por isso conclui o Autor, «será conceder à sentença, no país requerido, os efeitos que lhe são atribuídos pela lei do país de origem»¹⁴¹.

5.2. Uma das particularidades da regulação da gestação de substituição por parte dos ordenamentos jurídicos europeus é a autolimitação espacial das situações ao fazer depender da verificação de conexões pessoais para o preenchimento da qualidade de beneficiários do contrato. Em muitos casos a admissibilidade da gestação de substituição surge acompanhada de uma *procedimentalização* da aquisição do estatuto de progenitora legal, por parte da progenitora intencional, ou de pais, no caso de casais do sexo masculino.

Por exemplo, no caso da lei grega é exigido que quer a gestante quer os beneficiários sejam cidadãos gregos ou residam na Grécia (artigo 8.º

no artigo 983.º, n.º 2, do Código de Processo Civil e que constitui o privilégio da nacionalidade. Sobre a apreciação crítica do *acórdão Munzer* que suprimiu o controlo da revisão de mérito, mas sujeitou a sentença ao controlo da lei aplicável, ver Ferrer Correia — Lições De Direito Internacional Privado (Coimbra: Almedina, 2000) 468-470. Ver, sobre o impacto do *acórdão Cornelissen* e Bertrand Ancel/Horatia Muir Watt — Des vérifications auxquelles le juge est tenu de procéder pour accorder l'exequatur. *Revue de droit international privé*. 2007. 420.

¹⁴¹ Por isso afirmar esta autora que a competência internacional do Estado de origem constitui a condição primordial para o reconhecimento da decisão estrangeira (Cf. Ferrer Correia — Lições De Direito Internacional Privado (Coimbra: Almedina, 2000). 460-462).

da Lei n.º 3089/2002). Esta limitação condiciona o alcance *internacional* da permissibilidade legal ao ser dissuasora da existência de uma oferta de «serviço» para situações internacionais. O ordenamento grego parte da regulação de uma situação que se quer *puramente interna*, sem elemento de extraneidade, ou pelo menos, com real alcance prático. É certo que o problema se coloca tendo em consideração a alternatividade da conexão e possibilidade de dissociação entre residência e nacionalidade e que pode levar aos problemas de reconhecimento que nos colhe o presente trabalho. Em termos clássicos, temos um regime que se constrói a partir do estatuto normativo e que delimita o seu âmbito de aplicação ao território grego, sem que, contudo, obste à extraneidade dos seus efeitos que são conaturais ao estatuto dos interessados por força da conexão pessoal: seja residência ou nacionalidade.

A distinção entre lei e *mœurs* (moral) passa muito pela identidade cultural de um povo que os distingue uns dos outros. A dimensão sociológica e cultural é concretizadora da regulamentação jurídica e determinação dos critérios de estabelecimento da filiação¹⁴². A cultura e direito interligam-se, porquanto a norma jurídica, enquanto regra de comportamento social¹⁴³, o que se torna particularmente premente quando se discute a parentalidade social-biológica. O vínculo da nacionalidade, como vínculo jurídico-político-social-cultural, apresenta-se como arrimo a esclarecer quais os limites da ordem pública¹⁴⁴, em particular, quando o *reconhecimento* da situação bule com a necessidade de inscrição no registo civil e constituição do *status* jurídico que advém do ordenamento jurídico da nacionalidade. Daí o *reconhecimento* do vínculo condicionar a aquisição da nacionalidade por parte da criança. Este critério, apesar da aparente secundarização com a conexão

¹⁴² Cf. Catherine Larrère — Droit et Mœurs Chez Montesquieu. *in* Droits. Revue Française de Théorie Juridique 19 (1994): 11-22. 11.

¹⁴³ Cf. Erik Jayme — Identité culturelle et intégration: le droit international Privé Postmoderne (vol. 251). *In* Recueil des cours de l'Académie de droit international [Brill Reference Online, acessado em 3 de Janeiro de 2021]).

¹⁴⁴ Mancini fala mesmo das questões de clima dos países como um factor diferenciador das soluções legais protagonizadas por cada ordenamento jurídico (cf.— De L'utilité De Rendre Obligatoires Pour Tous Les États, Sous La Forme D'un Ou De Plusiers Traités Internationaux, Un Certain Nombre De Règles Générales De Droit International Privé Pour Assurer La Décision Uniforme Des Conflicts Entre Les Différentes Législations Civiles Et Criminelles. *in* Journal de Droit International Privé. anno I, no. IV (1874): 221-39; 85-304.. 293.

residência habitual, continua a ter um impacto directo na concretização do estatuto pessoal: desde logo pelas implicações registais, como sucede com o nosso ordenamento jurídico.

Ora, a liberdade individual, dentro do funcionamento do mercado internacional, pressupõe a faculdade de procurar a realização individual a partir de ordenamentos permissivos. É na sua essência o conceito de liberalização do mercado jurídico. Procura de um serviço disponível noutra país¹⁴⁵.

O estatuto pessoal apresenta um conjunto de efeitos que não estão na livre disponibilidade de renunciar ou modelar, não obstante depender, em muitos casos, da autonomia do particular para a constituição ou cessação das relações jurídicas pessoais. Isto é, aos efeitos *ex lege* e indisponíveis contrapõe-se a autonomia dos interessados na constituição, modificação ou cessação das relações jurídicas. Tal implica que os atributos e qualidades não são comuns a todas as pessoas, antes dependem da condição de nacional¹⁴⁶. Tal é materializado na lei de registo civil, em especial nos artigos 2.º e 3.º, do Código de Registo Civil, ao impor a sujeição dos efeitos das relações que bulem com o estado civil a um único meio de prova: o registo. No entanto, tal relevância circunscreve-se ao âmbito de aplicação das próprias regras do registo e da competência das autoridades registrais. Há ínsito ao registo uma dupla dimensão: territorial e pessoal, sendo esta a prevalente, por visar *publicitar e provar* na sua função primária o estado civil e os efeitos adstritos à pessoa cidadã portuguesa. Só incidentalmente, por conexão com o território nacional, é que se justifica o acto de registo autónomo de um cidadão não português¹⁴⁷.

¹⁴⁵ Cf. Rui Moura Ramos — Regards sur les sources et les méthodes du droit international privé de la famille dans l'espace Européen. *In* Tui Memores: La dimension culturelle du droit international privé. (Genève-Zurich-Bâle: Schulthess, 2017): 85-113.

¹⁴⁶ Cf. Pasquale Stanislao Mancini — De L'utilité De Rendre Obligatoires Pour Tours Les États, Sous La Forme D'un Ou De Plusieurs Traités Internationaux, Un Certain Nombre De Règles Générales De Droit International Privé Pour Assurer La Décision Uniforme Des Conflits Entre Les Différentes Législations Civiles Et Criminelles. *in* Journal de Droit International Privé. anno I, no. IV (1874): 221-39; 85-304. 294.

¹⁴⁷ O que é comum a outros países atento a função e efeitos do registo. No caso francês, ver Christine Bidaud — La transcription des actes de l'état civil étrangers sur les registres français. *Revue critique de droit international privé* [accedida através de dalloz.fr, em 07-01-2020]. 2020. 247

No entanto, teremos que destrinçar dois efeitos decorrentes da situação constituída no estrangeiro. A lei que regula a situação a constituir ou constituída, a existência ou não de uma sentença ou acto público e a força probatório do acto de registo. Quanto a esta última, o problema advém da *fê pública* e efeitos que resultam do acto de registo estrangeiro. Tal significa que a força probatória do registo é tão só *declarativa* e, nesta medida, aos serviços de registo apenas se exige a confirmação da autenticidade e idoneidade do acto, seus efeitos e se do mesmo não resulta uma ofensa à ordem pública internacional portuguesa (assim resulta do artigo 7.º, do Código de Registo Civil).

Coloca-se a questão de saber qual a génese do efeito probatório que o registo encerra, pelo que o controlo a cabo dos serviços se adstringe ao efeito que advém da transcrição do acto estrangeiro. Não compete ao registo colocar em causa o facto jurídico de que advém a força probatório do acto estrangeiro. Logo, não há lugar ao controlo da lei aplicável e dos efeitos constitutivos que dela resultam, sejam ou não resultante da lei competente à luz das regras de conflito portuguesas. O que está em causa é o reconhecimento da força probatória do registo, não o efeito *substantivo per se*. Neste sentido, não cabe aos serviços de registo civil sindicarem o controlo da lei aplicável (ao contrário do que sucede no direito espanhol), pelo menos de uma forma directa. A função do registo circunscreve-se ao estabelecimento do meio de prova das situações jurídicas pessoais, cabe certificar se incorpora no registo um documento que faz prova do estatuto do interessado, reclamando do acto estrangeiro uma equivalência de meios de fazer prova do facto levado a registo. O princípio de equivalência do acto advém não só o facto a transcrever, mas do meio de prova do mesmo, se simples declaração, se negócio jurídico, e por quem é feita a declaração. Aqui, de forma mediata, convoca-se a determinação da lei competente, porquanto os meios de prova dos factos sujeitos a registo são um respaldo ou espelho do direito material. Tende-se a proceder a uma qualificação *lege fori*, transpondo para o direito português a conformação do direito registral estrangeiro incorporado no acto de registo e de que depende o efeito probatório. Em particular, porque o registo, tal como decorre do artigo 3.º do Código de Registo Civil, constitui prova plena do facto levado a registo¹⁴⁸.

¹⁴⁸ Cf. Pires De Lima/Antunes Varela — Código Civil anotado. Vol. I. 4.ª ed. (Coimbra: Coimbra editora, 1987) 328.

Todavia, tal não impede um controlo incidental, no que tange à lei aplicável, por remessa ao Ministério Público e consequente acção de estado tendente a impugnar o registo. O que pressupõe um necessário juízo prévio em termos de lei aplicável, mas que não legitima, *per se*, a recusa do acto de registo.

A montante deste controlo, há a verificação da compatibilidade dos efeitos do acto registral, também ele incidental. Os efeitos a atribuir ao acto de registo estrangeiro dependem da sua não oposição à ordem pública nacional. E aqui, sim, os serviços de registo civil tem competência própria para conformar o efeito probatório resultante do registo e consequente reconhecimento dos seus efeitos. Neste conspecto, torna-se incontornável um controlo quanto ao âmbito da lei competente, porque tratando-se de uma nacional português a equivalência dos meios de prova dos factos levados a registo integram uma dimensão substantiva, logo, a consideração da lei portuguesa, enquanto lei nacional, apenas pode ser afastada nos termos previstos pelos artigos 17.º, 18.º, 19.º e 31.º, n.º 2, do Código Civil.

