

Recibido: 27 julio 2021
Aceptado: 7 octubre 2021

Orden público europeo en Derecho de familia

Juliana RODRÍGUEZ RODRIGO*

SUMARIO: I. Introducción. II. Asunto Coman. 1. Hechos del caso. 2. Respuesta del Tribunal de Justicia de la Unión Europea: A) Libre circulación de personas (art. 21 TFUE); B) Concepto de cónyuge en la Directiva 2004/38; C) Orden público internacional atenuado. III. Asuntos *Mennesson y Labassee*. 1. Hechos del caso. 2. Respuesta del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: A) Derecho al respecto a la vida privada y familiar (art. 8 CEDH); B) Injerencia de la autoridad pública. C) Posible justificación de la injerencia. IV. Otros asuntos. V. Definición y contenido del orden público europeo en Derecho de familia. VI. Consecuencias de la aplicación del orden público europeo. 1. Situaciones intraeuropeas. 2. Situaciones extraeuropeas. VII. Conclusiones.

RESUMEN: Recientes pronunciamientos del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos invitan a pensar en la existencia de un orden público europeo en Derecho de familia, común a todos los países de la Unión. Los principios y derechos reconocidos en el TFUE, en el CEDH y en la Carta de Derechos Fundamentales de la UE conformarían, aunque no de forma exclusiva, el contenido de este orden público europeo. Los pronunciamientos judiciales están poniendo de manifiesto la contradicción que existe, en ocasiones, entre el orden público europeo y el orden público internacional nacional de los Estados miembros. Esta incompatibilidad necesita ser resuelta para permitir la convivencia, en el mismo ordenamiento, de los principios que forman parte de cada uno de ellos. Las vías de solución de esta situación son dos: el reconocimiento de la situación creada en el extranjero y el orden público internacional atenuado. Si bien es importante aportar respuestas en este sentido, es más relevante poner el foco en la propia situación de contradicción existente y preguntarnos cómo una institución creada en un Estado miembro puede atentar contra el orden público de otro país de la Unión, cuando todos los Estados miembros cuentan en sus ordenamientos con los mismos principios europeos que constituyen el orden público europeo, principios que, además, deben ser respetados y observados por las legislaciones de producción nacional.

PALABRAS CLAVE: ORDEN PÚBLICO EUROPEO – ORDEN PÚBLICO INTERNACIONAL – MATRIMONIOS DE PERSONAS DEL MISMO SEXO – LIBRE CIRCULACIÓN DE PERSONAS, GESTACIÓN SUBROGADA – DERECHO A LA VIDA PRIVADA Y FAMILIAR – CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS – ORDEN PÚBLICO INTERNACIONAL ATENUADO, RECONOCIMIENTO MUTUO.

* Profesora Titular de Derecho Internacional Privado de la Universidad Carlos III de Madrid.

ABSTRACT: Recent judgments by the Court of Justice of the European Union and the European Court of Human Rights suggest the existence of a European public order in family law, common to all the countries of the Union. The principles and rights recognized in the TFEU, in the ECHR and in the Charter of Fundamental Rights of the EU would make up, although not exclusively, the content of this European public order. Judicial pronouncements are highlighting the contradiction that sometimes exists between the European public order and the international public order of the member states. This incompatibility needs to be resolved in order to allow the principles that form part of each of them to coexist in the same legal system. There are two ways of solving this situation: recognition of the situation created abroad or attenuated international public policy. Although it is important to provide answers in this sense, it is more important to focus on the contradictory situation itself and ask how an institution created in one Member State can violate the public order of another country of the Union, when all the Member States have the same European principles in their legal systems that constitute the European public order, principles that, moreover, must be respected and observed by national legislation.

KEYWORDS: EUROPEAN PUBLIC POLICY – ORDER PUBLIC – SAME-SEX MARRIAGES – FREE MOVEMENT OF PERSONS – SURROGACY – RIGHT TO PRIVATE AND FAMILY LIFE EUROPEAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS ATTENUATED INTERNATIONAL PUBLIC ORDER – MUTUAL RECOGNITION

I. INTRODUCCIÓN

Recientes pronunciamientos del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) permiten pensar en la existencia de un orden público europeo en Derecho de familia. Se trata de asuntos como el caso *Coman*, en materia de matrimonio de personas del mismo sexo, o los casos *Mennesson* y *Labassee*, sobre gestación subrogada; el primero, del TJUE y, los segundos, del TEDH¹.

En estas sentencias, ambos tribunales posicionan derechos y libertades europeas por encima de la legislación de producción nacional del Estado del foro. Cuestión ésta que, así expresada, no debería sorprender debido a que la normativa que emana de las instituciones europeas debe ser respetada por todos los Estados miembros de la Unión. Sin embargo, estos pronunciamientos ponen en evidencia la existencia de legislaciones de producción interna que pueden contradecir los principios europeos y, con ello, la difícil convivencia entre ambos conjuntos normativos, el de origen europeo y el de producción interna, en el mismo ordenamiento nacional.

Los Estados en los que nos vamos a centrar, en relación con los que se ha puesto de manifiesto esta contradicción, son los países de la Unión Europea. Y las materias sobre las que se han pronunciado los tribunales mencionados, fundamentalmente, pertenecen al Derecho de familia, sector del

¹ STJUE 5 junio 2018, *Coman*, C-673/16, ECLI:EU:C:2018:385; STEDH 26 junio 2014, *Mennesson*, nº 65192/11; STEDH 26 junio 2014, *Labassee*, nº 65941/11.

ordenamiento especialmente sensible desde todos los puntos de vista, social, religioso, político, etc., y con contenido que puede ser sustancialmente diferente en los distintos Estados miembros. Todo ello hace que los órganos judiciales tengan que actuar haciendo encaje de bolillos para hacer convivir ambas realidades contrapuestas en el mismo ordenamiento.

En el presente trabajo vamos a estudiar las resoluciones judiciales y, a través de ellas, vamos a intentar identificar los principios que formarían parte del orden público europeo en Derecho de familia. También, en segundo lugar, analizaremos la respuesta que han dado los tribunales europeos a las cuestiones planteadas y cómo han resuelto esa situación de incompatibilidad entre el Derecho de producción nacional y los principios de origen europeo.

II. ASUNTO *COMAN*

1. *Hechos del caso*

Los hechos hacen referencia a un matrimonio de personas del mismo sexo que quiere establecerse en Rumanía². Uno de los cónyuges es el Sr. Coman, de nacionalidad rumana –también tiene la nacionalidad norteamericana– y el otro es el Sr. Hamilton, nacional americano. Ambos contrajeron matrimonio en Bruselas en el año 2010. En 2012 la pareja se dirigió a la Inspección General de Inmigración de Rumanía para conocer los trámites a seguir para que el Sr. Hamilton pudiera obtener el permiso de residencia por más de tres meses en este país. Este Organismo denegó la solicitud planteada por el matrimonio alegando que el Sr. Hamilton no era cónyuge del Sr. Coman y que, por ello, no podía beneficiarse de este derecho a prorrogar su estancia en Rumanía más allá de los tres meses.

Frente a esta decisión de la Inspección General, el matrimonio interpuso un recurso ante el Juzgado de Primera Instancia de Bucarest, alegando discriminación por razón de orientación sexual en el ejercicio del derecho europeo a la libre circulación de las personas.

En el marco del litigio, los Srs. Coman y Hamilton también alegaron inconstitucionalidad de los arts. 277.2º y 277.4º del Código Civil rumano por

² *Vid.*, entre otros, J. Rodríguez Rodrigo, “Reconocimiento de situaciones jurídicas creadas en un Estado miembro de la UE. Comentario a la STJUE 5 junio 2018, *Coman*”, *Estudios sobre jurisprudencia europea. Materiales del IV Encuentro anual del Centro español del European Law Institute*, Sepin, marzo 2021, 11 pp.

vulnerar los derechos a la vida privada y familiar y a la intimidad, recogidos en la Constitución de Rumanía, así como el principio de igualdad. Los preceptos mencionados del Código Civil rumano regulan el no reconocimiento en este país de los matrimonios celebrados en el extranjero entre personas del mismo sexo.

En este escenario, el Juzgado de Primera Instancia sometió el asunto al Tribunal Constitucional de Rumanía. Es este último órgano judicial el que plantea las cuestiones prejudiciales sobre la interpretación de determinados preceptos de la Directiva 2004/38, que contesta el Tribunal Justicia de la Unión Europea³.

La Directiva 2004/38, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, reconoce en su art. 3 este derecho a los nacionales europeos que quieran residir en un Estado miembro distinto al de su nacionalidad, y a los miembros de sus familias. La norma entiende por *miembros de sus familias*, entre otros, a los cónyuges de aquellos, según consta en el art. 2.2º.a). El precepto 7, por su parte, regula el derecho de residencia por un período superior a 3 meses e indica, en el ap. 2, que también gozan de este derecho los nacionales de terceros Estados que acompañen a un nacional europeo, cuando éste tenga recursos económicos suficientes, para él y su familia, y no supongan una carga para el Estado de acogida.

2. Respuesta del Tribunal de Justicia de la Unión Europea

A) Libre circulación de personas (art. 21 TFUE)

El Tribunal europeo, una vez determinado que la Directiva de libre circulación y residencia no es aplicable en el caso, y pese a no ser preguntado por ello, explica cómo podría el Sr. Hamilton residir de manera legal en Rumanía junto a su cónyuge, el Sr. Coman.

Según jurisprudencia del Tribunal de Justicia, el art. 21 del TFUE exige permitir que un ciudadano de la Unión, que ha salido de su país de

³ Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 abril 2004, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros por la que se modifica el Reglamento (CEE) nº 1612/68 y se derogan las Directivas 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE y 93/96/CEE, DO L 158, de 30.4.2004. *Vid.*, entre otros, M.M. Martín Martínez, "Límites a la libre circulación de personas en la UE por razones de orden público, seguridad o salud pública en tiempos de crisis: una revaluación a la luz de la jurisprudencia del TJUE", *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº 49, septiembre-diciembre 2014, pp. 767-804.

nacionalidad y ha residido en régimen de convivencia en otro Estado miembro, si ahora quiere regresar a su país de origen, lo pueda hacer con su pareja, siendo ésta, en este caso, ciudadano de un tercer Estado no europeo⁴. En efecto, la libre circulación de personas debe implicar que un ciudadano europeo que la ha ejercido y se encuentra residiendo en otro Estado miembro con su pareja, pueda regresar a su país de origen manteniendo el *status quo* que tenía en el Estado de residencia, esto es, que pueda volver a su país de origen con su familia.

Esta interpretación es coherente con el compromiso asumido por los Estados miembros con el proyecto europeo en el sentido de no obstaculizar el ejercicio de las libertades europeas. Efectivamente, una interpretación contraria a esta supondría una limitación de la libre circulación de personas, ya que, cualquier nacional europeo se podría sentir disuadido de salir de su país de origen si supiera que no podría volver a ese Estado con la pareja con la que ha desarrollado o consolidado una convivencia en el Estado miembro de residencia⁵.

Por esta razón, reitera el Tribunal de Justicia su jurisprudencia pasada y reconoce que el Sr. Hamilton debería tener el derecho de residencia derivado en Rumanía. Sin embargo, para que dicho derecho sea efectivo, el órgano judicial europeo remite a la Directiva 2004/38. En efecto, el Tribunal de Justicia estipula que los requisitos en estas situaciones no pueden ser más exigentes que

⁴ STJUE 14 de noviembre de 2017, C-165/16: *Toufik Lounes c. Secretary of State for the Home Department*. El ap. 46 de esta sentencia establece que: "En efecto, debe recordarse que el Tribunal de Justicia ya ha declarado que, en determinados casos, los nacionales de terceros Estados, miembros de la familia de un ciudadano de la Unión, que no podían disfrutar, en virtud de las disposiciones de la Directiva 2004/38, de un derecho de residencia derivado en el Estado miembro del que ese ciudadano era nacional, podían no obstante disponer de tal derecho sobre la base del art. 21 TFUE, ap. 1 (*vid.*, en este sentido, SS 12 de marzo de 2014, C-456/12: *O. y B.*, EU:C:2014:135, aps. 44 a 50, y de 10 de mayo de 2017, C-133/15: *Chávez-Vílchez y otros*, EU:C:2017:354, ap. 54)".

⁵ STJUE 12 de marzo 2014, C-456/12: *O. c. B.*, El ap. 54 de esta sentencia indica que "Ahora bien, cuando, con ocasión de una residencia efectiva del ciudadano de la Unión en el Estado miembro de acogida, en virtud de, y con observancia de, los requisitos establecidos en el art. 7, aps. 1 y 2, de la Directiva 2004/38, se desarrolla o se consolida una convivencia familiar en este último Estado miembro, el efecto útil de los derechos que el art. 21 TFUE, ap. 1, confiere al ciudadano de la Unión de que se trate exige que la convivencia familiar que este ciudadano ha mantenido en el Estado miembro de acogida pueda continuar a su regreso al Estado miembro del que es nacional, a través de la concesión de un derecho de residencia derivado al miembro de la familia en cuestión, nacional de un tercer Estado. En efecto, la inexistencia de tal derecho de residencia derivado podría disuadir al ciudadano de la Unión de salir del Estado miembro del que es nacional para ejercer su derecho de residencia, en virtud del art. 21 TFUE, ap. 1, en el territorio de otro Estado miembro, ante la incertidumbre de si podrá continuar, en su Estado miembro de origen, una convivencia familiar con sus parientes próximos desarrollada o consolidada en el Estado miembro de acogida (*vid.*, en este sentido, las sentencias, antes citadas, *Eind*, aps. 35 y 36, e *Lida*, ap. 70)".

los recogidos en la Directiva. Esta norma es aplicada por analogía en este escenario. Por lo tanto, el Tribunal procede en este punto a comprobar si el Sr. Hamilton reúne las condiciones determinadas por la Directiva para poder ser beneficiario del derecho de residencia derivado (ap. 25).

B) Concepto de cónyuge en la Directiva 2004/38

El Tribunal de Justicia entiende que el Sr. Coman ha desarrollado o consolidado una convivencia familiar en Bruselas con el Sr. Hamilton (ap. 26). Asumiendo esta premisa, el órgano judicial europeo explica en la sentencia que el Sr. Hamilton debe ser considerado cónyuge del Sr. Coman en Rumanía y, por tanto, cumpliría los requisitos de la Directiva 2004/38 para obtener el permiso de residencia en este país por un período superior a tres meses. Procedemos a exponer la argumentación del Tribunal en este sentido. Retomamos en este punto lo dicho por la Directiva al respecto. El art. 7.2º permite que los nacionales de terceros Estados puedan beneficiarse de este derecho de residencia durante más de tres meses cuando sean miembros de la familia de un ciudadano europeo. El art. 2.2º.a), por su parte, considera miembro de la familia al cónyuge. Habrá que determinar si el Sr. Coman y el Sr. Hamilton, legalmente casados en Bélgica, se consideran matrimonio en Rumanía y si, por tanto, el Sr. Hamilton será cónyuge y podrá tener el derecho de residencia derivado en Rumanía.