VI. Excepção de ordem pública internacional e direitos fundamentais

6.1. Para Raape a aplicação do direito estrangeiro implica um salto para o desconhecido («*sprung ins Dunkle*»)¹⁴⁹. Como nota Baptista Machado «toda a ordem jurídica está orientada para determinado ideal de justiça, satisfaz determinados postulados sociais, políticos e económicos, e todo o Estado tem um interesse elementar na conservação da harmonia interna e na manutenção da pureza das concepções nacionais basilares, em impedir a «a miscigenação com concepções fundamentalmente heterogéneas»¹⁵⁰. Continuando a acompanhar o autor, o instituto da excepção de ordem pública «coordena e limita os institutos e princípios basilares do sistema jurídico, em ordem a garantir a subsistência de cada um, só possível dentro do equilíbrio do todo. Representa, por assim dizer, o sector-piloto do sistema»¹⁵¹.

¹⁴⁹ Cf. Leo Raape —Internationales Privatrecht. 6. von Fritz Sturm ((München: Franz Vahlen, 1977) 90.

¹⁵⁰ Cf. Baptista Machado — Lições De Direito Internacional Privado. 3.ª ed. (Coimbra: Almedina, 1995). 255.

¹⁵¹ Cf. Baptista Machado — Lições De Direito Internacional Privado. 3.ª ed. (Coimbra: Almedina, 1995). 254.

Por isso, Goldschmidt afirma que a cláusula de exceção de ordem pública pressupõe duas condições: «1^a) diversidad ideológica dentro de la comunidad de aquellos que aplican mutuamente sus respectivos derechos; 2.^a el reconocimiento de una obligación jurídica de aplicar derecho extranjero»¹⁵².

No entanto a ideia de uma última válvula de escape perante a consequência da aplicação do direito estrangeiro não se basta como garantia de defesa do ordenamento jurídico de um determinado Estado. Ao não se censurar, de forma abstracta, o conteúdo do direito estrangeiro, antes o resultado da sua aplicação, o DIP assume uma vocação de mínimo de intervenção na consequência da aplicação do direito estrangeiro e como tal apenas justifica a sua intervenção como mecanismo de correcção dos concretos resultados que tornem insuportáveis a sua afirmação perante o ordenamento jurídico. Tal significa que num sistema coerente de direito, a ideia de múltiplos níveis de ordens jurídicas deve assegurar a virtualidade da ordem pública servir, também, para proteger os direitos humanos. A questão que se coloca é se tal deve servir para dar força universal ao direito do foro para justificar a aplicação em casos estranhos por recurso à ordem pública internacional¹⁵³.

Propõem-se, por um lado, renunciar em caso de violação dos direitos humanos a uma relação com o Estado de origem, apoiando-se na relatividade da exceção de ordem pública internacional e nos vasos comunicantes entre a força de contacto com o Estado do foro e o valor do bem protegido¹⁵⁴. Nessa medida o Estado é autorizado a defender

¹⁵² Cf. Werner Goldschmidt/Alicia M Perugini Zanetti/Miguel Angel Ciuro Caldani — Derecho internacional privado: derecho de la tolerancia: basado en la teoría pluralista del mundo jurídico. 10 ed. (Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2009). 231.

¹⁵³ Peter Mankowski fala a este respeito da possibilidade de transformação da cláusula de exceção de ordem pública ao permitir a abertura da invocação do artigo 16.º Roma II para justificar a aplicação da lei do foro (...). Mankowski, Peter. “Das Verhältnis von Internationalem Privatrecht Und Völkerrecht in Der Entwicklung “. In *Rückblick Nach 100 Jahren Und Ausblick. Migrationsbewegungen*, edited by Nina Dethloff, Georg Nolte and August Reinisch. Berichte Der Deutschen Gesellschaft Für Internationales Recht, 45-140. Heidelberg: C.F. Müller, 2018.

¹⁵⁴ Nota Yuko Nishitani de uma tendência de reivindicar a relatividade dos valores europeus e de abstenção da imposição dos princípios fundamentais do Estado do foro como mecanismo de acomodar ou favorecer diferentes tradições, costumes ou culturas (cf. — Identité Culturelle En Droit International Privé De La Famille. in *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*. Volume 401. (Leiden-Boston: Brill, 2019) 363. De certa forma, a ideia de relatividade é um

os valores fundamentais da sua comunidade e da comunidade *supra-nacional* que integra (pensemos no sistema da CEDH e mesmo da CDF).

A remissão para o direito estrangeiro é *condicionada*, «mesmo que a situação a julgar não tenha qualquer ligação efectiva com a *lex fori*, ao pressuposto de que esses legisladores não ditarão normas ofensivas dos mais elementares princípios de justiça (tal como concebidas nas nações civilizadas)»¹⁵⁵. Batiffol refere que o elemento normativo-racional de todo o direito tem, por natureza, uma vocação universal, contudo é indiscutível que os direitos fundamentais quando acoissadas pela lei estrangeira consubstanciam-se num caso de violação da ordem pública¹⁵⁶. Todavia, tal não responde ao problema de determinar se ainda assim, o padrão de tutela, se compadece com uma margem de apreciação a reconhecer ao estado cuja situação foi constituída ou se a tutela é feita de forma unilateral a partir dos direitos tutelados no Estado requerido.

6.2. Os progenitores intencionais não desconhecem os limites da legislação de origem, aliás, é pela existência destes limites que procuram

instrumento de criação de um espaço europeu conducente à construção de uma ordem jurídica europeia, todavia, não se pode reduzir a uma mera operação do mínimo denominador comum ou da subordinação do interesse da comunidade política e social ao interesse e direito individual em domínios onde a realização pessoal parte da procura de um mercado *extra fronteiras* como meio necessário a circunscrever a proibição legal do seu Estado de origem.

¹⁵⁵ Cf. Baptista Machado — Lições De Direito Internacional Privado. 3.^a ed. (Coimbra: Almedina, 1995). 256.

¹⁵⁶ Cf. BVerfG, Beschluß vom 4. 5. 1971 - 1 BvR 636/68. NJW 1971, 1509: neste acórdão o Tribunal constitucional alemão afirma que a conclusão pela violação de um direito fundamental a partir da aplicação de direito estrangeiro não representa um juízo de censura a este ordenamento. Estas disposições não pretendem ter uma aplicação por uma autoridade, tão só que a sua aplicação num concreto caso belisca os direitos fundamentais tutelados pela ordem jurídica do foro. Conclui que a ordem jurídica sedimenta-se num compromisso de reconhecimento e tutela dos direitos humanos invioláveis e inalienáveis como base de qualquer comunidade humana de paz e justiça no mundo que precede a Constituição. Por isso não é de aceitar a ideia de que o sistema de valores estabelecido com direitos fundamentais e, em particular, a salvaguarda de um espaço de liberdade para o indivíduo por eles concedido, pode ou deve geralmente deixar de funcionar, a fim de permitir que o sistema jurídico de outros Estados tenha precedência. (p. 1511). Ver ainda Christian Von Bar/Peter Mankowski — Internationales Privatrecht. Allgemeine Lehren. 2. ed. (München: C.H. Beck, 2003). 715-716.

fora do seu Estado o acesso a técnicas da PMA e à gestação de substituição. O problema é aferir da extraneidade da lei nacional para situações que se constituem no estrangeiro numa dupla dimensão: enquanto reguladora do contrato e enquanto reguladora da relação de filiação na sua situação triangular: gestante- progenitores intencionais-criança.

De acordo com a decisão do TEDH no caso *Paradiso-Campanelli*, o artigo 8.º, da CEDH, embora prevendo o direito ao respeito pela convivência familiar como beneficiando de protecção especial, pressupõe a existência de um vínculo familiar de facto (compatibilizando-se com o sentido da decisão do *Wagner*). Assim, o artigo 8.º, da CEDH, não garante o direito ao estabelecimento da filiação ou à constituição de uma família, como situação constituenda. A protecção conferida limita-se à tutela das situações pré-constituída, dando liberdade à legislação dos Estados nacionais decidir se e que critérios devem ser reconhecidos, incluindo os critérios de estabelecimento da filiação. Esta amplitude de apreciação é tanto maior quando em causa estejam técnicas da PMA, em face à ausência de uma bitola comum sobre o seu acesso e admissibilidade, atentas as implicações éticas e morais. No entanto, perante a natureza internacional da situação, a conformação dos limites da excepção de ordem pública internacional de matriz doméstica deve atender à bitola e valores internacionais quando consagrados em instrumentos de direito internacional público. Mesmo que carecendo de efeito directo¹⁵⁷.

6.3. O acórdão n.º 225/2018, do Tribunal Constitucional Português, teve como efeito, na perspectiva internacional-privatística, a concretização dos critérios de ordem pública internacional portuguesa¹⁵⁸.

¹⁵⁷ Cf. Erik Jayme — Methoden Der Konkretisierung Des Ordre Public Im Internationalen Privatrecht. Juristische Studiengesellschaft Karlsruhe. Heidelberg: C.F. Müller, 1989. 51.

¹⁵⁸ Transcrevendo: «Do lado dos pais intencionais e da gestante, não pode ignorar-se a já mencionada relevância constitucional positiva da gestação de substituição, enquanto modo de viabilização de direitos fundamentais dos beneficiários (cf. supra o n.º 27) e enquanto expressão possível da autonomia pessoal da gestante (cf. supra o n.º 28).» «Permitir a gestação de substituição ou proibi-la, corresponde simplesmente a uma opção do legislador, a adotar num quadro de ausência de certezas absolutas sobre se as vantagens sobrelevam as desvantagens ou vice-versa (cf., quanto à não imposição da permissão, supra o n.º 27). Consequentemente, a consagração da gestação de substituição no artigo 8.º da LPMA, por si só, não viola o dever de protecção da infância» (cf. para. 35). Sobre este veja-se Guilherme De Oliveira — Gestação de Substituição em Portugal. in *Gestión subrogada : Principales cuestiones civiles*,

A admissibilidade da gestação de substituição e do estabelecimento da maternidade a partir de um contrato pelo qual a gestante renuncia à maternidade em favor da progenitora intencional é reconhecida como sendo conforme a Constituição.

Uma das notas particulares no que toca ao reconhecimento de situações constituídas no estrangeiro é aferir da concretização da excepção de ordem pública. A este respeito o problema dos limites dos efeitos imputados ao direito estrangeiro ou ao reconhecimento dos efeitos resultantes da constituição de uma situação estrangeira é de alguma forma resolvido ao se concretizar até onde se protege a dignidade da pessoa humana, autodeterminação e indisponibilidade do estado civil. A conjugação com o processo legislativo que levou à aprovação de uma lei cuja eficácia foi posta em causa pela fiscalização abstracta da constitucionalidade não deixa, na conjugação de ambos os actos, de dar nota da transformação dos *moeurs* e da alteração da ordem pública internacional portuguesa.