En el marco de la Directiva 2004/38, según indica la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, “miembros de la familia” debe ser interpretado de manera amplia para que no pierda su efecto útil la norma⁶. Esto, unido al hecho de que la Directiva debe ser, necesariamente, neutral en cuanto al género, lleva al Tribunal europeo a incluir, dentro del concepto de cónyuge, al que lo es por un matrimonio de personas del mismo sexo (ap. 35)⁷. Por todo

⁶ STJUE25 de julio de 2008, C-127/08: *Blaise Beheten Metock y otros c. Minister for Justice, Equality and Law Reform*, ap. 93.

⁷ Sin embargo, cuando se elaboró la Propuesta de Directiva, el Parlamento Europeo propuso añadir al concepto de cónyuge la siguiente expresión: “independientemente de su sexo, conforme a la correspondiente legislación nacional” (Enmienda 14, adoptada el 23 de enero de 2003, PE 319.238, Documento de sesión A5-0009/2003 [<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+REPORT+A5-2003-0009+0+DOC+XML+V0//ES->>]). La Comisión rechazó esta propuesta y optó, por tanto, por considerar “cónyuge” sólo a la persona de distinto sexo, eso sí, dejó abiertas las puertas a que, en el futuro, según la evolución del Derecho de familia en Europa, se pudiera cambiar esta concepción (Comisión de las Comunidades Europeas, “Propuesta modificada de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y los miembros de su familia a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros”, COM (2003) 199 Final, Bruselas, 15 de abril de 2003 – [<https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2003:0199:FIN:EN:PDF->>]). *Vid.*, en este sentido, M. Soto Moya, “La libre circulación en

lo anterior, el Tribunal de Justicia finalmente considera que el Sr. Hamilton es cónyuge del Sr. Coman, en el marco de la Directiva 2004/38, a los efectos de que pueda tener el derecho de residencia derivado en Rumanía.

C) Orden público internacional atenuado

Ahora bien, Rumanía todavía tendría una última posibilidad para denegar el permiso de residencia al Sr. Hamilton, cual es, el orden público internacional estatal. Por todos es conocido que, del mismo modo que hemos afirmado que los Estados miembros están obligados a no obstaculizar el ejercicio de las libertades europeas, también pueden oponerse a este ejercicio cuando razones de interés general así lo justifiquen. El Tribunal de Justicia también analiza esas posibles razones que pudieran llevar a Rumanía a negar, de manera justificada, la residencia del Sr. Hamilton en este país.

Es importante señalar que la excepción de orden público es eso, una excepción, por lo tanto, debe ser interpretada de manera estricta para que concurra en el menor número de casos posibles⁸. Además, para que pueda operar, reconocer este matrimonio de personas del mismo sexo en Rumanía debería suponer una *amenaza real y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad* (ap. 44). Con estos datos, en nuestro caso, el reconocimiento de este matrimonio de personas del mismo sexo en Rumanía, sólo a los efectos de los derechos derivados de ello, no puede suponer un atentado contra el orden público internacional de ese país.

Es más, tal como indica el Tribunal, los Estados miembros pueden restringir el ejercicio de las libertades europeas, como ya hemos comentado, pero dicha restricción debe ser conforme con la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea⁹. A este respecto, la Carta reconoce como fundamental el derecho a la vida privada y familiar (art. 7). Este derecho también se encuentra protegido por el Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales (art. 8)¹⁰. El art. 52.3º de la Carta, en estos supuestos de derechos reconocidos en ambos textos supranacionales, remite al CEDH para conocer la

la Unión Europea de matrimonios del mismo sexo", *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº 43, 2012, pp. 807-847.

⁸ A.L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González, *Tratado de Derecho Internacional Privado*, t. I, Valencia, Tirant lo Blanch, 2020, p. 782.

⁹ DO C303 14.12.2007.

¹⁰ Instrumento de ratificación del Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950, y enmendado por los Protocolos adicionales nos. 3 y 5, de 6 de mayo de 1963 y 20 de enero de 1966, respectivamente, BOE 10.10.1979.

interpretación y el alcance de ellos. Pues bien, el TEDH mantiene una jurisprudencia consolidada en el sentido de entender que una pareja del mismo sexo goza de este derecho a la vida privada y a la vida familiar del art. 8 del Convenio, igual que una pareja de personas de distinto sexo¹¹.

Con todo lo expuesto, el TJUE concluye que el Sr. Hamilton tiene derecho a obtener el permiso de residencia en Rumanía, por un período superior a 3 meses, porque debe ser considerado esposo del Sr. Coman, a estos efectos; sin atender, con ello, contra el orden público internacional del Estado de acogida.

Lo que el Tribunal europeo utiliza, sin decirlo, para determinar que Rumanía debe reconocer el derecho de residencia derivado al Sr. Hamilton, es el orden público internacional atenuado. En efecto, la conclusión del Tribunal en este caso es exigir a este Estado europeo que, aunque no considere válido el matrimonio de personas del mismo sexo, sí reconozca uno de los efectos que puede desplegar. Esto es, lo que establece el órgano judicial europeo es que Rumanía puede no considerar que el Sr. Coman y el Sr. Hamilton forman un matrimonio, pero sí tiene que actuar como si el Sr. Hamilton fuera cónyuge del Sr. Coman para permitirle residir en su país por un período superior a tres meses. Dicho de otra manera, Rumanía puede alegar orden público internacional frente al matrimonio de personas del mismo sexo y no reconocerlo en su ordenamiento, pero no puede alegar esta excepción para no conceder el permiso de residencia por un período superior a tres meses al Sr. Hamilton por ser cónyuge de un nacional europeo.

El orden público internacional atenuado supone no considerar válida la institución en cuestión y, al mismo tiempo, permitir reconocer determinados efectos periféricos a la misma. Este mecanismo permite hacer valer en el Estado en cuestión algunos efectos jurídicos derivados de la institución, los menos dañinos para la sociedad, e impide que se reconozcan aquellos otros más perjudiciales para la cohesión de la organización de aquella¹². De esta manera, en relación con este caso de matrimonios de personas del mismo sexo, alegando orden público internacional atenuado, Rumanía no reconocería la unión conyugal y todos sus efectos nucleares. En Rumanía, por tanto, la pareja no sería considerada matrimonio y, por ello, no podría divorciarse en este país –tampoco se reconocería el divorcio que se hubiera declarado fuera de Rumanía–. Sin embargo, los efectos

¹¹ STEDH 7 noviembre 2013, *Vallianatos y otros c. Grecia*, nos. 29381/09 y 32684/09, ap. 73; STEDH 14 diciembre 2017, *Orlandi y otros c. Italia*, nos. 26431/12; 26742/12; 44057/12 y 60088/12, ap. 143.

¹² A.L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González, *Tratado de Derecho ...*, op. cit., pp. 783–786. *Vid.*, también, en este sentido, M.J. Cervilla Garzón, “Identidad islámica y orden público: los efectos del matrimonio poligámico en el sistema español de Seguridad Social”, *CDT*, vol. 11, nº 1, 2019, pp. 235–266.

periféricos, uno de los cuales sería la reagrupación familiar, sí deberían reconocerse. En esta situación nos movemos en el terreno de la contradicción puesto que, por un lado, aceptamos la vulneración del orden público internacional de Rumanía y, por ello, en este país el Sr. Coman y el Sr. Hamilton no son un matrimonio y, por otro, exigimos a Rumanía que reconozca al Sr. Hamilton como cónyuge del ciudadano europeo a los efectos de que el Sr. Coman pueda reagruparlo con él en Rumanía.