O reconhecimento da eficácia de contratos de gestação de substituição e com estes o estabelecimento da maternidade em benefício da progenitora intencional, num primeiro momento e posterior declaração de inconstitucionalidade, transmuda-se no critério materializador da ordem pública internacional portuguesa. Mesmo que a análise parta da regulamentação interna envolta nas regras procedimentais e das considerações sobre os direitos fundamentais atinentes à legitimidade e validade do recurso das técnicas da PMA por contrato de gestação.

O artigo 67.º, n.º 2, alínea e), da Constituição, dá o mote para a admissibilidade do recurso às técnicas de PMA, mas igualmente os seus limites por referencial à dignidade da pessoa humana¹⁵⁹. A determinação do que possa constituir uma lesão da dignidade da pessoa humana neste contexto surge, pois, como elemento indispensável para uma adequada compreensão daquela imposição constitucional de regulação. Nesse sentido, afirma-se no já citado Acórdão n.º 101/2009: «O legislador constitucional não se limitou, como se vê, a impor um dever de regulamentar a procriação medicamente assistida. Deu ainda uma referência normativa, uma indicação de princípio, a que o

penales, registrales y médicas: su evolución y consideración (1988-2019). (Madrid: Dykinson, 2019): 805-823.

¹⁵⁹ Cf. Gomes Canotilho/Vital Moreira — Constituição da República Portuguesa Anotada, vol. I. 4.ª ed., (Coimbra Editora, Coimbra, 2007). 869-870

legislador ordinário se deverá submeter, ao exigir que a matéria seja regulada ‘em termos que salvaguardem a dignidade da pessoa humana».

As dimensões que incorporam o direito ao livre desenvolvimento da personalidade consagrado no artigo 26.º, n.º 1 da Constituição, pressupõem a tutela geral da personalidade e um direito geral de liberdade assente no reconhecimento e garantia da autonomia da pessoa. Esta autonomia implica que o entendimento da pessoa como valor em si mesmo lhe garanta a faculdade de se auto definir e se auto determinar quanto à sua própria dignidade. Apresentam-se como ideias-chave, a este propósito, as seguintes: autodeterminação, livre desenvolvimento da personalidade e livre eleição e adopção de planos e formas de vida¹⁶⁰. Resulta, efectivamente, do princípio da dignidade da pessoa humana a ideia do indivíduo «conformador de si próprio e da sua vida segundo o seu próprio projecto espiritual (*plastes et factor*)», conforme refere Gomes Canotilho¹⁶¹.

Por isso, afirma Guilherme De Oliveira a «decisão de procriar tem implicações grandes em vários domínios — psicológicos, fisiológicos, sanitário, económico — e não pode deixar de constituir uma decisão estruturante da autonomia in individual e da liberdade pessoal»⁽¹⁶²⁾. Continuando a acompanhar este autor, esta ideia de liberdade inerente à condição humana, imbrica numa dimensão axiológica-normativa de entender o direito a constituir família, consagrado no artigo 36.º, n.º 1 da Constituição, como um «direito a procriar» e o «direito a estabelecer as correspondentes relações de paternidade e maternidade»⁽¹⁶³⁾. Há uma dimensão de protecção de uma família existente em conjunto com o direito a constituir família, resultante de um acto de autodeterminação. Daqui resulta a liberdade de constituir ou não família e definir quando e quantos filhos pretendem ter.

¹⁶⁰ Ideias chaves sintetizadas por Jorge Reis Novais, *Os Princípios Constitucionais Estruturantes da República Portuguesa* (Coimbra: Coimbra Editora, 2004). 58.

¹⁶¹ Cf. J. J. Gomes Canotilho — *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7.ª Ed. (Coimbra: Almedina, 2003). 225.

¹⁶² Cf. Guilherme de Oliveira — Restrições de acesso à parentalidade na medicina de reprodução. *in Lex Medicinæ*. 10 (2013) 20. 7

¹⁶³ Cf. Guilherme de Oliveira — Restrições de acesso à parentalidade na medicina de reprodução. *in Lex Medicinæ*. 10 (2013) 20. 7.

A família e a sua constituição beneficiam da tutela jus-fundamental enquanto dimensões da liberdade de autodeterminação, apresentando-se com direito de defesa em relação ao Estado. A principal consequência decorre da limitação da sua intervenção no seio da família, mas igualmente não estabelece uma obrigação positiva de apoiar a realização do projecto (sem prejuízo da garantia de acesso a terapêutica perante uma patologia, no qual o direito de acesso a cuidados de saúde medeia o direito a constituir família). Daqui resulta que o direito a constituir uma família seja protegido. Contudo, daqui não se reconhece um direito subjectivo, nos termos do artigo 36.º, n.º 1 da Constituição, a recorrer a qualquer procedimento de medicina reprodutiva tecnicamente possível.

6.4. Neste sentido, numa compreensão global da ordem jurídica nacional, deve ser feita uma leitura conjugada dos princípios vectores que condicionam a ordem pública internacional e que advém do acórdão n.º 225/2018 (confirmado, quanto à norma sobre o arrendimento da gestante, pelo acórdão n.º 465/2019), do Tribunal Constitucional. A esta acrescem os Pareceres do Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida: Parecer n.º 63/CNECV/2012 e Parecer n.º 87/CNEVC/2016. Podemos falar de um compromisso entre a garantia dos valores da ordem jurídica portuguesa e a tutela dos direitos fundamentais dos interessados¹⁶⁴.

Estes estabelecem os critérios primários que devem guiar o aplicador na delimitação dos efeitos da ordem pública internacional, quer nos seus efeitos negativos, mas igualmente nos seus efeitos positivos. Não se esgotam nas situações limite de avaliação do caso atenta a noção de *família* e a sua protecção tal como resultou do acórdão *Wagner e*, em última instância, procurar a solução que assegure o superior interesse da criança. Na primeira fase de controlo encontramos a construção material de uma solução que assegure os direitos da gestante e, reflexivamente, os da criança, e a segunda como instrumento de *ultima ratio* de encontrar uma solução que não vitimize a criança a partir de uma

¹⁶⁴ Como decidiu o BVerfG alemão, em 14-10-2004, no caso *Görgül*, a vinculação à lei e à justiça (artigo 20.3 da Constituição alemã) considera o sistema da CEDH, quer o prescrito na convenção e seus protocolos, quer a jurisprudência do TEDH (ECLI:DE:BVerfG:2004:rs20041014.2bvr148104, disponível, em versão inglesa, no sítio oficial do tribunal <https://www.bundesverfassungsgericht.de/>).

decisão à qual não participou. Só em último grau surge a tutela dos progenitores intencionais e sempre secundarizada ao parâmetro dual de protecção: gestante-criança.

Há por isso uma solução *material* para a situação internacional. Uma norma *ad hoc* a construir a partir do caso e que inverte a função normativa do direito *ordinário* e do direito *superior*. Na verdade, o problema é circular e não vertical. Não é a conjugação de aplicação de normas superiores em detrimento de normas inferiores, nem tão pouco afastar o resultado da aplicação do direito estrangeiro por violação da ordem pública tal como se encontra concretizada e conformada pelo direito infra-constitucional. Em particular, porque em muitos dos casos pode nem sequer se colocar um problema de aplicação de lei estrangeira.

Não há dúvidas sobre a proibição de gestação de substituição e o que significa em termos de construção da ordem pública interna e, reflexamente, internacional pela extraneidade ínsita comportada na proibição. Não é uma questão de fraude *tout court*, mas um estender dos efeitos proibitivos como necessidade de assegurar a tutela dos interesses jurídicos consagrados no ordenamento jurídico nacional e que se balizam e se impõe quando a situação se apresenta como op-nível ou carente de eficácia (em regra, em sede de registo civil como instrumento que faz prova das relações jurídicas) à luz do ordenamento jurídico português. Ainda que o registo seja um instrumento que promove a certeza e segurança jurídica ao garantir a publicidade e prova de factos jurídicos relevantes para o estatuto pessoal, ele inverte a sua função quando o pressuposto para o reconhecimento de uma relação jurídica pessoal parte do monopólio da prova dos factos constitutivos, modificativos ou extintivos (artigo 2.º do Código de Registo Civil). Esta força probatória, porque resultante de um *status* constituído à luz de um ordenamento jurídico que não o competente à luz da *lex causae*, não deixará de desempenhar uma função facilitadora do que se entende ser o propósito do estatuto pessoal e da escolha de uma conexão que promova a continuidade e estabilidade dos direitos transfronteiriça. Como nota Lagarde (ainda que a respeito de questões relativas ao nome e parcerias registadas) numa época de mobilidade das pessoas, o adstringir da visão abstracta em que assenta o estatuto pessoal e a subordinação do mesmo a uma lei próxima e exclusiva, coloca em causa o propósito do tratamento unitário das

matérias¹⁶⁵. Se é certo que estas preocupações encontram respaldo no nosso ordenamento jurídico, em particular no artigo 31.º, n.º 2, do Código Civil, mas igualmente nos artigos 17.º, 18.º e 19.º, do Código Civil, estes podem não ser suficientes.

6.5. O efeito atenuado da ordem pública é inerente ao respeito pelo artigo 8.º CEDH¹⁶⁶. Cumpre determinar os limites da aceitação de situações constituídas no estrangeiro. É o núcleo do que caracteriza e agrega a um ordenamento jurídico e de onde retira a sua validade. O que é importante ater, porquanto não é um problema de aplicação do direito do foro, é de validade de valores e interesses fundamentais para o Estado. Por isso, mantemos a consideração de que o superior interesse da criança, ainda que prevalente, seja de toda a força obliterante, um verdadeiro ariete atentatório do *moeurs* de um Estado¹⁶⁷.

Tal interesse é prevalente no sentido que não pode ser prejudicado pelo projecto dos progenitores intencionais, mas tal como a dignidade da pessoa humana pressupõe o reconhecimento de um sujeito titular de direitos e não um objecto ou meio, também a criança e os seus direitos não podem acomodar os interesses dos progenitores que recorrem ao mercado internacional para obter algo que lhes é vedado e que é atentatório contra os valores e interesses fundamentais do Estado. Como notou a decisão de OLG de Brunsvique, a proibição da gestação de substituição não se configura em si como atentatória dos direitos humanos, antes pelo contrário, pretende garantir os direitos

¹⁶⁵ Cf. Paul Lagarde — La Reconnaissance. Mode D'emploi. in *Verse De Nouveaux Équilibres Entre Ordres Juridiques. Liber Amicorum Hélène Gaudemet-Tallon. Mélanges En L'honneur De Hélène Gaudemet-Tallon*. Ed. Tristan Azzi (Paris: Dalloz, 2008): 481-501. 491; Charalambos Pamboukis — L'Acte Public Étranger En Droit International Privé (Paris: L.G.D.J., 1993) 26.