Si bien el orden público internacional atenuado supone cierta inseguridad para los operadores jurídicos, lo cierto es que es el mecanismo que permite respetar los dos intereses en juego en este caso, esto es, la libre circulación de personas –que forma parte del orden público europeo– y el respecto a la concepción de matrimonio del Derecho civil rumano –considerada orden público internacional estatal–. Así es, por un lado tenemos la libre circulación de personas, que se vería dañada si se alegara el orden público internacional estatal para no reconocer el matrimonio de personas del mismo sexo. Y, por otro lado, tenemos la prescripción del Código Civil de Rumanía de no reconocer matrimonios del mismo sexo celebrados fuera de este país, que se vería vulnerada si no se pudiera alegar orden público internacional estatal frente al reconocimiento de esos matrimonios en este país. Entre los dos extremos planteados existe una solución intermedia, la constituida por el orden público internacional atenuado. De esta manera, alegando esta excepción no se obstaculizaría la libre circulación de las personas y, al mismo tiempo, no se actuaría en contra del orden público internacional del Estado de acogida.

III. ASUNTOS *MENNESSON* Y *LABASSEE*

1. *Hechos del caso*

Los casos *Menesson* y *Labassee* han tenido como objeto la gestación subrogada y han sido resueltos por el TEDH de forma conjunta¹³. En ambos supuestos, una pareja francesa, ante la imposibilidad de tener hijos por la infertilidad de la esposa, contratan a una mujer en Estados Unidos para que geste los embriones fruto de la fecundación *in vitro* del óvulo de una donante con los gametos del marido. En Estados Unidos, en concreto, en California –caso *Menesson*– y en Minnesota –caso *Labassee*–, este tipo de contratos es

¹³ *Vid.*, entre otros, A. Hernández Rodríguez, “Determinación de la filiación de los nacidos en el extranjero mediante gestación por sustitución: ¿hacia una nueva regulación legal en España?”, *CDT*, vol. 6, nº 2, 2014, pp. 147–174; S. Álvarez González, “Gestación por sustitución y orden público”, *InDret*, 2/2017, pp. 166–200.

válido y el bebé nacido de la madre gestante es hijo de los padres comitentes. En Francia, en cambio, el contrato es nulo y las disposiciones de Código civil que así lo consideran son de orden público (art. 16-7 y 16-9 Código Civil).

En ambos casos, los asuntos llegan a la Fiscalía del Tribunal de Gran Instancia de Nantes, en cuya sede se rechaza el reconocimiento de la filiación declarada a favor de los padres comitentes en ambos Estados americanos.

2. Respuesta del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

A) Derecho al respecto a la vida privada y familiar (art. 8 CEDH)

Según el art. 8 del CEDH,

“1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia;

2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás”.

El THEDH afirma la injerencia de la autoridad pública en los casos mencionados y analiza su posible justificación por las razones recogidas en el artículo.

B) Injerencia de la autoridad pública

El órgano judicial no tiene ninguna duda de que la autoridad francesa ha llevado a cabo una injerencia en el derecho al respecto a la vida privada y familiar en ambos casos (ap. 49 asunto *Mennesson* y apartado 50 asunto *Labassee*). Para confirmar su decisión se apoya en otros asuntos resueltos por él, como el caso *Wagner* o el *Negrepontis-Giannisis*¹⁴. En los dos, se establece la necesidad del reconocimiento, en Luxemburgo y Grecia, respectivamente, de una adopción constituida por autoridad extranjera, en supuestos de hecho respecto de los cuales, la adopción en concreto, si se hubiera solicitado ante autoridades nacionales, no se habría conseguido por impedirlo la legislación del país. En ambos casos, el TEDH hace prevalecer el derecho al

¹⁴ STEDH 8 junio 2007, *Wagner y J.M.W.L. c. Luxemburgo*, nº 76240/01; STEDH 5 diciembre 2013, *Negrepontis-Giannisis c. Grecia*, nº 56759/08.

respecto de la vida privada y familiar –orden público europeo– frente a la concepción nacional de adopción –orden público internacional estatal–.

C) Posible justificación de la injerencia.

En ambos casos se constata que la injerencia de la autoridad pública se encuentra prevista por la ley. En el caso *Mennesson*, el TEDH así lo confirma indicando que los padres de intención no podrían haber ignorado el riesgo serio, al menos, de que el juez francés no reconociese el vínculo de filiación (ap. 58). En el asunto *Labassee* son las propias partes las que niegan que la injerencia se encuentra prevista por la ley (ap. 52).

Igualmente, en los dos, la Corte admite que el Gobierno pueda considerar que la medida –el rechazo del reconocimiento de la filiación– se haya adoptado para proteger dos de los objetivos recogidos en el art. 8 CEDH, cuales son, la salud y los derechos y libertades de los demás (ap. 62 caso *Mennesson* y ap. 54 caso *Labassee*). Sin embargo, si bien el Tribunal Europeo concluye que no hay violación del art. 8 en relación con la vida familiar de los padres comitentes, entiende que sí la hay respecto de la vida privada de los niños nacidos de la gestación subrogada (ap. 102 caso *Mennesson* y ap. 81 caso *Labassee*). En este sentido, el derecho a la vida privada implica que toda persona pueda establecer su propia identidad y, para ello, en estos casos, es fundamental el reconocimiento de los efectos de la relación paterno-filial establecida en el extranjero (ap. 96 caso *Mennesson* y ap. 75 caso *Labassee*); reconocimiento que no realizan las autoridades francesas en los casos analizados. En el asunto *Mennesson*, además, se alega la vulneración, entre otros, del art. 14 del CEDH –precepto dedicado a la prohibición de la discriminación– respecto de

“... aux autres enfants issus d’une assistance médicale à la procréation impliquant un don d’ovocyte et dont le père biologique est connu, et, d’autre part, aux enfants nés à l’étranger d’une gestation pour autrui dont l’acte de naissance a été transcrit par l’officier d’état civil” (ap. 103).

La Corte, por su parte, considera que, una vez afirmada la violación del art. 8 CEDH en relación con los hijos, no es necesario estudiar la posible vulneración del art. 14 respecto de ellos (ap. 108).

El 10 de abril de 2019, el TEDH emitió un Dictamen en respuesta a la cuestión planteada por la Corte de Casación francesa relativa al reconocimiento del vínculo de filiación a favor de la madre comitente en el

asunto *Mennesson*¹⁵. En este sentido, el órgano judicial de Estrasburgo recordó que

“... según la jurisprudencia del Tribunal, el artículo 8 del Convenio exige que la legislación nacional prevea la posibilidad de reconocer la relación jurídica entre un niño nacido mediante un acuerdo de gestación subrogada en el extranjero y el padre comitente en el caso de que sea el padre biológico” (ap. 35).

Y llegó a la conclusión de que, teniendo en cuenta el interés superior del niño, debe existir la posibilidad de reconocer a la madre de intención como madre legítima en el caso particular (ap. 46).

IV. OTROS ASUNTOS

Caso *Paradiso y Campanelli c. Italia*¹⁶. En este asunto, el TEDH, de nuevo, se pronuncia sobre la gestación subrogada. Los hechos de este supuesto tienen como protagonista a una pareja de ciudadanos italianos que contrata a una mujer gestante en Rusia. El bebé nacido en este país se creía hijo biológico del esposo pero, tras un test de ADN, se descubre que, por un error incomprensible, no es hijo del marido y, por tanto, no presenta vínculos biológicos con ninguno de los padres comitentes. Respecto del no reconocimiento, en Italia, de la filiación en relación con los padres comitentes, el TEDH considera que no hay violación del art. 8 CEDH en el caso¹⁷.

¹⁵ [https://www.mjusticia.gob.es/es/AreaInternacional/TribunalEuropeo/Documents/1292429190384-Dictamen_de_10_de_abril_de_2019_en_relacion_con_el_reconocimiento_en_el_Derecho_interno_de_una_rela.PDF]. Vid. G. Lazcoz Moratinos y A. Gutiérrez-Solana Journoud, “La invisible situación jurídica de las mujeres para el TEDH ante la maternidad subrogada en la primera opinión consultiva del Protocolo Nº 16”, *CDT*, vol. 11, nº 2, 2019, pp. 673–692.

¹⁶ STEDH de 24 enero 2017, *Paradiso y Campanelli c. Italia*, nº 25358/12.

Vid., entre otros, A.M. Ruiz Martín, “El caso Campanelli y Paradiso ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: el concepto de familia de facto y su aportación al debate de la gestación por sustitución”, *CDT*, vol. 11, nº 2, 2019, pp. 778–791; O. Feraci, “Maternità surrogata conclusa all'estero e Convenzione europea dei diritti dell'uomo: riflessioni a margine della sentenza Paradiso e Campanelli c. Italia”, *CDT*, vol. 7, nº 2, 2015, pp. 420–439.

¹⁷ El TS italiano ha solicitado al Tribunal Constitucional que se pronuncie acerca de si la normativa de este país, en relación con la gestación subrogada, vulnera la Constitución italiana al poder ir en contra del principio del interés superior del niño (abril 2020). El Tribunal Constitucional italiano ya se ha pronunciado y ha determinado que es necesaria una reforma de la legislación italiana para proteger el interés superior del niño, incluyendo el reconocimiento de la relación paterno-filial con el padre/madre no biológico, en estos casos de gestación por sustitución. Todo ello porque, la adopción en circunstancias especiales que ofrece la normativa nacional (art. 44.1º.d) de la Ley nº 184 de 1983), si bien es bienvenida, no es plenamente consistente con los principios constitucionales y supranacionales, ya que, entre otras razones, no garantiza el estatus de padre o

Caso *Muñoz Díaz c. España*¹⁸. En este supuesto, una mujer solicitó una pensión de viudedad al Estado español tras el fallecimiento de su conviviente. La pareja había contraído matrimonio por el rito gitano en 1971 y tenía 6 hijos. El Registro Civil les había expedido el Libro de Familia y se les había reconocido como familia numerosa. El asunto llega al TEDH fundamentado en la vulneración del art. 14 CEDH. La Corte considera que las autoridades españolas, a través de la expedición del Libro de Familia y del reconocimiento de familia numerosa, han contribuido a que la mujer creyera de buena fe que se encontraba casada válidamente según el ordenamiento nacional, por tanto, es

“desproporcionado que el Estado español, que expidió un Libro de Familia a la demandante y a su familia, les reconoció el estatus de familia numerosa, les concedió, a la interesada y a sus seis hijos, asistencia sanitaria y recaudó las cotizaciones de su marido gitano en la Seguridad Social durante más de diecinueve años, no quiera ahora reconocer los efectos del matrimonio gitano en materia de pensión de viudedad” (ap. 69)¹⁹.

V. DEFINICIÓN Y CONTENIDO DEL ORDEN PÚBLICO EUROPEO EN DERECHO DE FAMILIA

Teniendo en cuenta los casos mencionados, y otros que no han podido ser objeto de análisis en este trabajo por razones de espacio, podríamos concluir que el orden público europeo en Derecho de familia está formado por los derechos y libertades europeos, reconocidos en el TFUE, en el CEDH y en la CDFUE²⁰;

madre de pleno derecho al progenitor no biológico (Judgment nº 33 de 2021 [https://www.cortecostituzionale.it/documenti/download/doc/recent_judgments/Sentenza%20n.%2033%20del%202021%20red.%20Viganò%20EN.pdf])).

¹⁸ STEDH 8 diciembre 2009, *Muñoz Díaz c. España*, nº 49151/07.

¹⁹ Recientemente, el Tribunal Constitucional español ha rechazado la pensión de viudedad solicitada por una mujer, casada por el rito gitano, considerando, también, que no es esposa del difunto por cuanto su matrimonio no es válido conforme al Derecho español (STC 1/2021, de 25 enero 2021, BOE 23.2.2021). Sin embargo, en este caso, las autoridades nacionales no han llevado a cabo actos que se puedan entender como reconocimiento de la validez de su matrimonio –expedición del Libro de familia, por ejemplo–. La STC 69/2007, de 16 abril 2007, es la que fue pronunciada por el tribunal español en el caso *Muñoz Díaz* mencionado (BOE 23.5. 2007).

²⁰ En relación con el CEDH, *vid.*, entre otros y en relación con la consideración de orden público europeo de su contenido, E. Jiménez Solares, “Las normas internacionales convencionales de derechos humanos y su contribución al orden público internacional”, *Revista de Derecho UNED*, nº 14, 2014, pp. 335–336.

Vid. R. González González, “Límites a la construcción de un orden público europeo en materia de derechos fundamentales (a propósito de la sentencia del TJUE Krombach c. Bamberski, de 28 de marzo de 2000)”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº 8, 2000, p. 609–615, para conocer las distintas posiciones doctrinales en relación con la concreción de los derechos reconocidos por el CEDH que formarían parte del orden público europeo.

aunque no de manera exclusiva²¹. El TEDH indica que la CEDH es “instrumento de orden público europeo para la protección de los derechos humanos”²².

El orden público europeo ha sido definido por el Abogado General Sr. Melchior Bachelet, en las Conclusiones presentadas el 4 de diciembre de 2014 al asunto C-536/13, *Gazprom OAO*, de la siguiente manera:

“A mi parecer, el acento no debe ponerse esencialmente en la naturaleza jurídica de los intereses protegidos por el orden público, sino más bien en la cuestión de si nos hallamos en presencia de normas y valores cuya inobservancia no cabe concebir en el ordenamiento jurídico del foro de reconocimiento y de ejecución porque semejante inobservancia sería inaceptable desde el punto de vista de un Estado de Derecho, libre y democrático. Se trata por tanto del conjunto de “principios que constituyen las propias bases del ordenamiento jurídico [de la Unión]” (ap. 177)²³.

Estos derechos y libertades de origen europeo deben ser respetados por todos los países de la Unión. Los Estados miembros, cuando se incorporan a la Unión Europea, aceptan observar estos principios europeos y “adoptarán todas las medidas generales o particulares apropiadas para asegurar el cumplimiento de las obligaciones derivadas de los Tratados o resultantes de los actos de las instituciones de la Unión” (art. 4.3º TUE). Estos derechos y libertades europeos se posicionan por encima de los derechos y libertades de origen nacional en los Estados miembros, de manera tal que, si hubiera contradicción entre ellos, prevalecerán las disposiciones de producción europea (arts. 95 y 96 CE)²⁴. Así, por ejemplo, en el ordenamiento italiano, como ya se ha puesto de manifiesto, se ha cuestionado la conformidad de la normativa de ese país con la Constitución italiana y, por ende, con los

En relación con la Carta de Derechos Fundamentales y con el CEDH, como parte del orden público europeo, *vid.*, S. Álvarez González, “¿Orden público europeo versus orden público internacional de cada Estado?”, *La gobernanza del interés público global, XXV Jornadas de Profesores de Derecho internacional y relaciones internacionales*, Madrid, 2015, p. 161.

Vid., en relación con la consideración de un orden público común de derechos humanos, J. Oster, “Public policy and human rights”, *J. Priv. Int’l L.*, vol. 11, nº 3, 2015, pp. 542-567.

²¹ *Vid.*, en este sentido, S. Álvarez González, “¿Orden público europeo ...”, *loc. cit.*, p. 161.