¹⁶⁶ Cf. Patrick Kinsch — Droits De L'homme, Droits Fondamentaux Et Droit International Privé. in *Recueil Des Cours De L'académie De Droit International (RCADI)*. (Leiden - Boston: Brill - Nijhoff, 2007): 9-331. 247.

¹⁶⁷ Aliás, o superior interesse da criança pode servir como fundamento para o não reconhecimento da gestação de substituição quando tal pressuponha o anonimato da gestante, tal como foi decidido pelo Tribunal Constitucional, no acórdão 225/2018. Sobre uma análise crítica ver Joaquim De Sousa Ribeiro — Breve análise de duas questões problemáticas: o direito ao arrependimento da gestante de substituição e o anonimato dos dadores. in *Que futuro para a gestação de substituição em Portugal*. Ed. Maria João Antunes; Margarida Silvestre (Coimbra: Instituto Jurídico, 2019). 25-42.

das pessoas vulneráveis que o reconhecimento do acesso a um «serviço» de gestação pressupõe: a criança e a gestante¹⁶⁸.

Os efeitos do contrato de gestação pressupõem um juízo de analogia ou de síntese entre o ordenamento sob a égide que foi constituída a situação e o ordenamento a reconhecer. Por isso, não é o interesse da criança que justifica *per se* o modelo *contratual* de parentalidade¹⁶⁹. Tal continua reservado às concepções e valores dos Estados, a quem cabe a fixação dos critérios e modo de estabelecer as relações familiares. O mero reconhecimento do *status quo* de facto é um *remédio* que não é garante da tutela do superior interesse da criança¹⁷⁰. Os valores que se pretendem proteger devem ser equivalentes, pelo que a exigência deve, no que tangue ao núcleo irredutível dos direitos humanos, atender ao que se transpõe como limite admissível da meta-ordem pública, enquanto instrumento de inclusão de um efeito que, de outro modo,

¹⁶⁸ ECLI:DE:OLGBS:2017:0413.1UF83.13.0A. *in* NZFam 2017, [beck-online] para. 25 remetendo para o caso Paradiso-Campanelli.

¹⁶⁹ Cf. Stephan Harbarth/Chris Thomale/Marc-Philippe Weller —Kinder auf Bestellung? Fortpflanzungstourismus - die Leihmutterchaft als Prüfstein für Ethik und Menschenwürde. *in* Frankfurter Allgemeine Zeitung, [accedido em 13-10-2020], 17-08-2017, Nr. 190, p. 6.

¹⁷⁰ Como notam Stephan Harbarth; Chris Thomale; Marc-Philippe Weller, no caso da gestação de substituição a proibição tem como fundamento, principalmente, preservar a dignidade humana da gestante e da criança. Por um lado, seria de esperar que a gestante sofresse graves conflitos psicológicos se tivesse de desistir da criança que cresceu com ela após o seu nascimento. Por outro lado, a criança fosse transformada no objecto de um contrato, ou seja, tratada como uma coisa e perturbada na sua busca de identidade. Normativamente a dignidade humana da gestante e da criança fica ameaçada como notou a socióloga Elisabeth Beck-Gernsheim (Ist das Verbot von Leihmutterchaft anachronistisch geworden?) no simpósio dedicado à gestação de substituição em 07-04-2017, em Heidelberg (cujas actas foram publicadas em Leihmutterchaft - Aktuelle Entwicklungen und Interdisziplinäre Herausforderungen (Tübingen: Mohr Siebeck, 2018), <https://www.marsilius-kolleg.uni-heidelberg.de/veranstaltungen/leihmutterchaft/index.html>). A gestante presta um «serviço» que é, na sua essência, precário e íntimo, abrange um período de tempo considerável, com inúmeras regras sobre como levar uma vida, e no final envolve a entrega da criança que dela nasceu. Não admira que a gestação de substituição comercial seja um fenómeno de pobreza: as gestantes ricas não existem. Mesmo antes de a criança nascer, é objecto de um contrato que regula a sua produção, para que após o nascimento possa ser transferida pela sua mãe, que é a portadora, para os clientes de imediato (cf. — Kinder auf Bestellung? Fortpflanzungstourismus - die Leihmutterchaft als Prüfstein für Ethik und Menschenwürde. *In* Frankfurter Allgemeine Zeitung [accedido em 13-10-2020], 17.08.2017, Nr. 190, p. 6).

seria contrário à ordem pública internacional nacional. A não admissão, por ora, da gestação de substituição pelo ordenamento jurídico português apenas será constitutiva de um valor intransponível da ordem pública internacional enquanto não prejudique os interesses da criança e quando o seu reconhecimento seja necessário à protecção desta se assegure os direitos da gestante. Há, incontornavelmente, uma construção *ad hoc* de normas materiais que balizam os efeitos a reconhecer às situações puramente internacionais.

Num certo sentido, encontramos uma norma material de DIP, de construção jurisprudencial ancorada nos princípios gerais garantidores dos direitos humanos das partes mais vulneráveis da relação de gestação de substituição e que se materializam, como norma-narrativa (em virtude da inconstitucionalidade declarada pelo Tribunal Constitucional) no artigo 8.º, n.ºs 2, 3, 5, 6, 7, 9 e 11 da Lei PMA¹⁷¹. Sem que tal implique uma *transposição* ou *naturalização* da relação estrangeira às exigências prescritas nestas normas, antes serve a concretização de uma dimensão líquida da excepção de ordem pública que depende da garantia dos direitos e interesses da gestante e da criança a partir da cristalização dos efeitos constituídos à luz de um ordenamento jurídico que admite ou tolera os efeitos dos contratos de gestação de substituição. Dito de outra forma, não se pode admitir o não reconhecimento, por exemplo, se à luz do regime onde foi celebrado e executado o contrato se garantir o anonimato da gestante, questão que fundamentou a declaração de inconstitucionalidade da norma pelo acórdão n.º 225/2018¹⁷². Assim, como o consentimento (ou renúncia) da gestante terá que ser assegurada como livre e esclarecido no caso concreto,

¹⁷¹ «2 - A celebração de negócios jurídicos de gestação de substituição só é possível a título excepcional e com natureza gratuita, nos casos de ausência de útero, de lesão ou de doença deste órgão que impeça de forma absoluta e definitiva a gravidez da mulher ou em situações clínicas que o justifiquem.

3 - A gestação de substituição só pode ser autorizada através de uma técnica de procriação medicamente assistida com recurso aos gâmetas de, pelo menos, um dos respetivos beneficiários, não podendo a gestante de substituição, em caso algum, ser a dadora de qualquer ovócito usado no concreto procedimento em que é participante.

¹⁷² Sobre a relatividade do direito ao conhecimento da ascendência e superior interesse da criança veja-se Joaquim De Sousa Ribeiro — Breve análise de duas questões problemáticas: o direito ao arrependimento da gestante de substituição e o anonimato dos dadores. in *Que futuro para a gestação de substituição em Portugal*. Ed. Maria João Antunes; Margarida Silvestre (Coimbra: Instituto Jurídico, 2019). 25-42.

não se tornando necessário aferir da bondade (como vimos, não é essa a função da excepção de ordem pública internacional) da solução legal estrangeira (se é que a consagra). O que releva é o caso concreto, pelo que serão critérios de *justiça relativa*, consoante a intensidade de ligação com o foro (*Inlandsbeziehung*)¹⁷³ que serão chamados à liça na verificação dos pressupostos conducentes ao reconhecimento ou não da maternidade da progenitora intencional.

A estes advém o controlo *ex post* dos direitos da gestante quanto à prestação de um verdadeiro consentimento livre e esclarecido, reservando para último, a verificação de uma solução que não seja contrária ao superior interesse da criança (em último termo, assegurar que o vínculo que se estabelece é securitário e oferece um projecto de vida numa família e que não se converte a criança numa mercadoria disponível). Será em função do superior interesse da criança que se determinará o atenuar dos efeitos da norma de reconhecimento, em particular o seu n.º 2, sem prejuízo de se tornar necessário o estabelecimento da filiação maternal a partir de um vínculo a constituir, como é o caso da adopção, e não por mero efeito do contrato¹⁷⁴.

6.7. Desta feita, o parecer consultivo do Instituto dos Registos e Notariado 44/CC/2018¹⁷⁵ e respectivas conclusões quanto à gestação de substituição internacional mantêm-se grosso modo válidas, com as considerações relativas e de garantias dos direitos e interesses da gestante e da criança.

6.8. A existência de uma meta-ordem jurídica assente nos direitos fundamentais, encarna a ideia de universalidade, estatuto total que acomoda a pessoa e a acompanha onde quer que se encontre e independentemente da lei competente. Os direitos fundamentais valem na concepção tradicional de limite à aplicação da lei estrangeira, mas igualmente na sua vertente positiva de reconhecimento de situações. Impõe-se pela natureza da situação internacional e pelos efeitos decorrentes de um estatuto que permitiu a existência e execução do contrato. Tal conjugação reclama, face à particularidade da situação, o retirar de

¹⁷³ Cf. Baptista Machado — Lições de Direito Internacional Privado. Lições De Direito Internacional Privado. 3.ª ed. (Coimbra: Almedina, 1995). 263-264.

¹⁷⁴ Neste sentido, de forma expressa (ainda que reiterando a posição já pug-nada no Parecer P16-2018-001) o caso TEDH no caso *D. c. França*, de 16-07-2020, afirmou não violar o artigo 8.º e 14.º, CEDH (ECLI:CE:ECHR:2020:0716JUD001128818).

¹⁷⁵ Disponível no sítio <https://www.irn.mj.pt/>

efeitos consolidados juridicamente mesmo perante uma lei não competente, mas que no seu âmbito espacial de aplicação foi considerada como a reguladora da relação jurídica constituída. Voltando a revisitar o caso *Wagner*, este, além da questão da verificação da lei aplicável nas situações de reconhecimento, centra-se na discussão da função da regra do conflito quanto às situações constituídas no estrangeiro¹⁷⁶.

Ou seja, entramos na dimensão do reconhecimento *tout court* e o reconhecimento do efeito declarativo do registo estrangeiro. Para Sindres, invocando o acórdão *Wagner*, mais do que apenas a existência de uma adopção peruana, cujo reconhecimento foi recusado pelo tribunal luxemburguês, foi a «realidade social da situação» (ponto 132), enquanto facto cristalizado, que se revelou decisiva para o TEDH. A aplicação de artigo 8.º, do CEDH, impõe que se garanta o direito ao respeito à vida familiar, porque de facto (e socialmente) a interessada se comportou, em todos os aspectos, como a mãe da criança desde 1996, de modo que a relação familiar existe, de facto, entre mãe e criança (n.º 117). Conclui este autor que a tutela da *família de facto* sedimentada na consciência dos interessados era merecedora da tutela prevista no artigo 8.º, do CEDH, mesmo na ausência de uma sentença e contra a *lex causae*¹⁷⁷.

Como nota Mankowski «Os direitos humanos não se prestam à construção de uma ligação tão forte entre o direito internacional público e o DIP ao ponto de os agregar e pressupor a existência de uma unidade. Os direitos humanos são no DIP um tema marginal. Eles tornam-se relevantes apenas na relação com o caso concreto. Não é por acaso que a excepção da ordem pública internacional pretende ser uma norma de conflito unilateral para correcção de resultados da aplicação de direito estrangeiro no caso concreto.»¹⁷⁸. Por isso

¹⁷⁶ Cf. David Sindres — ‘Foreign Situations’ and Conflict of Laws: Thinking Outside-the-Box Approach to Private International Law. *in* Global Private International Law. Adjudication without Frontiers. Ed. Horatia Muir Watt/Lucia Bíziková/Agatha Brandão De Oliveira/ Diego P. Fernández Arroyo. (Cheltenham; Northampton: Edward Elgar Publishing, 2019): 538-47. 539.

¹⁷⁷ David Sindres — ‘Foreign Situations’ and Conflict of Laws: Thinking Outside-the-Box Approach to Private International Law. *in* Global Private International Law. Adjudication without Frontiers. Ed. Horatia Muir Watt/Lucia Bíziková/Agatha Brandão De Oliveira/ Diego P. Fernández Arroyo. (Cheltenham; Northampton: Edward Elgar Publishing, 2019): 538-47. 540.

¹⁷⁸ Peter Mankowski — Das Verhältnis von Internationalem Privatrecht und Völkerrecht in der Entwicklung. *in* Rückblick nach 100 Jahren und Ausblick. Berichte der Deutschen Gesellschaft für Internationales Recht. Vol. 49: 45-128. 91.

Van Loon contrapõe à perspectiva tradicional de DIP a partir da perspectiva *unilateral* do foro (aqui entendida na aferição da lei competente à luz das regras de conflito do foro, que em regra serão bilaterais) na procura de uma solução para uma situação com um elemento de extraneidade, a partir da integração regional ou da emergência de uma ordem global de valores. «O mero volume e complexidade das questões jurídicas transfronteiriças exigem soluções plurais»¹⁷⁹. Por isso a compreensão da cláusula de excepção de ordem pública internacional, em particular na vertente de proximidade, é uma outra manifestação da necessidade de acautelar a continuidade das relações jurídicas. Daí, o atenuar da ordem pública quanto às situações constituídas no estrangeiro juntamente com o princípio da proporcionalidade para o funcionamento da excepção de ordem pública (*ordre public de proximité*). Não se tratar de afastar ou renegar os métodos do DIP; implica simplesmente uma consciência da verdadeira razão de ser destes métodos (Kinsch)¹⁸⁰.

Neste sentido, há uma solução *estatutária* resultante do conceito de ordem pública conforme os direitos humanos. Na medida em que se releva subsidiariamente uma lei não competente pela regra de conflitos do foro. Contudo porque regula a situação a reconhecer e é uma lei diferente da *lex causae*, retiram-se os efeitos que não sejam contrários à ordem pública em prol da promoção e garantia dos direitos fundamentais (na dimensão interpretativa que resulta dos direitos humanos consagrados em instrumentos de direito internacional público) em benefício da protecção das partes vulneráveis envolvidas nestes contratos.

A concepção de meta ordem pública advém dos limites à ordem pública internacional enquadrada a partir da teoria da margem de apreciação, quanto aos limites na definição das relações familiares, tal como resulta dos acórdãos *Wagner, Labasé, Paradiso-Campanelli* e, mais

¹⁷⁹ Cf. Hans Van Loon—Ensuring Continuity of Personal Status and Family Relations across Borders: The Interaction between Private International Law and Human Rights. *in* Global Private International Law. Adjudication without Frontiers. Ed. Horatia Muir Watt/Lucia Bíziková/Agatha Brandão De Oliveira/Diego P. Fernández Arroyo. (Cheltenham; Northampton: Edward Elgar Publishing, 2019): 530-538. 536.

¹⁸⁰ Cf. Patrick Kinsch — Droits De L'homme, Droits Fondamentaux Et Droit International Privé. *in* Recueil Des Cours De L'académie De Droit International (RCADI). (Leiden - Boston: Brill - Nijhoff, 2007): 9-331. 254.

recentemente, o Parecer do TEDH 2019. A jurisprudência firmada tende a não permitir interferir nas relações familiares uma vez constituídas e cristalizadas.

O método de reconhecimento é diferente do método conflitual, porque parte dos efeitos atribuídos a uma situação concreta (judicial ou administrativa). Logo, existe uma *decisão* a atribuir efeitos à situação e em momento prévio (ou autónomo) ao funcionamento do direito de conflitos¹⁸¹. No entanto, pode-se alargar o objecto do reconhecimento a situações que fundem expectativas a partir de um acto que lhes atribua efeitos (mesmo que somente probatórios/declarativos).

A questão é se podemos atender a uma conexão subsidiária oculta por resultado da aplicação da lei em contacto com a situação e que a partir dela se cristalizou. Por regra o local onde o contrato foi celebrado e a criança nasceu. Frustrada a possibilidade de admitir o reconhecimento por aplicação do reenvio ou direitos adquiridos, tender-se-ia a escolher na uma conexão suficientemente relevante com a situação e a partir da qual se reconhecesse uma situação de filiação. Tal possibilidade seria valorada nas hipóteses em que a norma, a partir da qual se constituísse a situação, fosse dotada de uma conexão subsidiária que só entraria em linha de conta nos casos em que a conexão primária levasse à escolha de uma lei negando as partes os direitos que pensaram ter adquirido. Pode-se reconhecer aqui o método de regras de conflitos com conexão substantiva, cujo objetivo pode ser precisamente facilitar um determinado resultado.

Outra solução poderia envolver, se o objetivo fosse evitar um desvio problemático pelas regras de direito internacional privado da ordem jurídica em que a situação se cristalizou, olhar para dentro da própria regra de reconhecimento a fim de encontrar a fonte dos direitos que a norma é simultaneamente projetada a reconhecer. A introdução de uma dimensão substantiva dentro da própria regra de reconhecimento poderia, quando aplicável, basear-se na CEDH. A simples implementação das provisões desta Convenção no contexto do método de reconhecimento levaria ao reconhecimento dos direitos adquiridos constituídos no estrangeiro sem o problema de

¹⁸¹ Cf. Peter Mankowski —Das Verhältnis von Internationalem Privatrecht und Völkerrecht in der Entwicklung. *in* Rückblick nach 100 Jahren und Ausblick. Berichte der Deutschen Gesellschaft für Internationales Recht. Vol. 49: 45-128. 96

excepcionar as regras de DIP e regras da ordem jurídica em que a situação se cristalizou¹⁸².

O problema da prevalência do estatuto onde a situação se constituiu atende ao confronto com a ordem pública. A questão é se a questão se coloca *ex ante* ou *ex post*, isto é, se se basta pela aplicação da *lex auctoris*¹⁸³, com o conseqüente risco dos efeitos a reconhecer se oporem à exceção de ordem pública, em favor do interesse exclusivo das partes¹⁸⁴.

Em particular porque o acomodar dos interesses das partes pode ser feito com suficiente previsibilidade e em ordem de uma conexão próxima das partes por mecanismos como o reenvio e direitos adquiridos. Aliás, a escolha da conexão que regula a lei pessoal incorpora a tutela das expectativas dos interessados, bem como a relevância alternativa de outras conexões relevantes (caso do nosso artigo 31.º, n.º 2 do Código Civil). Acresce o reconhecimento da autonomia conflitual crescente no âmbito do estatuto pessoal. Contudo, o problema da gestação de substituição não é um domínio de disponibilidade de direitos, nem de tutela de expectativas a constituir (como vimos, não se reconhece um direito a recorrer a técnicas da PMA a qualquer custo para a constituição da família). O que está no âmago do problema é sancionar o comportamento dos progenitores intencionais que, conhecendo da

¹⁸² Cf. David Sindres — ‘Foreign Situations’ and Conflict of Laws: Thinking Outside-the-Box Approach to Private International Law. *in* Global Private International Law. Adjudication without Frontiers. Ed. Horatia Muir Watt/Lucia Bíziková/Agatha Brandão De Oliveira/ Diego P. Fernández Arroyo. (Cheltenham; Northampton: Edward Elgar Publishing, 2019): 538-47. 543-544.

¹⁸³ Gian Paolo Romano fala na justificação da autoridade e efeitos da situação constituída num determinado Estado em ordem da verificação de uma relação de proximidade com este (cf. — La Bilateralité Éclipsée Par L’autorité. *Développements Récents En Matière D’état Des Personnes.*” *Revue Critique de Droit International Privé* 95 (2006) 3: 467-519. 489). Estaríamos, por isso, dentro do domínio do unilateralismo. Ver ainda Rui Moura Ramos — *Regards sur les sources et les méthodes du droit international privé de la famille dans l’espace Européen.* *In* Tui Memores: La dimension culturelle du droit international privé. (Genève-Zurich-Bâle: Schulthess, 2017): 85-113. 108-109.

¹⁸⁴ Cf. David Sindres — ‘Foreign Situations’ and Conflict of Laws: Thinking Outside-the-Box Approach to Private International Law. *in* Global Private International Law. Adjudication without Frontiers. Ed. Horatia Muir Watt/Lucia Bíziková/Agatha Brandão De Oliveira/ Diego P. Fernández Arroyo. (Cheltenham; Northampton: Edward Elgar Publishing, 2019): 538-47. 544.

proibição, tentam obter pela deslocação a outro Estado um serviço que lhes permita constituir uma família. A consideração da lei pessoal das partes é por si um mecanismo de promoção e garantia das expectativas de estabilidade e continuidade das relações jurídicas, em particular perante as nossas regras do Código Civil. É o compromisso entre a influência da vontade das partes numa área onde o princípio da autonomia é refractário e a abertura à aplicação da *lex auctoris* proporciona às partes uma liberdade excessiva e um ariete contra a ordem pública dos Estados de origem. Isto porque o mero reconhecimento assente na competência de uma lei estrangeira, qualquer que seja, permite aos interessados escolher o Estado mais premissivo e barato com a intenção de contornar o sistema jurídico com as conexões mais fortes para a disputa, muito próxima de uma situação de defraudar a impossibilidade ou proibição legal do seu Estado de origem¹⁸⁵.