²² STEDH 23 marzo 1995, *Loizidou c. Turquía* (excepciones preliminares), nº 15318/89, ap. 93. *Vid.*, en este sentido, R. González González, “Límites a la construcción de un orden público europeo en materia de derechos fundamentales (a propósito de la sentencia del TJUE *Krombach c. Bamberski*, de 28 de marzo de 2000)”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº 8, 2000, p. 609.

²³ ECLI:EU:C:2014:2414.

²⁴ *Vid.*, en relación con la primacía del Derecho europeo respecto de los derechos nacionales, A. Mangas Martín y D.J. Liñán Noguera, *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, 10ª ed., Madrid, Tecnos, 2020. *Vid.*, en relación con la primacía del orden público europeo frente al orden público internacional estatal, S. Álvarez González, “¿Orden público europeo ...”, *loc. cit.*, p. 172.

principios y libertades de origen supranacional, llegando a la conclusión de la incompatibilidad e instando a la reforma urgente de la legislación de origen estatal para asegurar la plena protección de los niños nacidos de gestación subrogada y, con ello, su conformidad con los principios de producción supranacional.

Poniéndolos en contraposición con los principios que conforman el orden público internacional de cada Estado miembro, los derechos y libertades europeos se comportan de manera activa, derribando los obstáculos que constituye el orden público internacional del foro. Dicho de otra manera, si la función del orden público nacional es *impeditiva o negativa*, rechazando la aplicación de una ley extranjera o el reconocimiento de una decisión dictada en otro país, el orden público europeo, al menos el formado por los Derechos humanos,

“actúa más que como un obstáculo, como ariete contra los obstáculos. Actúan en un sentido positivo. [...] el individuo circula a través de las fronteras (jurídicas) con sus derechos fundamentales y los hace valer para reivindicar que forman parte del orden público y que, consecuentemente, tienen fuerza para remover los obstáculos legales que impidan su ejercicio o reconocimiento, incluyendo concepciones de orden público estatal contrarias”²⁵.

VI. CONSECUENCIAS DE LA APLICACIÓN DEL ORDEN PÚBLICO EUROPEO

Cuando el TJUE o el TEDH alega un principio de orden público europeo frente a una concepción que constituye orden público nacional, lo hace para remover el obstáculo que supone la regulación estatal en el caso concreto. En estos supuestos, prevalece el orden público europeo y se rechaza la aplicación de la legislación nacional contradictoria con aquel. En este punto, cabría preguntarse qué mecanismos utiliza el TJUE para solucionar esta situación en la que la normativa nacional no puede aplicarse por contravenir un principio de orden público europeo²⁶. Las dos herramientas utilizadas por el órgano judicial europeo han sido el reconocimiento de la situación creada en el extranjero y el orden público internacional atenuado²⁷.

²⁵ *Ibíd.*, p. 159.

²⁶ No planteamos la misma cuestión en relación con el TEDH puesto que este órgano judicial se limita a constatar la vulneración de un principio fundamental y a imponer una sanción al Estado infractor, si es el caso.

²⁷ Respecto de lo primero, esto es, del reconocimiento de situaciones creadas en el extranjero y su conveniencia en la Unión Europea, *vid.* C. Pons, “La gestation pour autrui : l’influence des droits fondamentaux européens sur le droit international privé”, *Rev. québécoise dr. int.*, vol. 31, nº 1, 2018, p. 137 y p. 140, respectivamente.

En este sentido, debemos distinguir entre relaciones intraeuropeas y extraeuropeas en relación con la aplicación del orden público europeo, sobre todo, por la incorporación de la libre circulación de personas como parte del mismo, aplicable sólo respecto de las primeras situaciones mencionadas²⁸. De esta manera, tratándose de relaciones intraeuropeas, se podrían utilizar ambas técnicas para dar una solución a los casos planteados. En relación con las segundas, es más habitual que sólo se utilice el orden público internacional atenuado. Si bien, como se ha explicado antes, en el caso *Mennesson* de gestación por sustitución, se ha reconocido en Francia la filiación creada en EEUU, tanto en relación con el padre biológico como respecto de la madre comitente sin vinculación genética con el niño.

1. Situaciones intraeuropeas

En el asunto *Coman*, por ejemplo, la situación controvertida se creó en Bélgica y se quería hacer valer en Rumanía, ambos, Estados miembros de la Unión Europea. En este caso, el Tribunal de Justicia podría haber utilizado el reconocimiento en el segundo país del matrimonio celebrado en el primero; sin embargo, esto no fue lo que ocurrió en el caso, en el que se utilizó el orden público internacional atenuado. Otros ejemplos tienen relación con el nombre de las personas²⁹. En ellos, identidades determinadas en un país de la Unión Europea fueron reconocidas en otro Estado miembro, haciendo prevalecer el derecho a la libre circulación de las personas (art. 21 TFUE) frente a la determinación del nombre y los apellidos en el Estado miembro requerido³⁰.

²⁸ S. Álvarez González, “¿Orden público europeo ..., *loc. cit.*, p. 175. *Vid.*, también, A.L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González, *Tratado de Derecho ...*, *loc. cit.*, pp. 209–214.

²⁹ STJCE *Christos Konstantinidis c. Stadt Altensteig*, C-168/91, 30 de marzo de 1993; STJCE *García Avello c. État Belge*, C-148/02, 2 de octubre de 2003; STJCE *Grunkin-Paul*, C-353/06, 14 de octubre de 2008. *Vid.*, en relación con la STJCE *Grunkin* y el papel del orden público, S. Álvarez González, “¿Orden público europeo ..., *loc. cit.*, p. 173.

³⁰ No obstante, se admite el rechazo al reconocimiento del nombre y apellidos determinados conforme a un Derecho extranjero cuando razones de orden público así lo justifiquen. Esto fue lo que ocurrió en el caso *Nabiel Peter Bodendorff von Wolffersdorff* (STJUE 2 junio 2016, C-438/14, ECLI:EU:C:2016:401). En este asunto se alegó orden público para impedir reconocer en Alemania un apellido que contenía elementos nobiliarios (*vid.*, en relación con esta sentencia, A. Lara Aguado, “Reconocimiento, sí, ma non troppo: el orden público como límite al reconocimiento de títulos nobiliarios en la Unión Europea”, *Bitácora Millenium DIPr*, nº 4; A. Ortega Giménez, “El orden público internacional de los Estados miembros como límite al ejercicio de la libre circulación de personas en la Unión Europea”, en C. Jerez Delgado y A. Ruda González (coords.), *Estudios sobre jurisprudencia europea: materiales del I y II Encuentro anual del Centro español del European Law Institute*, 2018, pp. 749–754). *Vid.*, también, en este sentido de considerar que el derecho de circular y residir libremente en la UE no es ilimitado, R. Caro Gándara, “Libertades UE, reconocimiento mutuo y

Volvemos al asunto *Coman*, ya que, como ya ha sido comentado, pese a tratarse de una situación intraeuropea, el Tribunal de Justicia no exige a Rumanía el reconocimiento del matrimonio entre personas del mismo sexo celebrado válidamente en Bélgica y se queda un paso atrás imponiendo únicamente el reconocimiento de ciertos efectos de esa institución. Lo que hace el Tribunal europeo es aplicar el orden público internacional atenuado, sin decirlo. Y lo hace, no va más allá exigiendo el reconocimiento del matrimonio en cuestión, por razón de la institución misma objeto del litigio.

Así es, el matrimonio se caracteriza por las fuertes y profundas raíces que lo fijan en los ordenamientos de los Estados miembros de la Unión Europea. Se trata de una institución muy antigua, que forma parte de la cultura y de la tradición de los Estados. Además, es una materia muy sensible para la sociedad porque afecta a la vida familiar de las personas. Por todo ello, los legisladores han elevado su protección hasta ubicarla en las Constituciones nacionales y en importantes Convenios de origen supranacional. Así, el matrimonio, bien de manera individualizada, bien como parte de la familia, se encuentra salvaguardado bajo el paraguas de la Constitución española, por ejemplo, o de los derechos fundamentales de la Carta Europea, a través del derecho a la vida privada y familiar en este caso. A la hora de regular esta institución, el legislador nacional puede adoptar dos posiciones antagónicas. Por un lado, puede elaborar un tratamiento del matrimonio férreo frente a concepciones extranjeras diferentes. También, puede regular esta institución como estime conveniente pero respetando, a la vez, la regulación que los demás Estados tengan de la misma. En el primer caso, los operadores jurídicos tendrán que alegar orden público internacional para impedir el reconocimiento en el foro de matrimonios extranjeros que no sean similares a los nacionales. En el segundo, aún pudiendo tener una regulación distinta de esta institución, eso no será óbice para poder reconocer en el Estado de acogida los matrimonios celebrados conforme a legislaciones extranjeras que pudieran resultar distintas a las del foro.

Nos encontramos en un entorno globalizado, en un entorno en el que existe libre circulación de personas en Europa, un entorno en el que no se puede evitar que situaciones jurídicas creadas en un país europeo deban ser reconocidas en otro si queremos no obstaculizar las libertades europeas. En este contexto, pudiendo los Estados miembros legislar hacia adentro o mirando hacia fuera, hacia Europa, esta segunda opción es la que debería

orden público de los Estados miembros (Reflexiones tras la sentencia del Tribunal de Justicia de 22 de diciembre de 2020, as. 208/09, Ilonka Sayn-Wittgenstein y tras el Libro Verde para promover la libre circulación de los documentos públicos y el reconocimiento de las certificaciones de estado civil, de 14 de diciembre de 2010)", *La Ley: Unión Europea*, nº 3, 2013, pp. 45-58.

imponerse. Las normas supranacionales que menciona el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la sentencia *Coman*, el CEDH y la CDFUE, ambos, no interfieren en la concepción que cada Estado pueda tener del matrimonio y, por ende, no imponen una regulación concreta de esta institución en los países parte de la norma, lo que sí exigen estos textos es que, a través de la observancia de una serie de derechos fundamentales como la vida privada y la vida familiar, se respeten los matrimonios celebrados en el extranjero. Este respeto se puede realizar de dos formas, bien reconociendo directamente la situación jurídica creada en otro país, bien permitiendo sólo concretos efectos del matrimonio sin reconocer la institución. Esto último es lo que se hace en el caso *Coman* analizado.

2. Situaciones extraeuropeas

En asuntos relativos a la pensión de viudedad en matrimonios poligámicos celebrados en un tercer Estado, por ejemplo, o los relativos a la gestación subrogada cuando la madre gestante se ubica en un tercer país, el órgano judicial europeo no podría utilizar el recurso del reconocimiento de la situación creada en el extranjero, porque no podría alegarse la vulneración de la libre circulación de las personas, y sólo podría recurrir al orden público internacional atenuado para dar efectos a esa institución en el Estado miembro en cuestión³¹.

VII. CONCLUSIONES

1. En primer lugar, podemos llegar a la conclusión de la existencia de un orden público europeo, común a todos los Estados miembros, y que prevalece frente al orden público internacional estatal. Como ocurre a nivel nacional, el orden público europeo también es sectorial y, por ello, podríamos hablar de un orden público europeo en Derecho de familia.

2. El contenido de este orden público europeo estaría formado, entre otros, por los principios y derechos recogidos en el TFUE, en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea y en el Convenio Europeo de Derechos Humanos. Así como, por la interpretación que de ellos realizan el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, cada uno, dentro de sus respectivas competencias en relación con los textos mencionados.

³¹ *Vid.*, en este sentido, S. Álvarez González, “¿Orden público europeo ...”, *loc. cit.*, p. 175.

3. El orden público europeo se posiciona por encima del orden público internacional estatal desarrollando una función de remoción del obstáculo que constituye el segundo en el caso en cuestión. La aplicación del orden público europeo frente al nacional se realiza de dos maneras por parte del TJUE, bien, imponiendo el reconocimiento de la institución en el Estado de foro, bien, mediante el reconocimiento de determinados efectos de la institución en ese país –orden público internacional atenuado–.

4. Las dos últimas reflexiones que vamos a plantear en este trabajo son, por un lado, la que tiene que ver con la difícil convivencia entre los principios del orden público europeo y los del orden público nacional que los contradicen y, por otro, la incomprensible asunción de la existencia de esa contradicción.

Empezando por lo primero, es fundamental saber cómo resolver la contradicción entre los principios del orden público europeo y los del orden público internacional estatal para que ambos puedan convivir en el mismo ordenamiento. A priori, deben prevalecer los de origen europeo frente a los de producción nacional y, por ello, en esta situación de incompatibilidad, la solución sería clara, cual es, la aplicación de los primeros y la inaplicación de los segundos. Sin embargo, hay determinadas instituciones de Derecho de familia que despiertan una especial sensibilidad en los ciudadanos y en los poderes públicos, por razones religiosas y culturales, fundamentalmente, respecto de las cuales es complicado rechazar directamente la aplicación de la normativa de producción nacional; instituciones como el matrimonio. En estos casos, el Tribunal de Justicia consigue la compatibilidad y la convivencia en el mismo ordenamiento a través del orden público internacional atenuado. De esta manera, se aplica el orden público estatal, y se prohíbe el reconocimiento de la institución en cuestión en el Estado del foro y, al mismo tiempo, se aplica el orden público europeo, y se exige el reconocimiento de determinados efectos de la institución en el foro, en orden a no obstaculizar o a respetar el principio europeo vulnerado.

5. En relación con la segunda reflexión planteada en el punto anterior, sorprende que asumamos que existan principios de orden público internacional estatal que puedan atentar contra principios de orden público europeo, en el mismo ordenamiento de un Estado de la UE. Esto es, los principios europeos son comunes a todos los Estados miembros, todos los Estados europeos bebemos de la misma fuente normativa de producción europea, todos los ordenamientos nacionales comparten los principios de la construcción europea y deben ser coherentes con ellos. Por lo anterior, debería ser muy difícil que una situación jurídica válidamente creada conforme a la legislación de un Estado miembro, no pueda ser tenida como tal en el Derecho de otro país parte. Los ordenamientos de todos los países

Europeos deben respetar los derechos y libertades de la Unión Europea, por lo tanto, en esencia, en lo que a cuestiones verdaderamente sustanciales se refiere, no deberían diferir entre ellos hasta llegar a ser inconciliables y tener que alegar el orden público, por tanto, frente a situaciones creadas bajo la cobertura del ordenamiento de otro Estado miembro. Partiendo de esa base de armonización que debería existir entre todos ellos –constituida por los principios europeos comunes–, no debería haber ninguna situación jurídica creada conforme al Derecho de un país europeo que atentara contra el orden público de otro Estado miembro y, por ello, cualquier relación jurídica válida según el Derecho de un Estado miembro debería poder ser reconocida en el resto de los Estados europeos.

Con esta conclusión sí que se avanzaría en la idea de Europa. Con ella se conseguiría dar un paso de gigante en la consecución del objetivo europeo de que todos los Estados miembros juntos funcionen como uno sólo. Partiendo de esta premisa, podría decirse que una situación jurídica creada en Europa, no podría atentar contra esos principios fundamentales de otro Estado miembro, porque esos principios son comunes en todos los ordenamientos europeos. Y, también resultaría difícil poder alegar que el reconocimiento de la situación vulnera otros principios fundamentales, no de producción europea, sino de producción nacional, puesto que, estos últimos principios deberían ser coherentes con los europeos.