O problema da *liberalização* indirecta do mercado da PMA é um problema de ordem pública e dos seus limites em confronto com os direitos e interesses individuais. O *ataque* advém de quem pertence à comunidade cujas normas são colocadas em crise por causa de efeitos reconhecidos por ordenamento jurídico. Como aponta Lequette «a combinação potencial do método de reconhecimento e o princípio da autonomia, que continua a conquistar novas áreas do direito privado, só pode, a este respeito, causar preocupação: a atitude de submissão por parte das ordens jurídicas estaduais, que se empenham em reconhecer os direitos definidos pelas próprias partes graças ao princípio da autonomia, ao custo de renunciar às suas próprias regras de direito internacional privado, resulta em uma política de facto consumado»¹⁸⁶. Contudo, esta dimensão crítica que o Autor aponta terá diferentes conseqüências quando o direito a reconhecer parte de um quadro comum de valores, ou seja, em conformidade com um *meta-ordem pública* que

¹⁸⁵ Cf. David Sindres — ‘Foreign Situations’ and Conflict of Laws: Thinking Outside-the-Box Approach to Private International Law. *in* Global Private International Law. Adjudication without Frontiers. Ed. Horatia Muir Watt/Lucia Biziková/Agatha Brandão De Oliveira/ Diego P. Fernández Arroyo. (Cheltenham; Northampton: Edward Elgar Publishing, 2019): 538-47. 545. No caso *Bronze Rock* o problema que se colocava não era de *defraudar (circumventing)* o ordenamento com maior contacto com a situação, uma vez que os interessados tinham residencia na Rússia.

¹⁸⁶ Cf. Yves Lequette — De La «Proximité» au «Fait Accompli». *in* Mélanges En L'honneur Du Professeur Pierre Mayer. Ed. Vincent Heuzé/Rémy Libchaber/Pascal de Vareilles-Sommières. (Issy-les-Moulineaux: L.G.D.J., 2015): 481-518.

determina até onde pode o interesse *supra individual* restringir a liberdade dos indivíduos. A tutela à família de facto constituída, tal como foi decidido no caso *Wagner*, demonstra a necessidade de encontrar uma solução à margem do conflito de leis como mecanismo de defesa dos direitos fundamentais, mas sem que com isso deixe, na verdade, de ser um outro mecanismo, dentro do pluralismo que caracteriza o DIP. Agora em sede de reconhecimento de direitos a partir da criação de uma norma de DIP material por efeito directo dos direitos fundamentais, uma norma especial de reconhecimento *ad hoc*¹⁸⁷ ¹⁸⁸. Esta norma, pela sua natureza especial, pressupõe que se tome em consideração o direito onde se celebrou e executou o contrato de gestação de substituição para preenchimento dos elementos do tipo constitutivo do estabelecimento da filiação previstos pela *lex causae*, que será, por defeito a lei do foro, enquanto lei da nacionalidade. A norma estrangeira terá a natureza e função de *local datum*, cujos efeitos que produz e se reflectem no estatuto pessoal dos interessados. Garante-o pelos direitos fundamentais daqueles através de uma aplicação indirecta conducente ao reconhecimento da filiação¹⁸⁹.

E tal é pertinente, em especial, perante um espaço europeu onde se admite a prática de gestação de substituição. Como sucede na Grécia, e, de alguma forma, em Portugal, não obstante a declaração de inconstitucionalidade, o problema advém da *regulamentação-procedimentalização* do exercício dos direitos, mais do que propriamente num juízo de censura à prática. Na óptica do mercado de cuidados de saúde, poderíamos inclusive falar do acesso a serviços e consequente liberdade

¹⁸⁷ O resultado que advém do caso *Wagner*, como já vimos, provém da ideia de tutela de um vínculo social de família, independentemente do critério jurídico eleito pela lei competente. Como decorre do caso *Marckxi c. Bélgica* (ECLI:CE:ECHR:1979:0613JUD000683374), o artigo 8.º, n.º 1. CEDH consagra o direito da criança a ser integrada numa família o mais rápido possível desde o seu nascimento. O estabelecimento de um vínculo securizante é um direito que lhe assiste e que cabe o Estado garantir, positiva e negativamente, não se justificando a sua discriminação (aqui à luz da diferença de regime entre filiação legítima e ilegítima).

¹⁸⁸ Cf. David Sindres — ‘Foreign Situations’ and Conflict of Laws: Thinking Outside-the-Box Approach to Private International Law. in *Global Private International Law. Adjudication without Frontiers*. Ed. Horatia Muir Watt/Lucia Bíziková/Agatha Brandão De Oliveira/Diego P. Fernández Arroyo. (Cheltenham; Northampton: Edward Elgar Publishing, 2019): 538-47. 546.

¹⁸⁹ Cf. Dominique Bureau/Horatia Muir Watt — *Droit international privé*. Tome I. Partie générale. 4. Éd. (Paris: PUF, 2017). 514.

de acesso e prestação, como sucedeu na discussão sobre a interrupção voluntária da gravidez¹⁹⁰.

Tendo em consideração que a abordagem maximalista na adopção do *standard* mais elevado significa que, na resolução do conflito entre direito público-privado, primeiro: parte da falácia que o *higher standard* é sempre o desejável; o *standard* de um Estado representa que a UE, como um todo, fique subordinada aos valores de um particular Estado. As bases constitucionais e da CEDH são tidas como fontes para a densificação do direito da UE. No acórdão *Hauer*¹⁹¹ o TJUE deixa claro que o *interesse geral* da União não é o *interesse agregado ou cumulativo* de cada um dos Estados membros¹⁹². A ausência de consenso e a margem de apreciação conferida aos Estados redundam na impossibilidade de procurar um valor comum que se exige como premissa abrogante das disposições nacionais. A liberdade de circulação não se estende ao ponto de a liberdade de acesso a serviços significar o reconhecimento de toda e qualquer relação jurídica a partir do local onde o mesmo é prestado. A unilateralidade não pode, assim, prevalecer.

6.9. Nem mesmo na concepção puramente terapêutica da PMA. O problema que advém não é tanto na limitação do acesso às técnicas de PMA, porquanto não representa uma restrição e consequente discriminação das pessoas com deficiência (conceito social) à luz do artigo 12.º, n.º 1 e 15.º, n.º 1 b), do Pacto Internacional de Direitos Sociais, e o artigo 12.º, 23.º, n.º 1 b), da Convenção das Nações Unidas sobre os direitos das pessoas com deficiência, artigos 2.º e 8.º CEDH. Em termos técnicos, o recurso à gestação de substituição não se configura

¹⁹⁰ No acórdão Grogan, C-159/90 - *Society for the Protection of Unborn Children Ireland/Grogan e o.* (ECLI:EU:C:1991:378), o TJUE concluiu que: «1) A interrupção clínica da gravidez, realizada em conformidade com o direito do Estado onde é praticada, é um serviço na acepção do artigo 60.º do Tratado CEE; 2) O direito comunitário não se opõe a que um Estado-membro em que é proibida a interrupção clínica da gravidez proíba às associações de estudantes que divulguem informações quanto à identidade e à localização de clínicas de um outro Estado-membro onde se praticam legalmente interrupções voluntárias da gravidez, bem como quanto às formas de contacto com essas clínicas, quando as clínicas em questão não estão, de modo algum, na origem da divulgação das referidas informações

¹⁹¹ ECLI:EU:C:1979:290.

¹⁹² Cf. J. H. H. Weiler — “... We Will Do, And Hearken” (Ex. xxiv:?) Reflections on a Common Constitutional Law for the European Union. *in* L’Espace Constitutionnel Européen - Der Europäische Verfassungsraum - the European Constitutional Area. Ed. Roland Bieber (Zurich: Schulthess, polygraph. Verlagen, 1995): 413-68. 455.

como uma intervenção ou terapêutica em vista a uma patologia diagnosticada, antes oferece uma alternativa perante a impossibilidade médica de alguém ser progenitor (mãe ou pai). Não é um meio de tratar, antes uma resposta à impossibilidade biológica de gerar e como tal depende de terceiros para a sua realização. Terceiros cuja integridade e autonomia colide com a pretensão dos progenitores intencionais.

Há uma diferença entre a tutela dos direitos da criança e estabelecimento da filiação a partir do critério social. De certa forma, constata-se um arrimo ao vínculo biológico como ponto de partida para afirmar um critério objectivo de validação das regras de estabelecimento da filiação e não o contrário, ou seja, a partir do critério social.

Os direitos fundamentais podem desempenhar uma função agregadora ou centrífuga da unidade do sistema jurídico¹⁹³. Para tal as relações de família não se podem entender à margem do que se entende serem os limites da reserva da vida privada e familiar tal como consagrados no artigo 8.º da CEDH. A porosidade do conceito não deixará de determinar o bordão que condiciona a actuação do Estado e ingerência na vida privada e familiar e, simultaneamente, condicionar a invocação da excepção de ordem pública internacional por parte do Estado. Sem prejuízo da margem de apreciação conferida aos Estados.

O direito como *instituição*, por oposição ao direito como norma, na esteira de Bobbio. A organização é anterior à norma e a instituição é a ordem jurídica. Na visão multinível, ou mesmo dualista do ordenamento jurídico internacional, constatamos que as instituições que integram a ordem jurídica são elas mesmo reflexo da organização social de valores axiológico-normativos: uma norma é jurídica por que advém de uma comunidade/organização e dela retira-se a fonte legitimadora e de eficácia¹⁹⁴.

E aqui é incontornável a dimensão *municipal* (nacional) do critério de estabelecimento da filiação. Pertence ao núcleo irredutível dos Estados determinar que critério adoptar para o estabelecimento da filiação. Perante a recusa do reconhecimento, a resposta ter-se-á que procurar

¹⁹³ Cf. Erhard Denninger — Menschenrechte Und Staatsaufgaben — Ein „Europäisches“ Thema. *In* Juristen Zeitung. 51 (1996) 12: 585-90. 587.