Con esta propuesta sobre el reconocimiento de situaciones jurídicas creadas en un Estado miembro, conseguimos disimular la falta de uniformidad en la materia y, de esta manera, si bien la regulación no es la misma en las distintas legislaciones europeas, el tratamiento de las situaciones jurídicas sí sería uniforme. Al final, no por el contenido del Derecho material, pero sí por el reconocimiento y el respeto de los otros ordenamientos europeos, podemos conseguir esa uniformidad de tratamiento, uniformidad ésta que es la realmente importante a efectos prácticos, y que no hemos logrado hasta ahora a través de la regulación.

BIBLIOGRAFÍA

- Álvarez González, S.: “Gestación por sustitución y orden público”, *InDret*, 2/2017, pp. 166–200.
- Álvarez González, S.: “¿Orden público europeo versus orden público internacional de cada Estado?”, *La gobernanza del interés público global, XXV Jornadas de Profesores de Derecho internacional y relaciones internacionales*, Madrid, 2015, pp. 146–181.
- Baratta, R.: “La reconnaissance internationale des situations juridiques personnelles et familiales”, *Recueil des Cours*, t. 348, 2011.

- Calvo Caravaca, A.L. y Carrascosa González, J.: *Tratado de Derecho Internacional Privado*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2020.
- 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”, *CDT*, vol. VII, nº 2, 2015, pp. 45–113.
- Caro Gándara, R.: “Libertades UE, reconocimiento mutuo y orden público de los Estados miembros (Reflexiones tras la sentencia del Tribunal de Justicia de 22 de diciembre de 2020, asunto C-208/09, Ilonka Sayn-Wittgenstein y tras el Libro Verde para promover la libre circulación de los documentos públicos y el reconocimiento de las certificaciones de estado civil, de 14 de diciembre de 2010)”, *La Ley Unión Europea*, nº 3, 2013, pp. 45–58.
- Castellanos Ruiz, M.J.: “Protección jurídica del menor en la maternidad subrogada”, en Cebrián Salvat, A./Lorente Martínez, I. (dir.): *Protección de menores y Derecho Internacional Privado*, Granada, Comares, 2019, pp. 191–248.
- Cervilla Garzón, M.J.: “Identidad islámica y orden público: los efectos del matrimonio poligámico en el sistema español de Seguridad Social”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 11, nº 1, 2019, pp. 235–266.
- Chénéde, F.: “Les arrêts Mennesson et Labassée ou l’instrumentalisation des droits de l’homme”, *Recueil Dalloz*, nº 31, 2014, pp. 1797–1805.
- Feraci, O.: “Maternità surrogata conclusa all’estero e Convenzione europea dei diritti dell’uomo: riflessioni a margine della sentenza Paradiso e Campanelli c. Italia”, *CDT*, vol. 7, nº 2, 2015, pp. 420–439.
- Feraci, O.: “Ordine pubblico e riconoscimento in Italia dello status di figlio “nato da due madri” all’estero: considerazioni critiche sulla sentenza della Corte di cassazione”, *Rivista di diritto internazionale*, vol. 100, nº 1, 2017, pp. 169–181.
- Feraci, O.: “La nozione di ordine pubblico alla luce della sentenza della Corte di cassazione (sez. un. civ.), n. 12193/2019: tra “costituzionalizzazione attenuata” e bilanciamento con il principio del superiore interesse del minore”, *Rivista di diritto internazionale*, vol. 102, nº 4, 2019, pp. 1137–1151.
- Godoy Domínguez, L.A.: “La gestación por sustitución en la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: entre la protección de la vida personal y familiar y el respeto al orden público nacional”, *Actualidad Civil*, nº 11, 2018.
- González González, R.: “Límites a la construcción de un orden público europeo en materia de derechos fundamentales (a propósito de la sentencia del TJUE Krombach c. Bamberski, de 28 de marzo de 2000)”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº 8, 2000, p. 593–617.
- Hernández Rodríguez, A.: “Determinación de la filiación de los nacidos en el extranjero mediante gestación por sustitución: ¿hacia una nueva regulación legal en España?”, *CDT*, vol. 6, nº 2, 2014, pp. 147–174.
- Jiménez Solares, E.: “Las normas internacionales convencionales de derechos humanos y su contribución al orden público internacional”, *Revista de Derecho UNED*, nº 14, 2014, pp. 325–347.
- Lara Aguado, A.: “Reconocimiento, sí, ma non troppo: el orden público como límite al reconocimiento de títulos nobiliarios en la Unión Europea”, *Bitácora Millenium DIPr*, nº 4.
- Lazcoz Moratino, 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”, *CDT*, vol. 11, nº 2, 2019, pp. 673–692.

- Mangas Martín, A. y Liñán Noguerras, D.J.: *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, 10ª ed., Madrid, Tecnos, 2020.
- Marongiu Buonaiuti, F.: "Il riconoscimento del rapporto di filiazione costituito all'estero tramite maternità surrogata, tra continuità dello status e limite dell'ordine pubblico", *Liber amicorum Angelo Davì: La vita giuridica internazionale nell'età della globalizzazione*, vol. II, Napoli, Editoriale Scientifica, 2019, pp. 1075-1095.
- Marongiu Buonaiuti, F.: "Recognition in Italy of filiation established abroad by surrogate motherhood, between transnational continuity of personal status and public policy", *CDT*, vol. 11, nº 2, 2019, pp. 294-305.
- Martín Martínez, M.M.: "Límites a la libre circulación de personas en la UE por razones de orden público, seguridad o salud pública en tiempos de crisis: una revaluación a la luz de la jurisprudencia del TJUE", *Revista de Derecho comunitario europeo*, nº 49, septiembre-diciembre 2014, pp. 767-804.
- Ortega Giménez, A.: "El orden público internacional de los Estados miembros como límite al ejercicio de la libre circulación de personas en la Unión Europea", en C. Jerez Delgado y A. Ruda González (coords.), *Estudios sobre jurisprudencia europea: materiales del I y II Encuentro anual del Centro español del European Law Institute*, 2018, pp. 749-754.
- Oster, J.: "Public policy and human rights", *Journal of Private International Law*, vol. 11, nº 3, 2015, pp. 542-567.
- Pons, C.: "La gestation pour autrui : l'influence des droits fondamentaux européens sur le droit international privé", *Revue québécoise de droit international*, 31-1, 2018, pp. 119-142.
- Rodríguez Pineau, E.: "European Union International Ordre Public", *Spanish Yearbook of International Law*, nº 3, 1993-1994, pp. 43-88.
- Rodríguez Rodrigo, J.: "Reconocimiento de situaciones jurídicas creadas en un Estado miembro de la UE. Comentario a la STJUE 5 junio 2018, Coman", *Estudios sobre jurisprudencia europea. Materiales del IV Encuentro anual del Centro español del European Law Institute*, Sepin, marzo 2021, 11 p.
- Ruiz Martín, A.M.: "El caso Campanelli y Paradiso ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: el concepto de familia de facto y su aportación al debate de la gestación por sustitución", *CDT*, vol. 11, nº 2, 2019, pp. 778-791;
- Sánchez Lorenzo, S.: "What do we mean when we say folklore? Cultural and axiological diversities as a limits for a European private law", *European Review of Private Law*, nº 2, 2006, pp. 197-219.
- Soto Moya, M., La libre circulación en la Unión Europea de matrimonios del mismo sexo, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº 43, 2012, pp. 807-847.