¹⁹⁴ Cf. Norberto Bobbio — Nouvelles Réflexions sur les Normes Primaires et Secondaires. *in* La Règle De Droit. Ed. Chaïm Perelman. Travaux Du Centre National De Recherches De Logique. (Bruxelles: Bruylant, 1971): , 104-122. 122.

além do nacionalismo da ordem pública, antes na força vinculativa dos direitos fundamentais dos indivíduos que compõem o núcleo familiar. É numa perspectiva individual entroncada no sistema de direitos fundamentais que se encontra a chave para resolver o problema.

Um ponto incontornável de toda a intervenção passa invariavelmente pela prevalência maximizante da tutela da criança e da autodeclaração da gestante. Há um afunilar da questão aos direitos fundamentais destes interessados e que constitui a premissa inexorável de que toda a solução a dar ao caso. A solução não pode colocar em causa o superior interesse da criança, independentemente das considerações a ater à relação de filiação emergente do contrato de gestação de substituição, nem a tutela desta pode significar ignorar ou descartar os direitos da gestante.

A CDC e CEDH constituem o quadro unitário basilar que pauta até onde vão os efeitos da excepção de ordem pública nacional. De certa forma, os direitos humanos corporizados no sistema implantado por estas convenções publicizam e vinculam uma situação a um nível supra-nacional, impondo a sua consideração através da correcção do funcionamento dos métodos conflitual ou de reconhecimento. Não é somente um problema de DIP no sentido estrito – coordenação de sistemas – é um problema de direitos humanos e como tal deve-se balizar as soluções a partir da concordância de instrumentos que acautelam os direitos da criança e da gestante, sem acomodar solução de direito pátrio, isto é, pode-se limitar os efeitos da excepção de ordem pública.

Esta ideia impõe uma solução material atinente a uma dimensão de proporcionalidade¹⁹⁵. Os direitos fundamentais da criança não são

¹⁹⁵ De certa forma a mesma está presente na apreciação que o TEDH faz das soluções dadas pelos Estados quanto à acomodação de situações que violam a sua ordem pública. O caso do casamento de pessoas do mesmo sexo é um exemplo paradigmático que a solução maximizante não é necessária se se acautelarem formas de tutela da vida familiar bastantes. O caso *Orlandi e o. c. Itália* (Caso nºs 26431/12; 26742/12; 44057/12 e 60088/12) demonstra que após a previsão de parcerias legais que acomodem a vida familiar, não se torna necessário o reconhecimento do casamento a inscrever no registo civil. Na sequência do caso *Oliari e o. c. Itália* (Caso nº 18766/11 e 36030/11), em que o Tribunal considerou que, embora os Estados fossem livres, segundo os artigos 8.º, 12.º e 14.º, para restringir o acesso ao casamento a casais de sexos diferentes. Na ausência de um interesse comunitário prevalecente a Itália tinha a obrigação positiva de garantir aos interessados um quadro legal que assegurasse o reconhecimento e protecção das suas uniões.

violados pela celebração de um contrato de gestação de substituição, desde que assegurado o seu direito a uma família e a recusa da sua mercantilização (o carácter *tendencialmente gratuito*). Quanto à possibilidade de práticas eugénicas, as mesmas não são um exclusivo da gestação de substituição, antes comuns às técnicas de PMA, o que reforça o carácter regulamentar e procedimental do seu acesso. Podemos, assim, afirmar que a gestação de substituição não compromete, em grau significativo, a integridade física ou psíquica da gestante (garantido o seu livre e esclarecido consentimento) ou da criança, bem como não é desconforme o superior interesse desta do substituto ou da criança (artigos 2.º e 8.º, da CEDH, bem como artigo 3.º da CDC). Em especial, porque o artigo 8.º, da CEDH, não exige um vínculo biológico, nem a renúncia da gestante e a vontade da progenitora intencional constitui em si uma situação de tráfico de crianças proibido, nos termos do artigo 35.º da CDC.

6.10. Todavia, como vimos, não basta a mera invocação do princípio do Estado de origem, como reminiscência de uma teoria de *vested rights*. A gestação de substituição está além dos casos referentes ao direito ao nome (*Grunkin-Paul* e *Garcia-Avello*, nomeadamente). Isto porque ao contrário da composição do nome e das limitações à livre circulação a ele inerentes, estão em causa considerações sobre matérias que se encontram na reserva na competência soberana dos Estados Membros e para as quais não é irrelevante a conexão do Estado de destino. A liberdade de circulação só é posta em causa quando os efeitos do não reconhecimento atinjam efectivamente o interesse da criança e tal só sucede quando se impede o estabelecimento de um vínculo securizante (recusa de estabelecimento da filiação ou do estabelecimento da maternidade a favor da progenitora intencional, por exemplo, através da adopção) ou se criem situações de apatridia.

Num quadro multinível, o reforço dos valores e princípios do ordenamento português será tanto maior quanto mais disseminada for a sua consagração ao nível do direito internacional público e mais estreita seja a conexão com o ordenamento jurídico português.

A ordem pública internacional era entendida inicialmente como um meio de defesa do salto no escuro que representa a aplicação do direito estrangeiro, assumindo-se, apesar da designação internacional, como de natureza e origem nacional. Contudo, hoje é indiscutível entender que existem valores que se transmutam do ordenamento do foro para se afirmarem como verdadeiros valores transnacionais.

Os tratados e convenções bem como o próprio *ius gentium* concretizam valores e interesses *supra-nacionais*, em especial a partir da CEDH e da CDC. Formam uma *ordem pública europeia ou comunitária*¹⁹⁶ e que integram, enquanto meta-ordem pública, a ordem pública internacional de cada Estado¹⁹⁷.

Por isso, o problema tenderá a ser gizado a jusante do funcionamento do método conflitual. No caso do ordenamento português, após terem sido esgotados os mecanismos previstos a favor da validação da situação jurídica, nomeadamente, a partir do artigo 31.º, n.º 2 do Código Civil e a teoria dos direitos adquiridos. Ainda assim, também aqui não se encontra cabal resposta, na medida em que pode resultar de uma situação em que o reconhecimento parte de uma decisão jurisdicional. A diferença é que o objecto do reconhecimento no primeiro é o facto voluntário, no segundo é a decisão cuja autoridade que se pretende imputar ao ordenamento jurídica onde se requer o seu reconhecimento.

No reconhecimento de sentenças, não está previsto o controlo da lei competente. Salvo a situação de controlo da competência jurisdicional, no artigo 890.º, alínea c) do Código de Processo Civil. O problema cinge-se à interpretação da excepção de ordem pública internacional (alínea f).

Já no reconhecimento do facto constitutivo da filiação o mesmo dependerá da interpretação de um facto constituído ou a constituir e os efeitos que se reconheçam ao acto de registo. No fundo, é determinar qual a função do registo. Neste sentido, é indiscutível que a força do registo depende da validade do facto levado a registo. O registo mais não faz do que conferir força probatória ao facto. Não resulta do mesmo qualquer efeito constitutivo do direito, logo há latente uma precariedade *natural* do registo, porque o mesmo não é autónomo ao facto levado a registo.

¹⁹⁶ Cf. Erik Jayme — *Identité Culturelle Et Intégration: Le Droit International Privé Postmoderne.* In *Recueil Des Cours De L'académie De Droit International (RCADI)*. (The Hague-Boston-London: Martinus Nijhoff Publishers, 1996): 9-268. 231.

¹⁹⁷ A favor da integração do instituto de ordem pública internacional ver Pierre Mayer — *La Convention Européenne Des Droits De L'homme et L'application Des Normes Étrangères.* in *Revue Critique de Droit International Privé.* 80 (1991) 4: 651-65. 662-664. Ver ainda Susana Chabert — *Ordem Pública Internacional e Direito Comunitário.* in *Normas de Aplicação Imediata, Ordem Pública Internacional e Direito Comunitário.* (Coimbra: Almedina, 2004): 141-295. 247-275.

O vínculo *mesmo social* (com a abertura do reconhecimento a situações em que não há vínculo genético) depende do grau de vinculação ou consolidação da situação, o que convoca a doutrina dos direitos adquiridos e a estabilização e consolidação da situação de facto. Com efeito, pode acontecer que por força do reenvio não se aplique efectivamente a lei designada nos termos do artigo 56.º, mas antes uma terceira lei, ou até a própria *lex fori*, o que, na verdade, pelo facto de nos acharmos no âmbito do estatuto pessoal, acontecerá com menor probabilidade.

Por outro lado, de acordo com artigo 31.º, n.º 2, e sancionando a compreensão que sobre o âmbito de aplicação do referido preceito se tem justificadamente sedimentado no nosso pensamento jurídico, a susceptibilidade de produção de efeitos jurídicos no ordenamento da residência habitual do interessado – ou, *a fortiori razione*, do país da sua nacionalidade – bastará para que um concreto acto jurídico (geralmente, um negócio jurídico) do domínio do estatuto pessoal venha a ser reconhecido entre nós, mesmo que de acordo com a lei material primariamente competente – a *lex patriae* – tal não fosse possível.

Por conseguinte, embora subjaza a tal preceito uma ideia de aplicação alternativa da *lex patriae* e da *lex domicilii*, não resulta a exclusiva competência da lei da nacionalidade ou da residência habitual, sufragando-se antes o entendimento que serão passíveis de reconhecimento em Portugal os negócios jurídicos que, posto que celebrados ao abrigo de um terceiro ordenamento, possam ser considerados válidos no Estado da residência habitual ou da nacionalidade, mesmo não verificados os pressupostos que na hipótese em causa, e em termos gerais, justificariam a admissibilidade do reenvio.

Efectivamente, o legislador sentiu a necessidade de formular disposições específicas relativamente ao estatuto pessoal e que, é certo que coexistindo com a relevância de outras exigências – convocamos aqui o artigo 31.º, n.º 2, que determinará, nas situações já constituídas, uma limitação à regra estatuída no artigo 17.º, n.º 2 –, se traduziu fundamentalmente na formulação de um conjunto de pressupostos tendentes a dificultar a admissão do reenvio no âmbito do estatuto pessoal. Naturalmente, daqui não se exclui a hipótese de aceitação do reenvio, dispensando-se o preenchimento dos pressupostos fixados no artigo 17.º, n.º 1, nos casos em que exista acordo entre a *lex domicilii* e a *lex patriae*.

É certo que também aqui, e à semelhança do que acontece no artigo 31.º, n.º 2, nem sempre seremos conduzidos à aplicação da lei

da nacionalidade ou do domicílio, tendo, aliás, a conexão «residência habitual» um relevo diferenciado consoante estejamos perante uma hipótese de transmissão ou de retorno. De qualquer forma – e é isso que releva no trajecto que percorremos –, também neste domínio o Código Civil não foi insensível ao princípio segundo o qual nas matérias compreendidas no estatuto pessoal a residência habitual constitui uma conexão incontornável e até (quase) tão relevante como a nacionalidade, não podendo, por isso, ser desconsiderada.

VII. Conclusões

7.1. A *cristalização* de uma situação factual através da passagem do tempo¹⁹⁸, é um elemento favorável à consideração de uma lei estranha ao domínio de regulamentação de uma determinada situação fixada pela regra de conflitos do foro. Vimos que o ordenamento jurídico português acolhe no seu sistema mecanismos de correcção tendentes a acautelar o justo interesse das partes. De certa forma, como aponta Goldschmidt há uma exigência de justiça na consideração das situações estrangeiras como distintas das situações puramente internas¹⁹⁹.

E o problema coloca-se a montante, mais do que a discussão da *filiação* tout court, é dos efeitos que dela resultam que chama à liça o reconhecimento. Em particular, a aquisição da nacionalidade ou a justificação da presença da criança no território do Estado. Um dos seus efeitos conexos²⁰⁰.

¹⁹⁸ Cf. Pierre Mayer — Les Méthodes De La Reconnaissance en Droit International Privé. in *Le Droit International Privé: Esprit Et Méthodes. Mélanges En L'honneur De Paul Lagarde*. (Paris: Dalloz, 2005): 547-73. 563.

¹⁹⁹ Werner Goldschmidt/Alicia M Perugini Zanetti/Miguel Ciuro Caldani — Derecho internacional privado: derecho de la tolerancia: basado en la teoría trialista del mundo jurídico. 10 ed. (Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2009). 11. Este autor invoca Ulpiano e o princípio da justiça desdobrado em três dimensões: *neminem laeder, suum cuique tribuere, honestere vivere*. No primeiro, estaria subjacente o respeito pelo direito objectivo estrangeiro, no segundo o reconhecimento de direitos (subjectivos) adquiridos constituídos à luz do direito estrangeiro e o último, enquanto limite destes direitos pelo que se entende por «honestidade de la vida social».

²⁰⁰ Paradigmático são as decisões do Tribunal Constitucional austríaco, onde o problema do reconhecimento advém do pedido de aquisição da nacionalidade austríaca. Talvez por isso resulte no acórdão de 2012 que a exigência de prova seja menor (pelo menos se infere da fundamentação).

Atendendo à propensão para a tutela do superior interesse da criança, é mister contrabalançar os efeitos pessoais e patrimoniais que resultam da filiação e que bulem com a obrigação de alimentos, direitos sucessórios, e exercício das responsabilidades parentais. Por isso, a sanção prevista pelo ordenamento jurídico do foro convoca problemas sérios para a tutela dos interesses da criança, convocando uma solução de geometria variável²⁰¹. Tal demonstra a permeabilidade das soluções *caso-a-caso*, não se podendo por aqui abrir a porta a um enfraquecimento da ordem pública nacional pela mera invocação da internacionalidade da situação²⁰². Não obstante, o enquadramento estabelecido por outros ordenamentos jurídicos não é irrelevante quando os efeitos têm um impacto que acompanham o estatuto da pessoa, pelo menos de facto, provocando uma desprotecção dos elos mais vulneráveis em ordem de realização de interesses jurídicos não partilhados pelo Estado onde tal situação se constituiu.

O problema é determinar se a situação ilícita à luz do direito do foro é consequente com os efeitos contrários e nefastos aos valores e

²⁰¹ Tal elencar de interesses está patente na decisão de 2012 do Tribunal constitucional austríaco e que entronca com as decisões e pareceres do TEDH. Em casos como o presente, está, portanto, constitucionalmente excluído basear a avaliação da filiação (e subsequentemente a cidadania) da criança no direito substantivo austríaco e assim na §137b do seu Código Civil. Por último, mas não menos importante, a criança é assim excluída de todos os direitos resultantes das responsabilidades parentais que de outra forma existem em relação aos pais naturais, precisamente em relação aos progenitores legais (que também fazem parte da vida familiar conjunta como progenitores de facto). Além disso, se a maternidade legal da progenitora intencional austríaca não for reconhecida, os seus filhos biológicos (quando seja o caso) nascidos de uma gestante correm o sério risco de serem apátridas.

²⁰² Tal é paradigmático quando nos confrontamos com o reconhecimento de efeitos a situações que concorrem com outros institutos de direito da família, como o caso do casamento. Se se consolidou o valor comum de protecção da criança e liberdade de constituição de família (passando pela abertura a outras formas de família, como o caso das uniões de facto e parcerias registadas), ou o crescer de aceitação da filiação conjunta entre casais do mesmo sexo (seja por adopção, seja por recurso a técnicas da PMA), o mesmo sucede num quadro de valores comuns partilhados pelos ordenamentos jurídicos europeus. Todavia, fora deste quadro comum, quando esteja em causa o reconhecimento de institutos *estranhos*, o mesmo quadro de *tolerância* não é cogitável, podendo mesmo ser atentatório aos valores constitucionais em que assentam as constituições dos Estados europeus, como será a poligamia. No entanto, isso não exclui o reconhecimento parcial de efeitos em ordem da tutela das partes mais vulneráveis, nomeadamente, para efeitos da obrigação de alimentos (cf. Dirk Von Looschelders. — Die Ausstrahlung der Grund- und Menschenrechte auf das Internationale Privatrecht. *in* RabelsZ 65 (2001) 3. 465).

princípios fundamentais da ordem pública. Pode muito bem ocorrer que a aplicação da lei competente tenha como efeito último a desprotecção de titulares de direitos fundamentais cujo interesse a lei do foro pretende tutelar o que confronta com o âmago do ordenamento jurídico do foro quando considerado na sua globalidade. E aqui, o problema advém da realização directa dos direitos fundamentais à margem do próprio funcionamento do método conflitual. A solução não é conflitual, antes de reconhecimento através de uma norma de DIP material *ad hoc*. Em particular, porquanto a construção naturalmente fragmentária da ordem pública internacional assente no princípio do *mínimo dano* ao direito estrangeiro, convoca uma função não tradicional de reconhecimento contrário, à ordem jurídica do foro. É o que designamos de efeito atenuado da ordem pública internacional. O que apela um esforço de preservar o sentido de unidade harmónica do sistema jurídico, visto que ao se admitir o método analítico e consequente natureza distributiva da conexão da regra de conflitos de estabelecimento da filiação (diferentes resultados consoante se fale do estabelecimento da maternidade ou da paternidade), não pode se espartilhar o estatuto que se quer uno, mesmo que com diferentes interessados e diferentes leis competentes²⁰³. Para Kegel as regras de conflitos são abstratas, bilaterais e neutras quanto aos valores materiais, falamos da teoria dos interesses jurídico-conflituais²⁰⁴. Segundo este autor, haveria que traçar uma separação clara entre a *justiça jurídico-internacional-privatística* e a *justiça jurídico-material*²⁰⁵. A primeira apuraria apenas o direito material que apresenta a ligação *territorialmente* mais estreita

²⁰³ A recusa do fracionamento por oposição à afirmação do método analítico, ver Werner Goldschmidt/Alicia M Perugini Zanetti/Miguel Angel Ciuro Caldani — Derecho internacional privado: derecho de la tolerancia: basado en la teoría pluralista del mundo jurídico. 10 ed. (Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2009). 12-13. Como nota Goldschmidt, o método analítico da *distribuição* da lei competente por respeito à conexão adequada é axiologicamente necessário. A situação encontra-se ligada a vários direitos, pelo que atribuir a um só a competência para regular o todo, violaria o princípio da paridade de tratamento da ordem jurídica (cf. — Die philosophischen Grundlagen des internationalen Privatrechts. in Festschrift für Martin Wolff. Beiträge zum Zivilrecht und internationalen Privatrecht. ed. E. v. Caemmerer / F. A. Mann / W. Hallstein / L. Raiser (Tübingen: Mohr Siebeck, 1952) pp. 203-223. 208).

²⁰⁴ Cf. Gerhard Kegel/Klaus Schurig — Internationales Privatrecht. 9. ed. (München: C.H. Beck, 2004). 131-135.

²⁰⁵ Cf. Gerhard Kegel/Klaus Schurig — Internationales Privatrecht. 9. ed. (München: C.H. Beck, 2004). 147-150.

com a relação jurídica em análise; e apenas num segundo passo se colocaria, no quadro do direito material aplicável, a questão do resultado intrinsecamente melhor e mais justo.

Ora, é perante a insuficiência do resultado da regra de conflitos e do funcionamento do método conflitual, que nos reportamos ao segundo momento de Kegel. Quando o resultado material, a justiça do caso, colhe dentro do próprio sistema que recusa no primeiro momento o reconhecimento. A solução do reconhecimento, tal como aqui preconizada, não é exógena ao direito português, antes resulta de uma imposição ao respeito aos direitos fundamentais dos principais interessados, aqueles que se encontram vulneráveis por causa da internacionalidade da situação. A visão trialista do *mundo jurídico* de Goldschmidt – dimensão sociológica, normativa e dikelógica (ciência da justiça), traduzida em três elementos: conduta, norma e justiça – ²⁰⁶, de certa forma conforma uma solução para o ambíguo desafio que representa a gestação de substituição. A ideia de tolerância que caracteriza o funcionamento do DIP deve garantir a protecção adequada a uma criança, salvaguardado o direito e dignidade da gestante. É o último refúgio, o baluarte de uma solução *justa* que assegure a primazia da dignidade da pessoa humana incorporada, em particular no direito civil, no *personalismo ético*, pelo que a dimensão sociológica e normativa não podem servir de instrumento de violação do valor da justiça devida às partes mais vulneráveis²⁰⁷.

²⁰⁶ Werner Goldschmidt — Werner, *Introducción filosófica al derecho. La teoría trialista del mundo jurídico y sus horizontes*, cuarta edición, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1973, p. 8.

²⁰⁷ Na visão de Goldschmidt é necessário entender, como afirma Miguel Ángel Ciuro Caldani, «a un mundo jurídico donde se integran repartos de potencia e impotencia (dimensión sociológica) captados por normas que los describen e integran (dimensión normológica) y valorados, los repartos y las normas, por el valor justicia (dimensión dikelógica) (cf. — Razones del Trialismo (A Werner Goldschmidt, treinta años después). in *Investigación y Docencia*. 52 (2016/2017) p. 131 [en línea]: <http://www.centrodefilosofia.org/LyD/LyD526.pdf>, accedido em 23-01-2021.

ISBN 978-989-8891-95-2



FCT

Fundação para a Ciência e a Tecnologia
MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO E CIÊNCIA